

SULLA PREVISIONE DI PARAMETRI
PER LA COMMISURAZIONE DELLA PENA
NEGLI STATI UNITI

(Presumptive sentencing in the united states)

CASEY GROVES (*)

Introduzione

La pena e la natura del crimine non possono essere scissi dal punto di vista concettuale senza una deprecabile perdita di prospettiva nei confronti del rapporto fra questi costrutti sociali apparentemente distinti. Considerando più da vicino la natura del crimine quale esso si presenta nella società americana, e chiedendoci francamente quali siano le vittime più probabili degli effetti negativi della « giustizia » (vedi della punizione »), spero di giungere ad uno schema di pene tali da fornire una gamma specifica e tollerabile di pene ammissibili.

Troverete in questo documento un approccio molto poco tradizionale al problema della punizione. Non si tratta né di un approccio « legge e ordine » né di un modello « curare il reo ». I fini che mi propongo sono modesti; le riforme da me proposte sono poco rivoluzionarie nelle loro implicazioni rispetto al nostro « sistema » di pene. Desidero soltanto offrire qualche suggerimento pratico per eliminare quei meccanismi istituzionalizzati che promuovono abusi flagranti ed una degradazione sia del sistema della giustizia penale che delle persone impigliate nella sua rete.

Le teorie tradizionali intorno al problema della pena considerano la dissuasione, il castigo, l'inabilitazione e, nel corso degli anni più recenti, la riabilitazione, come le principali ragioni di imposizione di sanzioni penali (si veda CONRAD, 1970;

(*) Istituto di Giustizia penale nell'Università di Albany, New York.

CRESSEY, 1961; GAYLIN, 1974). La natura specifica di tali sanzioni rifletterà la ragione scelta in quel dato momento. Queste reazioni tradizionali al crimine evitano spesso di prendere in considerazione fattori più fondamentali, quali ad esempio la natura del crimine in una determinata società (si veda KRISBERG, 1975; REASONS, 1972; TAYLOR, WALTON e YOUNG, 1973-1975), l'evoluzione storica delle sanzioni penali in relazione all'evoluzione sociale in generale (si veda NEWMAN, 1978; CHAMBLISS e MANKOFF, 1976; KRISBERG, 1975), oppure gli effetti della stratificazione sociale sui tassi di criminalità e delinquenza (si vedano REASONS e KUYKENDALL, 1972). Le teorie più recenti sulla natura della criminalità (si veda TAYLOR, WALTON e YOUNG, 1973 e 1975), oltre alla teoria più antica concernente la struttura sociale (MARX, 1863) affermano che l'economia politica è un fattore importante per studiare e comprendere le dinamiche sociali, le forze sociali, che smuovono e modellano la società, dando sostegno a modi particolari di interazione sociale, inclusa l'imposizione di sanzioni penali.

Ho dato rilievo al rapporto fra la natura dei delitti e quella delle pene, considerando implicito il fatto che la nostra conoscenza di queste ultime non è completa senza aver studiato i primi. Vorrei a questo punto fare un passo in avanti: non siamo in grado di considerare nella sua pienezza la natura del problema dei delitti e delle pene senza aver studiato sistematicamente la natura di quella determinata società. Questa affermazione si fonda sul presupposto, che renderò ora esplicito, che il delitto non è frutto solo di una aberrazione individuale: esso ha, nel profondo, una motivazione sociale *quanto* individuale.

Per comprendere i comportamenti, gli atteggiamenti, i valori ed i modelli di interazione (inclusi la criminalità ed il sistema penale) in una determinata società, è necessario comprendere qualcosa della società stessa. Vorrei a questo punto affrontare una discussione più generale intorno a questa più vasta questione, con l'intento di arrivare poi poco a poco al problema della punizione. L'argomento che intendo affrontare è una analisi strutturale degli Stati Uniti.

1. — Volendo affrontare il problema della « struttura sociale », è necessario esaminare sia l'evoluzione politica che economica del Paese, insieme alle giustificazioni (per esempio, mantenere l'ordine) ed i mezzi (carcere, punizione) ed i mezzi

di protezione (applicazione) delle politiche generate da quel sistema sociale. Bisogna considerare gli ideali adottati dal sistema sociale in questione e tener conto di quanto questi siano stati sovvertiti. È questa la mia immediata preoccupazione.

Secondo MACPHERSON (1973), la società democratica presenta due derivati principali: 1) lo sviluppo della democrazia liberale e 2) l'incorporazione di una struttura economica di mercato. Idealmente, l'una è il complemento dell'altra.

« Dobbiamo innanzi tutto affermare che una società retta da una democrazia liberale, dando una maggiore libertà di scelta rispetto a qualsiasi altra società non liberale, aumenta al massimo le soddisfazioni ed i vantaggi individuali » (MACPHERSON, 1973, 4). Non solo si gode della massima libertà individuale, ma questo viene anche ottenuto in modo equo. Tale pretesa è parte integrante della tradizione liberale e costituisce ancora una parte importante della teoria liberale democratica contemporanea. Il suo difetto è quello di vedere l'uomo esclusivamente come un « consumatore di beni ». Pertanto, « si afferma anche che la società liberal-democratica offre le maggiori possibilità di espansione alle facoltà umane, cioè al loro potenziale di utilizzo e di sviluppo delle loro capacità prettamente umane » (*ibid.*, 4). L'uomo viene quindi visto non solo come un « cumulo di istinti » che cercano il loro appagamento, ma come un insieme di energie conscie che necessitano di essere utilizzate. La duplice ontologia presenta l'uomo nelle vesti di agente o di consumatore, e quest'ultimo emerge da un disgusto per il gretto materialismo.

Per giustificare l'economia di mercato, era necessario renderla accettabile da un punto di vista morale. « I pensatori liberali non potevano abbandonare l'implicito concetto dell'uomo come soggetto che porta al massimo i profitti, senza abbandonare tutti i vantaggi provenienti dalla società liberale. Si poteva quindi aggiungere alla libertà individuale di espandere al massimo le proprie facoltà, la libertà di accrescere al massimo i profitti. Una società liberale e democratica rinnovata nella sua moralità poteva quindi, nella sua veste di società di mercato, affermare di portare al massimo i profitti personali e, nella sua veste di società libera, di permettere una piena espansione delle facoltà individuali. Né l'una né l'altra pretesa si sono rivelate ben fondate » (*ibid.*, 5).

Si afferma che l'economia di mercato permette di massimizzare i profitti in modo equo. Ma il massimo che un economista

può dimostrare è che « un mercato puramente competitivo dà a tutti un compenso proporzionale al suo contributo nella forma delle risorse in suo possesso, siano esse la sua forza o la sua abilità, il suo capitale, la sua terra o risorse di altro genere. Rimane aperta la questione se il modello attuale di proprietà di tutte queste risorse sia equo. Se il concetto di equità implica compensi proporzionali alle energie individuali e alle capacità impiegate, si può dimostrare che l'economia di mercato non è equa, dato che distribuisce compensi in proporzione anche alle *altre* risorse possedute, oltre che per l'energia e l'abilità impegnate. Tuttavia, la proprietà delle altre risorse è stata acquisita e nessuno si sente di affermare che la proprietà di queste altre risorse è proporzionale all'energia e all'abilità impiegate dai loro proprietari » MACPHERSON, 1973, 5).

Se accettiamo, quanto meno in linea di principio, le due ontologie summenzionate (quelle dell'uomo « agente » e dell'uomo « consumatore ») come coerenti con il funzionamento di una economia di mercato capitalista, bisogna, sostiene MACPHERSON, accettare quello che è stato etichettato un concetto « etico » della potenzialità umana. « Tale concetto dei poteri umani, riferendosi ad un potenziale di realizzazione di un qualche fine umano, comprende necessariamente nell'ambito dei poteri umani non solo le sue capacità naturali (la sua energia e la sua bravura), ma anche la sua abilità nell'esercitarle. Comprende quindi l'accesso a quei fattori esterni a lui necessari per quell'esercizio. Bisogna pertanto considerare una diminuzione dei poteri umani qualsiasi ostacolo si frapponga alla realizzazione di quel fine umano, incluso qualsiasi limite a quell'accesso (MACPHERSON, 1973, 9).

In una economia di mercato capitalista, i principi « etici » incontrano notevoli difficoltà. Il mercato, per la sua stessa natura, costringe alcuni uomini a trasferire ad altri alcuni fra i loro poteri. Questo diminuisce, invece di massimizzarla, l'eguaglianza delle libertà individuali di usare e sviluppare le proprie capacità naturali. Il mercato, per la sua stessa natura, detta che il capitale e le risorse materiali siano di proprietà di relativamente poche persone, che non hanno nessuna responsabilità se non quella di adoperarsi per aumentare il loro capitale, nella misura in cui controllano i termini in base ai quali coloro che non hanno capitale possano accedervi. « Il capitale e le altre risorse materiali sono mezzi indispensabili di lavoro: non poten-

do accedervi, non è possibile ricorrere alla propria abilità ed energia per svolgere una delle principali attività della vita, cioè guadagnarsi da vivere, e nemmeno svolgere la vera occupazione della vita che è godere e sviluppare la propria potenzialità. Coloro che non posseggono nulla per lavorare, che sono privi di mezzi propri di lavoro, devono pagare altri per il proprio accesso. Una società in cui l'uomo non può usare la sua abilità ed energia senza pagare altri, ad esclusivo vantaggio di questi altri, per accedere a qualcosa che permetta il loro impiego non può essere definita una società che permette l'espansione del potenziale umano » (sul concetto etico del potenziale umano) (MACPHERSON, 1973, 11).

La disparità si fa più evidente nel momento in cui sosteniamo, sul piano ideale, un concetto « etico » della potenzialità umana, mentre da un punto di vista pratico completiamo le capacità umane riferendole ad un concetto *descrittivo* delle potenzialità umane. Questo concetto descrittivo viene definito come segue: « Le capacità naturali dell'uomo addizionate a quei poteri supplementari (mezzi atti ad assicurare una gratificazione futura) ottenuti acquistando potere sulle energie di altri uomini, o sottratte a quella parte di energie e capacità che egli abbia perso trasferendole ad altri uomini... Da questo punto di vista, i poteri di un uomo sono i poteri in suo possesso e non quei poteri di cui avrebbe bisogno per essere interamente umano. I poteri di un uomo, definiti come i mezzi attualmente in suo possesso per acquisire ciò di cui avrà bisogno in futuro, comprenderanno quindi il potere da lui acquisito sulle energie e capacità di altri uomini. Per quanto riguarda questo concetto dei poteri, un uomo non si vede diminuiti i poteri se gli si nega l'accesso a quello di cui ha bisogno per usare le sue capacità, dato che i suoi poteri vengono misurati dopo che ha avuto luogo una qualsiasi di queste diminuzioni » (MACPHERSON, 1973, 9).

Il materiale esposto in questa prima parte era essenzialmente di carattere filosofico. Il mio proposito era di 1) specificare il substrato ontologico della democrazia liberale e 2) discutere, in modo alquanto generale, le possibilità di « realizzazione », da un punto di vista etico, che hanno le persone in una struttura di mercato liberal-democratica. Nel prossimo capitolo tratteremo di un livello meno astratto, con l'intenzione di dimostrare al lettore in che modo gli ideali liberal-democratici si confrontino con la realtà di tutti i giorni del nostro sistema sociale.

2. — Nel capitolo precedente abbiamo presentato al lettore le basi ontologiche delle funzioni di mercato. Bisogna, tuttavia, ricordare che tali ideali, molto spesso, esistono solo nella veste di *concetti*. Il proposito di questo capitolo consisterà pertanto nell'esaminare alcune caratteristiche salienti delle strutture politiche, legali ed economiche americane che rafforzano o indeboliscono le affermazioni ontologiche contenute nel primo capitolo.

Un esame critico (o di qualsiasi altro tipo!) del sistema legale dimostrerà che la ineguaglianza è un fatto sociale. È ovvio, almeno per i marxisti, che il « sistema » è sotto il controllo di coloro che detengono il potere economico e politico. « Il contenuto effettivo del sistema legale riflette inevitabilmente alcuni sistemi di valore escludendone altri... In tutte le società... è probabile che non siano efficaci quelli che controllano le istituzioni economiche o politiche di una determinata società. Il gruppo o i gruppi più influenti saranno naturalmente quelli che controllano entrambe » (CHAMBLISS e SEIDMAN, 1973, 56 e 65).

In tale contesto non sorprende che « la legislazione favorisca tipicamente i più ricchi ed i gruppi più attivi dal punto di vista politico della società. In America, questo significa che i dirigenti ed i proprietari delle grandi imprese e dei grandi complessi di affari avranno maggior successo nel promuovere l'approvazione di leggi che li favoriscano rispetto al cittadino qualsiasi o, per ricorrere ad un esempio estremo, al disoccupato residente nel ghetto » (CHAMBLISS e SEIDMAN, 1973, 65).

Se osserviamo il ruolo svolto dai negri nel sistema giudiziario penale, avremo maggiori dimostrazioni della disuguaglianza legale. La maggior parte della popolazione di colore è esclusa dal funzionamento (legale) del sistema giudiziario penale « in parte perché non lo richiedono, e quand'anche lo facessero, molti risulterebbero privi dei requisiti necessari » (REASONS, 1972). Tale mancanza di requisiti è attribuibile in parte al razzismo esistente nelle istituzioni scolastiche (e di altro genere). Non è che la popolazione di colore non sia coinvolta nel « sistema ». Di fatto, il loro numero aumenta ad ogni successivo livello del sistema penale. La popolazione di colore viene tenuta in prigione per problemi economici causati dallo scarso giudizio dimostrato nel fissare le cauzioni, ed è fin troppo spesso vittima della catena di montaggio giudiziaria. « Il numero di detenuti maschi di colore è maggiore del 5,8 rispetto al numero di maschi bianchi

per quel che riguarda i singoli arresti, mentre è superiore del 9,8 rispetto ai maschi bianchi per quanto riguarda le persone inviate in istituti di correzione » (REASONS e KUYKENDALL, 1972, 68). Questa sommaria esposizione statistica può essere spiegata in tre modi: 1) vi sono pregiudizi nell'amministrazione della giustizia; 2) le forze sociali sono tali che la popolazione di colore, in quanto classe, è più propensa a commettere delitti che saranno presi in considerazione dalle autorità giudiziarie; oppure 3) la popolazione di colore è, in un certo qual modo, intrinsecamente propensa alla criminalità. Tralascio questa ultima « spiegazione » senza alcun commento e sostengo che la disuguaglianza è funzione di quanto affermato ai punti 1) e 2).

Pertanto, ci troviamo non solo di fronte a questa realtà legale non del tutto ovvia ma, se diamo uno sguardo alla struttura economica, saremo costretti a rimettere in discussione la presunta capacità del sistema economico di sviluppare il potenziale umano in modo equo, come viene enunciato nel primo capitolo. Si ritiene che, in una economia di mercato puramente competitiva, ciascun individuo avrà la libertà di impegnarsi con chiunque altro, presumibilmente con vantaggio di entrambi. Carlo MARX, tanto per citare un nome, mise in dubbio la praticabilità di un tale assunto. MARX riteneva che la possibilità di eguaglianza nei rapporti di mercato fosse inficiata dai seguenti elementi:

La crescente concentrazione della ricchezza nelle mani di pochi.

Il crescente ricorso all'uso di macchinari, che riduceva i posti di lavoro, creando un esercito di riserva nell'ambito dell'industria.

L'aumento della miseria delle masse.

La periodicità delle crisi ricorrenti nel sistema, ognuna delle quali con effetti più devastanti delle precedenti.

Infine, la maggiore e più fondamentale contraddizione della società capitalista: mentre la produzione si va sempre più socializzando ed è il risultato di un lavoro e di uno sforzo collettivo, l'appropriazione è privata, individuale. Il lavoro crea, il capitale si impadronisce. (MARX, in *Huberman*, 1936, 236).

L'inevitabile divisione sociale causata dall'appropriazione capitalista non spiega soltanto le disparità economiche. Essa fornisce anche una spiegazione del fatto che i comportamenti e le aspettative cambiano in riferimento ai cambiamenti di *status* sociale. Inoltre, aiuta a comprendere come mai le differenze fra ricchi e poveri trascendano le semplici differenze di *status* economico. MARX facilita la comprensione delle differenze esistenti

nella posizione sociale attraverso la sua analisi del mercato « libero ».

La critica marxista oltrepassa gli aspetti funzionali del capitalismo. Dal suo punto di vista, il mercato nega e non esalta l'essenza dell'uomo. La democrazia liberale afferma che il libero mercato offre le maggiori possibilità all'espansione delle capacità umane, uniche nel loro genere, per mezzo degli illimitati diritti naturali alla appropriazione, ecc. Alla luce della sua critica del sistema di produzione capitalistico e dei suoi effetti sull'esistenza sociale dell'uomo, MARX aveva un punto di vista del tutto differente. Secondo MARX infatti, il capitalismo piuttosto che essere un catalizzatore della « realizzazione di sé », costituiva un prelievo di tipo parassita del tempo e dell'energia del lavoratore. Invece di rendere l'uomo libero di seguire le proprie inclinazioni ed interessi, questo particolare sistema di produzione condanna la maggior parte dei lavoratori a 8, 10, 12 ore di lavoro prive di significato. In una sua affermazione caratteristica, MARX dichiara che i lavoratori « lottano per le sedici ore giornaliere, riuscendo a malapena a guadagnare il diritto di non morire » (MARX, 1863, 527). Con lo stesso spirito, egli nota che « se il denaro fa la sua comparsa nel mondo con una macchia di sangue su una guancia, il capitale si presenta grondando sangue e sudore da tutti i pori » (MARX, 1864, 624). Per questo, MARX ritiene che i lavoratori in un sistema capitalista siano impegnati in una attività (e cos'è la vita se non attività?) che pone un freno piuttosto che sviluppare il potenziale umano.

Partendo da questa valutazione alquanto pessimistica degli effetti del mercato sull'uomo, MARX formula il suo concetto di alienazione. « Il concetto di alienazione si basa sulla distinzione fra esistenza ed essenza, cioè sul fatto che l'esistenza dell'uomo è alienata dalla sua essenza; egli nella realtà non è quello che potrebbe essere potenzialmente oppure, per dirla in altri termini, non è quello che dovrebbe essere, e dovrebbe essere ciò che potrebbe essere » (FROMM, 1967, 47). In breve, l'alienazione è la negazione della produttività umana, l'antitesi dell'auto-realizzazione. MARX associa con successo le condizioni economiche ad una modalità specifica dell'adattamento umano: l'alienazione.

L'alienazione è un concetto di importanza cruciale nell'ambito dell'economia di mercato. Più specificamente, MARX considera che il lavoro stesso sia alienato. L'alienazione è un sintomo,

è un indicatore dell'incapacità del sistema capitalistico di incorporare un determinato segmento del sistema (i lavoratori) in un dialogo significativo con il loro ambiente. È importante considerare nella giusta luce il punto di vista di MARX rispetto al ruolo del lavoro. Nel capitolo « Critica della dialettica hegeliana nel suo insieme », contenuto nei *Manoscritti economici e filosofici*, MARX arriva subito al nodo, al tema centrale dei suoi capitoli su schiavo e padrone e sulla cultura: « L'eccezionale risultato conseguito dalla *Fenomenologia* di Hegel ed il suo esito finale, la dialettica della negatività come principio motore e generatore, consiste quindi in primo luogo nel fatto che Hegel concepisce l'autocreazione dell'uomo come un processo, l'oggettivazione come perdita dell'oggetto, come alienazione e come trascendenza di tale alienazione; egli abbraccia così l'essenza del lavoro e comprende l'uomo obiettivo, uomo vero perché reale, come risultato del lavoro dell'uomo stesso » (GARAUDY, 1967, 53). Quel che intende affermare questa citazione alquanto complicata è che la storia è la creazione dell'uomo da parte dell'uomo stesso nel corso del suo sviluppo dialettico. Essa sottolinea inoltre il ruolo centrale del lavoro e pone MARX come castigatore del capitalismo in quanto sistema che riduce il lavoro dell'uomo ad un insieme di noiosi riflessi meccanici che richiedono all'intelligenza di vegetare affinché l'uomo possa sopportare il suo *status* di « automa », di « robot felice ».

MARX rivela che la disuguaglianza è parte integrante del modo di operare del capitalismo. Ed infatti, se tutti gli uomini avessero la stessa libertà di scelta, dovremmo forse aspettarci che la maggioranza scelga posti di lavoro in fabbrica piuttosto che posti dirigenziali? Ne dubito.

Il sistema politico-ideologico americano si fonda, ideologicamente, sull'uguaglianza, ma nei fatti è basato sull'ineguaglianza; una ineguaglianza il cui scopo è quello di fornire al sistema la forza lavoro necessaria all'avvio e al mantenimento della produzione. L'esistenza di uno stato assistenziale e le grandi schiere di disoccupati costituiscono una ammissione esplicita del fallimento del mercato nel suo compito di fornire beni e servizi distribuendoli in modo equo e rimettono in discussione l'affermazione secondo cui tutti hanno egualmente accesso ai mezzi di produzione o ai mezzi di lavoro.

Le affermazioni di MARX attaccano implicitamente il concetto di libero arbitrio, che viene considerato illusorio. Sbagliano

gli esistenzialisti quando affermano che l'uomo è libero. La descrizione fatta da MARX del ruolo del lavoro indica che alcuni (i padroni) sono più liberi di altri (i lavoratori). La libertà diventa un concetto relativo, e precisamente relativo alla propria posizione sociale. Ma il libero arbitrio è una delle maggiori giustificazioni della pena. Gli operatori del settore giudiziario ritengono che la vasta maggioranza possa (sia libera) tenere un comportamento conforme al dettato delle leggi. Ma è lecito considerare che ogni uomo è ugualmente libero di scegliere tra comportamento legalmente approvato e legalmente condannato, invece di considerare valide le supposizioni marxiste (e di altri), presentate in precedenza? È possibile comprendere la diversità delle condanne (FRANKEL, 1973; GAYLIN, 1974) senza considerare anche dettagliatamente le diversità esistenti nel sistema sociale? Una risposta affermativa a questi interrogativi ci porta a considerare il problema del delitto e della pena in una prospettiva che è lungi dall'essere sana.

3. — In questo capitolo prenderemo in esame lo scopo (mantenimento dell'ordine) e le funzioni (inabilitazione, dissuasione, castigo e riabilitazione) della legge penale e della scienza penale americana.

MARX considerava il sistema legale come una sovrastruttura il cui proposito è quello di mantenere la struttura dei rapporti economici (di proprietà) esistenti (si vedano TAYLOR, WALTON e YOUNG, 1975; MILLS, 1962). In base a questa prospettiva, la funzione primaria della legge penale è il mantenimento dell'ordine e questo ordine è incarnato da una serie di rapporti di proprietà. Il furto viene pertanto definito come un delitto. Se lo Stato non sostenesse la proprietà privata, il furto assumerebbe connotati significativamente diversi. GORDON, nel tentativo di dimostrare le differenze sistematiche in colui che viene arrestato per delitti di furto, nota che « nel 1968, le statistiche ufficiali indicavano che il 61% degli arrestati per furto erano di colore... benché i negri rappresentassero solo il 12% della popolazione » (CHAMBLISS e MANKOFF, 1976, 195). KENNEDY (in CHAMBLISS e MANKOFF, 1976, 35) sviluppa segretamente la questione domandando: « Se per legge i frutti del lavoro devono ripartirsi equamente, che cosa significa il furto? »

Da questo punto di vista, la « legge » in generale ed il sistema giudiziario penale in particolare, diventano gli agenti o i mezzi istituzionali attraverso i quali vengono mantenuti i rapporti di proprietà. Per mantenere lo *status quo*, una determinata classe di persone sarà soggetta, più frequentemente di altre, a sanzioni penali. Le persone coinvolte in delitti « visibili » (per esempio, violenza carnale, omicidio, furto) avranno maggiori probabilità di essere condannate e, secondo le statistiche « ufficiali », sono le persone appartenenti ai ceti meno abbienti a commettere i delitti più « visibili ». Questa affermazione non significa che la criminalità si concentri in questa classe, ma che questa classe patisce le sofferenze della punizione molto più spesso delle classi medie e superiori.

In questa prospettiva, le condanne inflitte sembrano in molti casi essere ironiche. Non solo l'individuo era già escluso dall'accesso ai mezzi di produzione, di lavoro e di autorealizzazione prima di entrare in un istituto « correzionale », ma il fatto stesso di essere messo in prigione lo esclude una seconda volta dall'ambito sociale. I concetti di isolamento, inabilitazione e castigo servono, in questo caso, a punire chi già è punito, a portare « giustizia » a coloro cui la « giustizia » viene negata in ragione della loro posizione sociale.

Abbiamo visto che il sistema giudiziario penale presume il « libero arbitrio » quando castiga i colpevoli, e che questa nozione di « libero arbitrio » è stata seriamente rimessa in discussione da MARX e da altri studiosi (si veda ENRICO FERRI, un criminologo italiano, che ha costruito una prova matematica della non esistenza del libero arbitrio, oppure B. F. SKINNER, secondo il quale alla fin fine « ogni controllo viene esercitato dall'ambiente »). Si tenga a mente questa considerazione esaminando le risposte di un sondaggio Gallup Poll alle seguenti domande:

1) Chi, secondo voi, è colpevole della criminalità e della mancanza di ordine nel nostro paese — l'individuo o la società?

Società	58%
Individuo	38%
Nessuna opinione	7%

2) In generale, ritenete che i tribunali della vostra zona trattano troppo severamente o non abbastanza severamente i delinquenti?

Non abbastanza severamente	63%
In modo abbastanza equo	19%
Troppo severamente	2%
Nessuna opinione	16%

Una anomalia davvero strana. Il problema si pone in questi termini: la società causa la delinquenza; la soluzione: punire il delinquente. La prima serie di risposte sembra essere una tacita ammissione del fatto che la società abbia, per mezzo della socializzazione, un qualche ruolo nel generare la delinquenza, ponendo quindi implicitamente in discussione le nozioni di libertà e responsabilità individuale. Tuttavia, la seconda serie di risposte chiama in causa nozioni di responsabilità individuale nel momento in cui si afferma che i delinquenti vanno puniti severamente. (Coloro che hanno risposto in questo senso sappiano che « Gli Stati Uniti hanno le pene più severe di qualsiasi altro paese del mondo » [FRIDAY e PETERSON, 1971, 2]).

Queste risposte rilevano una confusione nel percepire la differenza esistente fra le nozioni di determinismo e di libertà individuale. Secondo gli Autori, tale ottica è troppo ristretta se viene preso in considerazione soltanto l'individuo.

I tradizionali problemi relativi alla revisione delle pene vengono settorializzati e focalizzati in base alla disparità esistente all'interno del sistema penale stesso. Queste argomentazioni sono insufficienti, in quanto prendono poco o quasi per niente in considerazione le differenze strutturali che sono alla base della « clientela » del sistema giudiziario penale, il quale a sua volta crea le disparità esistenti all'interno del sistema. Non si possono separare le disparità esistenti nella comminazione delle pene dalle disparità esistenti nella struttura sociale senza rallentare il proprio processo di comprensione degli effetti delle disuguaglianze sulla responsabilità umana. Presumere la razionalità in una struttura giudicante senza considerare i propositi di tale struttura è non voler vedere la realtà sociale.

4. — Negli Stati Uniti, la criminalità è fiorente. In generale « quanto più una società è industriale, commerciale e ricca,

tanto più la criminalità è vigorosa, in espansione e largamente diffusa » (SMITH, 1965, 7). Sembrerebbe che, quanto meno nelle società occidentali, criminalità e prosperità vadano di pari passo. La delinquenza che affligge le nazioni più ricche è tutt'altro che accettabile e sfugge talmente al controllo di tali nazioni da danneggiarne gravemente il funzionamento economico. « In America, per esempio, i delinquenti si appropriano attualmente ogni anno di una somma pari ai profitti annuali complessivi delle dieci più grandi imprese. In questo Paese, inoltre, viene commesso un omicidio ad ogni ora del giorno e della notte » (SMITH, 1965, 7-8). Si tratta di dati assai tristi sulla disgregazione sociale.

Inevitabilmente, al delitto corrisponde il delinquente. Il comune buon senso dice che « quel che avviene ai reclusi in prigione influenza le intenzioni e le attività dei delinquenti che si trovano all'esterno. La reclusione può indurre o ridurre le ondate di criminalità. Essa è stata progettata per costituire il più potente deterrente delle società contro la delinquenza. Se la prigione fallisce nel suo compito, non solo diventa un edificio senza senso, ma contribuisce addirittura all'aumento della criminalità » (SMITH, 1965, 9). WILKINS (1978) pone in dubbio tale assunto e ci mette in guardia contro l'uso della « riabilitazione » e della « dissuasione » come giustificazioni della pena quando afferma: « Non illudiamoci che quel che facciamo al delinquente avrà qualche impatto sul tasso di criminalità ». Come afferma SMITH (1965, 10) in un secondo brano, il fallimento registrato dalla pena nel suo compito di dissuadere dal compimento di delitti o di riabilitare i delinquenti è « largamente presente in tutto il mondo e si accumula nel corso di tanti di quegli anni che viene ormai accettato come inevitabile, un male eterno dei sistemi penali... Il rigore (sotto forma di pene severe) non ha curato la delinquenza, come non vi ha rimediato neppure la mitezza. Coloro che erano in buona fede nell'applicare tali sanzioni sono sconcertati dal loro fallimento » (SMITH, 1965, 9-10). Le argomentazioni di FRANKEL (1973) sulle cosiddette « condanne personalizzate » e soprattutto sulla condanna indeterminata forniscono un ulteriore fondamento a questo punto di vista. SMITH (1965) prosegue:

« Nei vari stadi della storia penale, trattare i reclusi come se fossero bestie, deficienti mentali o pazzi è stato considerato un comportamento illuminato. Attualmente, è di moda considerarli persone

patetiche, sprovvedute, immature ed irresponsabili. Il sistema pseudo-comprendivo e permissivo derivante da tale atteggiamento è malsano tanto quanto quello che ispirò la politica del "carcere duro", essendo anch'esso offensivo ed umiliante per i condannati. Esso sembra considerarli non del tutto umani.

La psicologia alla quale si ispira è pessima, essendo fondata su una diagnosi di anormalità dei reclusi, ma non fornisce alcun incentivo che sviluppi quel che c'è in loro di normale. La simpatia mostrata verso i reclusi genera risentimento, dal momento che si esprime troppo spesso sotto forma di chiacchiere e raramente in termini di aiuto effettivo. I suoi vantaggi non riescono a produrre alcun effetto essendo progettati al fine di tenere calmi i reclusi piuttosto che come mezzi per realizzare le loro potenzialità. I limiti del carattere umanitario del sistema si possono valutare dalla ristrettezza di obiettivi buoni, utili, normali, aperti alla speranza.

Ma solo quello che c'è di buono e di più utile nei reclusi può sortire qualcosa di positivo e di benefico dalle istituzioni carcerarie. La prigione è come qualsiasi altra organizzazione umana in cui si possono ottenere i migliori risultati traendo il meglio dalle persone che ne sono coinvolte.

Comodità e simpatia, per quanto abbondanti, rispondono solo in piccola parte ai bisogni della gente. Non si può aspirare ai risultati desiderati fintanto che le prigioni continuano a privare i reclusi non solo della libertà, della libertà di espressione, del sesso, della famiglia, dello *status* sociale e della *privacy*, ma anche della possibilità di essere utili, responsabili e di avere delle prospettive.

La privazione di questi ultimi tre elementi esula dai requisiti del castigo, dalla sua motivazione e dai fini che esso si propone, ed è causa del fallimento, della mancanza di umanità e della diffusione della criminalità nelle prigioni. Questa ulteriore punizione è responsabile del fatto che le carceri abbiano lo strano ed impreveduto risultato di sabotare la società restituendole un numero maggiore anziché minore di delinquenti, di indebolire la moralità invece di rafforzarla, di appesantire l'economia invece di alleggerirla.

Lo scopo delle carceri sarebbe quello di proteggere la società dai criminali; di dissuadere coloro che potrebbero avere intenzioni criminali; di riformare coloro che hanno commesso dei delitti; di infliggere un castigo a chi ha commesso un crimine, al fine di soddisfare la società e a beneficio dello stesso delinquente (SMITH, 1965, 11-12).

Pur non costituendo lo scopo principale di questo documento, l'esame particolareggiato dello stato psicologico del criminale si rivelerà tuttavia utile come base per le proposte di condanna che vi sono contenute.

Il contenuto dei primi tre capitoli è una esposizione delle condizioni esistenti nella società di mercato, che favoriscono e sostengono il nascere di una classe criminale. Nella restante

parte del documento verrà esaminato un sistema di comminazione delle pene che tiene conto di tutti gli assunti precedenti.

Vi è una fondamentale contraddizione fra quanto esposto nei primi tre capitoli e le nozioni tradizionali della legge penale americana relative al concetto di responsabilità individuale. Gli assunti di base convenzionali della legge penale poggiano decisamente sulla dottrina del libero arbitrio. In effetti, se l'individuo è autonomo e padrone di se stesso, non vi sono problemi nell'attribuirgli la colpa nel momento in cui viola un qualche provvedimento di legge. La comminazione delle pene si basa infatti su questa credenza. Tale punto di vista si manifesta in un sistema che presenta « le pene più severe rispetto a qualsiasi altro Paese del mondo » (FRIDAY e PETERSON, 1971, 2). Sono convinto che, date le disparità della struttura sociale americana, un sistema penale basato sul « libero arbitrio » ignora necessariamente le influenze deterministiche inerenti alla realtà sociale. In effetti, quanto affermato da REASONS (1972) e riportato nel capitolo II, in merito alla sproporzionata presenza della popolazione di colore nelle statistiche relative al tasso di criminalità, riflette il potere esercitato dalla stratificazione sociale sulla possibilità di essere o non essere assorbito dal sistema giudiziario penale.

In luogo di questa prospettiva, le proposte che avanzaeremo non porteranno automaticamente ad una struttura penale ciecamente uniforme, dato che, a mio avviso, « non c'è nulla di più ingiusto del trattare in modo uguale quel che uguale non è » (*Appellate Review of Sentences*, 1968, 25). « Nessuno di coloro che auspicano una riforma del sistema penale sostiene la necessità di una uniformità quando esistono basi ragionevoli per una differenziazione. D'altra parte, si ricerca una differenziazione ragionevole piuttosto che una arbitraria, vale a dire un approccio al problema della condanna che non solo riconosca la giustizia delle condanne personalizzate, ma che ne richieda anche l'uso razionale. Questo può non solo contribuire alla risoluzione del problema delle disparità, ma, su scala più ampia, può contribuire in modo significativo allo sviluppo di una politica seria nel campo delle condanne » (*American Bar Association Project on Standards for Criminal Justice*, 1968, 29-30).

Vorrei aggiungere due parole riguardo alle funzioni di un sistema delle condanne. Tradizionalmente le quattro direttive principali del sistema penale sono state considerate: la dissuasione,

il castigo, l'inabilitazione e/o la riabilitazione. La struttura delle condanne che intendo proporre dovrà tener conto di alcuni fattori, e cioè del fatto che la struttura di mercato e la mentalità di mercato che ne deriva costituiscono dati sociali attuali; che un sistema di condanne è inevitabile; che la punizione deve esistere per mantenere i rapporti di proprietà esistenti ed i diritti personali e collettivi in questa società. Tuttavia, non ritengo che la dissuasione in generale debba rappresentare un obiettivo consapevole nella costruzione di un sistema di condanne. I sistemi che si basano sulla dissuasione tendono a promuovere pene più severe, che potrebbero condurre, e spesso conducono, all'imposizione di condanne eccessive. Nessun *individuo* dovrebbe essere punito allo scopo di costituire un esempio per il resto della società. Se un sistema penale è programmato in modo equo e razionale, la dissuasione ne deriverà in modo naturale. Permettere che la dissuasione sia la forza *motivante* porta comunque alla negazione dell'individuo in favore dell'ordine sociale. Tale prospettiva non può essere tollerata.

Il castigo ha una sua collocazione precisa nell'ambito della struttura penale proposta. Le « quantità » di punizione saranno delineate con cura in modo tale che il reo sia ragionevolmente sicuro della pena che gli verrà inflitta; in tal modo, la colpevolezza trova quindi ancora un posto in questo schema di condanne.

Le misure atte a favorire la riabilitazione, pur costituendo un meccanismo potenzialmente prezioso per la reintegrazione degli individui nella società, non dovrebbero in nessun caso essere obbligatorie. Bisognerebbe offrire possibilità educative e/o professionali ai reclusi, ma forzare la partecipazione a tali attività il più delle volte altera quello che potrebbe essere un programma benefico con la partecipazione di individui disinteressati. Ai reclusi dovrebbe essere data la libera scelta di scontare la pena senza incentivi alla riabilitazione.

Sfortunatamente, la inabilitazione costituirà una delle caratteristiche effettive dominanti nelle carceri. A causa della mancanza di risorse (denaro, forza lavoro e motivazione), la sola inabilitazione (reclusione) sarà per qualche tempo ancora una funzione del sistema penale.

Le riforme che intendo proporre saranno di tipo pragmatico. Sistemi di pene idealizzati, come la pena auto-determinante (SMITH, 1965) o la prigione senza mura, pur rappresentando

concetti stimolanti e praticabili, non verranno presi in considerazione. L'Autore presume che, nell'immediato futuro, non verranno aboliti né modificati in modo significativo né il carcere né il sistema giudiziario. Le raccomandazioni si limiteranno pertanto a cambiamenti che non esulano dagli scopi e che non vanno oltre le attuali possibilità del sistema. La riforma sarà necessariamente frammentaria. In questo quadro, va considerata come argomento pertinente di discussione la «presumptive sentencing».

5. — Una delle principali ragioni per l'adozione di un sistema di «presumptive sentencing» è quella di ridurre al massimo la disparità indesiderata che compare attualmente nel sistema americano di giustizia penale. Molti Autori (DAWSON, 1969; FRANKEL, 1973; GAYLIN, 1974) hanno estesamente discusso il problema. FRANKEL (1973) afferma che la legge penale è ipocrita e che «non vi può essere delitto senza una legge», ma che questa intimidazione di prevedibilità si disintegra al momento della condanna. Il grande potere concesso ai giudici nel momento della determinazione della pena è terribile ed intollerabile per i devoti al rigore della legge. «Nella maggior parte dei casi di delitti federali, l'imputato al momento della condanna non ha modo di sapere né di prevedere con ragionevole certezza se uscirà dall'aula del tribunale in libertà vigilata o se verrà rinchiuso per un periodo di anni tale da consumare in cella quanto gli resta da vivere, o se invece succederà qualcosa che sia una via di mezzo fra le due possibilità» (FRANKEL, 1973, 6). Ed infatti «i poteri del giudice di determinare la pena sono, in poche parole, così sconfinati che, se si eccettuano alcuni limiti massimi il più delle volte assurdi, non sono di fatto soggetti ad alcuna legge. Chiunque abbia un po' di esperienza in materia di legge denuncierebbe immediatamente uno statuto che dicesse che la pena per qualsiasi delitto è quella che «al giudice sembra giusto comminare». Un regime così arbitrario sarebbe intollerabile in una società che si dice libera, per non parlare della sua non validità alla luce della nostra clausola del dovuto processo. Ma è un fatto che abbiamo accettato acriticamente un codice penale che crea praticamente quel tipo di potere senza freni» (FRANKEL, 1973, 8).

FRANKEL ci spinge a riflettere sulla tremenda influenza esercitata dal giudice nel determinare la pena. Tale potere esiste effettivamente. La maggior parte dei giudici, secondo FRANKEL,

sono avvocati con poca o nessuna pratica nel campo della determinazione delle pene. Spesso una condanna di dieci anni è il risultato di meno di un'ora di riflessione. Tale sconfinato potere giudiziario riflette « il carattere ampiamente sregolato del potere di determinare la pena, la risultante arbitrarietà permessa nel corso del suo esercizio, nonché la paurosa casualità delle reazioni e degli umori « giudiziari ». Quale che sia la nostra visione platonica del giudice, questo argomento, insieme ad altri, deve essere preso in considerazione nell'ambito di un mondo reale di persone « giudiziarie » vere, diverse fra loro, fallibili » (FRANKEL, 1973, 19).

Una identica preoccupazione nei confronti del potere discrezionale dei giudici viene espressa anche da GAYLIN (1974). Egli afferma che « tutta la meschinità, la malizia, la bigotteria, la paura, la paranoia, il rancore, lo spirito vendicativo e lo spregio generati dall'animo umano possono essere dimostrati dalle decisioni dei giudici... È essenziale proteggersi contro la parzialità nei confronti delle parti peggiori di noi. Ma in nome dell'equità, è ugualmente importante proteggersi dalla parzialità nei confronti delle parti migliori di noi. Un bigotto paranoide non ci crea problemi; ci permette infatti di circoscrivere il nostro auto-esame entro un muro di compiacimento. Ma è fondamentale ammettere la presenza del pregiudizio nella bigotteria; riconoscere che non vi è giudizio del comportamento umano che non sia soggettivo e rendersi conto che un sistema di comminazione delle pene obiettivo è un mito che non verrà mai realizzato, anche qualora fossimo capaci di elevare al potere giudiziario « solo i più puri di spirito » (GAYLIN, 1974, 42).

Quali motivi hanno portato alla creazione di un sistema che permette tale indeterminatezza nel sistema penale? Per rispondere alla domanda, bisogna considerare gli avvenimenti storici che hanno dato luogo al moderno sistema penale.

Nei primi tempi della storia americana, lo scopo della condanna era ovviamente il castigo. In genere, le pene erano stabilite dalla legge, erano inflessibili; le punizioni erano alquanto barbare ed includevano punizioni corporali, nonché un uso diffuso della pena di morte. L'ottimismo post-rivoluzionario generò le riforme del sistema penale. Fu ampiamente riconosciuto il fatto che la punizione aveva fallito nel suo compito di prevenire la recidività o nel tenere sotto controllo il tasso di criminalità in continuo aumento. Nel periodo tra il 1790 e il 1820,

vennero introdotte significative revisioni nel codice penale, basate sulla nozione di uomo agente dotato di volontà e di capacità di utilizzare un calcolo razionale per decidere il proprio comportamento in generale, e quello proibito in particolare. Si riteneva che un *corpus* razionale di leggi unito ad un uso razionale del castigo avrebbe rimediato a quei delitti che erano causati da « malattie della facoltà morale ». La certezza della punizione, piuttosto che la severità della stessa, e la durata della reclusione proporzionata al delitto, costituirono gli ingredienti fondamentali di questo nuovo codice penale. Tali erano le basi che informavano le condanne.

La lunghezza della pena era quasi invariabilmente una conseguenza diretta della gravità del delitto. I tribunali, pur considerandosi mezzi di punizione, prendevano coscienza del fatto che condanne rigide e severe erano di impedimento a qualsiasi significativa cooperazione fra reclusi e personale carcerario. Tale comprensione dette luogo ad una riforma fondamentale della struttura penale.

Appariva ovvio che la sola inabilitazione, di per sé, aveva fallito nel suo scopo, essendo le carceri piene di criminali incalliti. In risposta a tale fallimento fu data una maggiore importanza agli amministratori del carcere nella determinazione della pena. La caratteristica principale di questo nuovo schema penale fu la pena indeterminata.

Con la pena indeterminata, i concetti di castigo e dissuasione diventavano secondari rispetto alla riabilitazione. « Secondo questa visuale, le persone addette alle carceri ed alla libertà vigilata, insieme ai vari specialisti di diagnosi e terapia ed i loro *staff*, erano senza dubbio nella condizione migliore per valutare la persona sottoposta a provvedimenti restrittivi » (*Task Force on Criminal Sentencing*, 1976, 96).

La speranza di un trattamento personalizzato e l'ideale riabilitativo aprivano le porte alla discrezionalità ed alla disparità, fattore quest'ultimo quanto meno impreveduto.

Forse il fattore razza è quello che è stato esaminato più attentamente quale causa originaria della inaccettabile disparità nella determinazione delle pene. Uno studio delle condanne federali dal 1967 al 1970 dimostra che gli imputati di colore sono stati condannati a pene più severe dei bianchi imputati degli stessi delitti... Altri studi sull'influenza del fattore razziale nelle condanne sono quasi sempre giunti alla conclusione che il fatto di essere di colore aumenta la durata

della pena. Gli imputati difesi da avvocati di fiducia sono sempre condannati a pene minori rispetto agli imputati difesi da avvocati d'ufficio... e sebbene solo il 36 % degli imputati per furto di estrazione borghese sia stato condannato alla reclusione, il 53 % degli imputati per furto dei ceti popolari accusati di delitti non-violenti è stato condannato alla reclusione (*Task Force on Criminal Sentencing*, 1976, 105-106).

La pena indeterminata genera non solo disparità nelle pene, ma impedisce qualsiasi possibilità di previsione. Il problema della pena indeterminata può sintetizzarsi come segue: rapina a mano armata, da 5 a 20 anni; scasso e violazione di domicilio, dai tre ai dieci anni; e in alcune giurisdizioni, la pena può variare da un giorno al carcere a vita per un gran numero di delitti. Questa vastissima gamma di pene possibili consente di comminare condanne arbitrarie e/o legate all'umore del momento. Dato che la lunghezza delle pene è una delle preoccupazioni principali del delinquente imputato (CASPER, 1972), una struttura penale che desse luogo a pene specifiche e ben determinate in relazione a delitti altrettanto specifici sarebbe molto utile per comminare una condanna prevedibile e razionale alle persone imputate di qualche delitto.

Il *Task Force on Criminal Sentencing* rileva che « il problema centrale dell'attuale sistema penale è la diffusione delle responsabilità fra i vari organi governativi, causata dalla indeterminatezza delle pene. Non esiste una sola persona o un solo organismo che sia responsabile della determinazione della pena. La legge prevede una gamma molto vasta, sapendo che se ne occuperanno il giudice ed il comitato responsabile per la libertà vigilata. Il comitato per la libertà vigilata, al momento di decidere quando debba essere restituita la libertà effettiva, presume che i giudizi morali siano già stati espressi e che quindi resti solo da decidere in base alle conoscenze acquisite. Al sistema viene pertanto consentito di andare avanti per inerzia, non essendoci alcuna singola persona o organismo che porti su di sé la responsabilità di rispondere al fondamentale quesito morale: quale è la pena equa per il reo-tipo di un genere particolare di delitto, quale ad esempio la rapina a mano armata? Urge decidere quanto potere di controllo debba risiedere in ogni particolare organismo (*Task Force on Criminal Sentencing*, 1976, 117-118).

Uno schema delle « presumptive sentencing » sarebbe utile per specificare il ruolo di tali istituzioni nella comminazione delle pene.

La preparazione di un tale schema non è un compito facile. È necessario compiere ogni sforzo affinché le pene abbiano un

qualche rapporto di tipo razionale con l'azione illegale. Le condanne inflitte dovrebbero riflettere « l'attenta valutazione dei mali morali » nel senso in cui vengono definiti dal sistema giudiziario. Il castigo dovrebbe essere inflitto in modo tale da far comprendere « la malvagità dell'atto compiuto » e da rendere nota, sia all'individuo che alla società, l'equità (o l'inequità) della pena. CHRISTIE (1974) commenta:

Abbiamo necessità di tribunali che esprimano le loro valutazioni con la massima chiarezza e incontaminate da altri obiettivi. Dovremmo essere bene al corrente di quanto sta accadendo per poterci imbarcare in una disamina razionale su quale tipo di moralità debba sottostare alle pene comminate dai tribunali. I tribunali, assumendo posizioni ben definite dal punto di vista morale, sarebbero quindi in grado di mettere a fuoco i conflitti in questo campo e riacquisterebbero la loro funzione stabilizzatrice dei valori. Le condanne dei tribunali, ed il perché ed il come di tali condanne, dovrebbero essere *chiaramente comprensibili*, in modo che ogni conflitto successivo relativo agli stessi valori possa essere oggetto di un dibattito costruttivo all'interno della società interessata...

Una decisione chiara rende possibile il cambiamento dei valori in questione qualora un gruppo di potere lo desideri. Questa possibilità viene persa se i tribunali operano nell'illusione che il loro compito sia quello di riabilitare o di avere una influenza diretta sull'obbedienza alle leggi. Il preoccuparsi di tali effetti illusori rende le cose fin troppo facili per il giudice (CHRISTIE, 1974, 292).

CHRISTIE (1974) avanza la possibilità di tre tipi di valutazione da parte del giudice nella stesura delle sentenze penali. Primo, una valutazione del delitto; vi sono molti dubbi sulla definizione del delitto, molti meno rispetto alla pena relativa. Ogni dubbio dovrebbe diventare di pubblico dominio ed essere sottoposto all'esame del pubblico per mezzo dell'apertura di un dibattito di carattere politico. Secondo, bisognerebbe giungere a determinare quale « tipo di sofferenza » andrebbe imposto. Quale pena, cioè, possa essere decentemente inflitta. Ma è difficile rispondere con sicurezza e prontamente a domande del tipo « questo provvedimento o un altro? Cosa potrebbe essere l'equivalente? Quanta perdita di libertà corrisponde a quanto denaro o sofferenza fisica, o a quanta pubblica vergogna? » (CHRISTIE, 1974, 293).

Ed infine, che cosa in un determinato imputato e nella sua situazione può costituire un'aggravante o un'attenuante? Anche in questo caso, la gamma di scelte possibili può essere ampia o ristretta, secondo la prospettiva da cui si parte.

Non sarebbe appropriato suggerire pene specifiche, essendo questa una funzione degli organismi legislativi. Tuttavia, si potrebbe procedere all'introduzione di alcune direttive che limitino l'ambito della discrezionalità legislativa nella stesura dei divieti prescritti dalla legge.

Per quanto riguarda i delitti di carattere penale, le leggi attuali che prescrivono pene nel caso dei cosiddetti « delitti privi di vittime » dovrebbero o essere abolite, oppure dovrebbe essere diminuita di molto la severità delle sanzioni. Omosessualità, uso di droghe, prostituzione, gioco d'azzardo ed alcuni crimini sessuali (per esempio zoofilia), non dovrebbero essere considerati reati. L'abolizione di tali ordinamenti non solo aumenterebbe il rispetto della legge fra coloro che praticano le attività che abbiamo appena menzionato, ma consentirebbe ad alcune forze dello Stato (polizia, tribunali, istituti di correzione) di avere maggiori risorse per indagare e per catturare quegli individui che costituiscono una effettiva minaccia per la società.

Il « tipo di sofferenza da infliggere » dovrebbe essere chiaramente ed esplicitamente fissato per quegli atti che vengono definiti delittuosi. Bisogna inoltre fare un tentativo per promuovere l'uniformità delle sentenze, per mezzo dell'adozione di regole che forniscano criteri da sottoporre all'attenzione del giudice affinché:

- a) conceda o neghi la libertà provvisoria;
- b) condanni alla maggiore o alla minor pena prevista;
- c) condanni a pene da scontare contemporaneamente o in tempi successivi;
- d) consideri la possibilità di una pena aggiuntiva per la recidività;
- e) imponga pene aggiuntive per fattori « aggravanti » o scelga la pena minore in considerazione dei fattori attenuanti.

Questo esame e questa analisi dovrebbero anche tenere conto:

- a) della natura del reato commesso in relazione al pericolo che esso rappresenta per la società;
- b) della pena relativa al reato paragonata alle pene per reati che per loro natura sono più gravi;

c) la pena per il reato in questione paragonata alla pena per lo stesso reato in altre giurisdizioni;

d) la pena per il reato in questione paragonata alle raccomandazioni suggerite per il giudizio da commissioni nazionali o da altri organismi competenti (*Penal Code of California*, 1976).

Lo schema californiano, che pone tre limiti di tempo specifici per le condanne, è accettabile. Senza dubbio, questo limiterà in modo efficace il grado di discrezionalità concesso ai giudici. Un simile schema inciderà in modo significativo sul problema della disparità di pene esistente con la pena indeterminata.

Ed infine, bisogna esaminare il problema: quali circostanze possono essere considerate aggravanti o attenuanti. È certo che, in queste istanze, il giudice manterrà intatto il suo potere discrezionale qualora non vengano formulate regole severe di procedura. Un fattore aggravante è la recidività. Allungare una pena solo sulla base dei « precedenti » potrebbe essere considerata una violazione della clausola del doppio rischio. Dato che una stessa persona non può essere processata due volte per lo stesso delitto, è forse giusto punirla due volte? Questo è in pratica l'effetto dell'aggravio della pena sulla base dei precedenti penali. Nel caso di aggravio di una pena sulla base dei precedenti penali, lo Stato dovrebbe fornire una giustificazione razionale di tale aggravio, che motivi la sospensione di questo diritto costituzionale. Tali istanze dovrebbero essere esplicite. Due casi in cui un tale procedimento potrebbe essere giustificato sono: 1) nel caso in cui uno stesso individuo sia stato condannato per tre volte consecutive per lo stesso grave reato non violento e 2) quando uno stesso individuo sia stato condannato per tre volte consecutive per lo stesso grave reato violento. La motivazione della prima istanza risiede nel fatto che l'individuo ha intrapreso una vera e propria « carriera » in una attività illegale, diventando quindi un criminale di carriera; la motivazione della seconda istanza risiede nel fatto che l'individuo rappresenta un pericolo attuale ed evidente per il benessere fisico della società. (Si potrebbe sicuramente proporre un aggravio nel caso di una condanna per due reati violenti e per due non violenti, e via di seguito. La stesura di un tale schema dovrebbe però essere dettagliata). Al potere legislativo spetterebbe il compito

di determinare in che misura dovrebbe essere aggravata la pena nei confronti delle persone che rispondano ai requisiti sopra elencati. Qualora l'individuo non sia classificabile nel quadro delle condizioni precedentemente elencate, ma abbia comunque dei precedenti, al giudice dovrebbe essere concesso di comminare la pena maggiore fra le tre alternative, specificandone esplicitamente per iscritto i motivi.

Il codice penale californiano del 1976 ed il *Task Force on Criminal Sentencing* (1976, 44) forniscono un elenco di circostanze aggravanti (per esempio il possesso o l'uso di armi da fuoco, l'appropriazione di una quantità eccessiva di beni altrui, l'infliczione di una sofferenza fisica eccessiva, ecc.). Con una sola eccezione, tali circostanze aggravanti dovrebbero dare al giudice solo la possibilità di comminare la maggiore delle tre pene. Solo nel caso delle armi da fuoco, dovrebbe essere permesso al giudice di infliggere una pena ulteriore sulla base del fatto che le armi da fuoco costituiscono una evidente minaccia per la vita altrui. La durata della pena aggiuntiva dovrebbe essere legislativamente definita.

Un esame delle attenuanti pone problemi di maggior interesse. La prima metà di questa relazione mirava a mostrare gli effetti del sistema di mercato sulla genesi delle classi sociali e, direttamente o indirettamente, secondo la tendenza di ciascuno, gli effetti di tale stratificazione sulla genesi di determinate forme di delitto o criminalità. Molti affermano, a torto o a ragione, che non spetta ad un sistema di giustizia penale porre rimedio alle condizioni istituzionali che generano povertà, i ghetti e una massa di individui sradicati e disincantati. Forse è vero. Un sistema di giustizia penale può tuttavia compiere qualche tentativo in questo senso al momento della sentenza. Bisognerebbe accordare il giusto significato alle influenze deterministiche esistenti al momento della valutazione della colpevolezza.

« Di fronte a persone che sono cresciute in situazioni difficili, bisognerebbe forse agire rispetto alla loro trasgressione con maggior comprensione di quanto si farebbe con altri. Una valutazione equa per questo genere di casi potrebbe essere una ammonizione accompagnata da una raccomandazione per un sussidio, non nella speranza che possa servire, ma sulla base di una valutazione razionale che porti alla conclusione che questa sia una soluzione decente ed equa per chi ha iniziato la vita in condizioni tanto difficili » (CHRISTIE, 1974, 294).

Come fa notare CHRISTIE, vi sono persone che, in un certo qual modo, hanno scontato la loro pena in anticipo. È certo che si potrebbe elencare una serie di attenuanti sulla base delle « carenze sociali ». Fattori quali cattive condizioni abitative, opportunità negate o perse, un lavoro inadeguato, una struttura familiare carente, e così via, potrebbero essere presi in considerazione rispetto al *grado* di colpevolezza dell'individuo. Negare l'importanza di tali fattori al momento dell'emissione delle sentenze avrebbe il solo effetto di estendere le ingiustizie inflitte dalla società al sistema di giustizia penale. L'Autore ritiene che tale estensione sia indesiderabile. È ironico che, per come stanno le cose attualmente, uno *status* sociale *privilegiato* viene spesso considerato come una attenuante, motivata dal fatto che l'individuo patisce anche la pena supplementare di una perdita di *status* o di potere. Sembra quasi che una situazione privilegiata possa essere usata come una scusante in caso di reato.

Per quanto riguarda i fattori che comportano un aggravio della pena, i fattori specifici che mitigano la pena vanno chiaramente illustrati per via legislativa. In mancanza di fattori aggravanti o attenuanti, dovrebbe essere inflitta la pena di mezzo.

RIASSUNTO

Con il presente studio si è tentato di integrare una serie di problemi complessi e confusi. La fase della stesura della sentenza non può essere considerata come un fenomeno isolabile e a sé stante. Le considerazioni che portano a formulare una determinata condanna devono tenere conto di fattori, socialmente determinati, risultanti dalla distribuzione non uniforme del potere all'interno della società che riducono il libero arbitrio o che, quanto meno, rendono alcuni uomini meno liberi di altri.

In questo contesto, è stata esaminata la condanna indeterminata, che è risultata essere una estensione della ineguaglianza esistente nella struttura sociale. La disparità di trattamento continua a fiorire in un sistema di condanne indeterminate.

La « *presumptive sentencing* », lungi dall'essere una panacea, rappresenta un tentativo di porre rimedio alla grande disparità esistente nelle condanne per mezzo di una illustrazione concisa delle condanne stesse in relazione alle azioni illegali.

L'introduzione della « *presumptive sentencing* » sarebbe una riforma fattibile, la cui attuazione sarebbe possibile in un vicino futuro.

Come tante altre riforme proposte da altri esperti in campo penale, il sistema della « *presumptive sentencing* » non tiene conto di quelle forze macrosociali che generano condizioni favorevoli al diffondersi della criminalità e della delinquenza. Da questo punto di vista, questa riforma equivale a combattere il cancro con un cerotto. Tuttavia, questo rammendo renderà più conforme alla giustizia il trattamento di quelle persone che subiscono attualmente torti da parte del sistema giudiziario penale, ed è quindi di vitale importanza.

RESUME

Cette étude s'efforce d'intégrer une série de problèmes complexes et confus. La phase de l'élaboration de la sentence ne peut pas être considérée comme un phénomène isolable et indépendant. Les considérations qui amènent à formuler une certaine condamnation doivent tenir compte de facteurs, déterminés du point de vue social, et découlant de la distribution non uniforme du pouvoir au sein de la société, qui réduisent le libre arbitre ou qui, tout au moins, font que certains hommes sont moins libres que d'autres.

Dans ce contexte, on examine la condamnation indéterminée qui est un fait une extension de l'inégalité existant au sein de la structure sociale. La différence de traitement continue à prospérer dans un système de condamnations indéterminées.

La «presumptive sentencing», loin d'être une panacée, représente une tentative pour éliminer la grande différence qui existe entre les diverses condamnations, par une illustration concise de ces condamnations en regard des actions illégales.

L'introduction de la «presumptive sentencing» serait une réforme réalisable qui pourrait être concrétisée dans un avenir prochain.

Tout comme beaucoup d'autres réformes proposées par d'autres experts dans le domaine pénal, le système de la «presumptive sentencing» ne tient pas compte des forces macrosociales qui créent les conditions favorables à la diffusion de la criminalité et de la délinquance. De ce point de vue, cette réforme équivaut à lutter contre le cancer avec du sparadrap. Toutefois, ce raccommodage rendra plus conforme à la justice le traitement des personnes qui subissent actuellement des torts du fait du système judiciaire pénal, et revêt ainsi une importance vitale.

SUMMARY

The study is an attempt at rounding off a series of complex and confused problems. The phase during which a sentence is drawn up cannot be regarded as an issue to be viewed in isolation and standing on its own. Considerations leading to the pronouncement of a judgment must take into account socially decisive factors created by the uneven distribution of power within society which reduce freedom or cause some people to become less free than others.

It is in this context that the study examines the problem of indeterminate sentences, which have come to be regarded as an extension of the inequalities existing in the social structure. The disparity of treatment continues in a system of indeterminate sentences.

Far from being a universal remedy, presumptive sentencing is an attempt to remedy the present enormous disparity in judgments by illustrating the judgments in concise terms in relation to the offences which have been committed.

The introduction of presumptive sentencing would be a feasible reform which could be implemented in the near future.

Like many other reforms proposed by penal experts, the system of presumptive sentencing fails to take into account the macrosocial forces which create favourable conditions for the spread of criminality and delinquency. From this point of view the proposed reform can be likened to an attempt to fight cancer with sticking plaster. But what the plaster can do is to ensure that the treatment of people who are being wronged by the system of penal law is brought more into line with justice. Which means that it is of vital importance.

RESUMEN

Con el presente estudio se ha intentado integrar una serie de problemas complejos y confusos. La fase del dictamen de la sentencia no puede ser considerada como un fenómeno aislado y separado. Las consideraciones que llevan a formular una determinada condena deben tener en cuenta ciertos factores, social-

mente determinados, resultantes de la distribución no uniforme del poder dentro de la sociedad, factores que reducen el libre albedrío o que, por lo menos, hacen que ciertos hombres sean menos libres que otros.

Dentro de este contexto, se ha examinado la condena indeterminada, que resulta ser una extensión de la desigualdad existente en la estructura social. La desigualdad de tratamiento continúa desarrollándose dentro de un sistema de condenas indeterminadas.

La «presumptive sentencing», lejos de ser una panacea, representa una posibilidad de poner fin a la gran desigualdad existente en las condenas mediante una ilustración concisa de las condenas mismas en relación a las acciones ilegales.

La introducción de la «presumptive sentencing» sería una reforma factible, cuya puesta en marcha se haría posible en un futuro próximo.

Como tantas otras reformas propuestas por otros expertos en el campo penal, el sistema de la «presumptive sentencing» no toma en cuenta las fuerzas macrosociales que generan condiciones favorables a la difusión de la criminalidad y de la delincuencia. Desde este punto de vista, esta reforma equivale a combatir el cáncer con un apósito. Sin embargo este remiendo hará que el tratamiento de aquellas personas que actualmente sufren injusticias por parte del sistema penal sea mas equitativo, y es por lo tanto de vital importancia.

ZUSAMMENFASSUNG

Die vorliegende Studie ist ein Versuch, eine Reihe komplexer und verworrener Probleme zu integrieren. Die Phase der Urteilsabfassung kann nicht als isoliertes und für sich stehendes Phänomen angesehen werden. Erwägungen, die zur Formulierung eines bestimmten Urteils angestellt werden, müssen gesellschaftlich bestimmte Faktoren berücksichtigen, die sich aus der ungleichen Machtverteilung innerhalb der Gesellschaft ergeben und zur Willkür führen oder zumindest bewirken, dass einige Menschen nicht so frei sind wie andere.

In diesem Zusammenhang hat man das vermutliche Urteil einer Prüfung unterzogen, das sich als eine Verstärkung der gegenwärtig in der Gesellschaftsstruktur existierenden Ungleichheit erwiesen hat. Die ungleiche Behandlung blüht auch weiterhin in einem System, das das vermutliche Urteil kennt.

Das vermutliche Urteil ist weit davon entfernt, ein Allheilmittel zu sein. Es ist ein Versuch, die bei Urteilen bestehende Ungleichheit aus der Welt zu schaffen, und zwar durch eine knappe Erläuterung der Urteile selbst in bezug auf ungesetzliche Handlungen.

Die Einführung dieses Urteils wäre möglich und diese Reform könnte schon in Kürze realisiert werden.

Wie viele andere Reformen, die von anderen Strafrechtsexperten vorgeschlagen wurden, berücksichtigt das System des «vermutlichen Urteils» nicht die makrosozialen Kräfte, die günstige Bedingungen für eine Ausbreitung der Kriminalität und des Verbrechertums schaffen. Unter diesem Gesichtspunkt kommt die Reform einem Versuch gleich, Krebs mit einem Pflaster zu heilen. Trotzdem wird sie dazu beitragen, dass solche Personen eine gerechtere Behandlung erfahren, denen durch das Strafvollzugssystem Unrecht zugefügt wurde; die Reform ist deshalb von besonderer Bedeutung.

BIBLIOGRAFIA

- 1) AIKEN FERMAN e SHEPARD: *Economic Failure, Alienation, and Extremism*. University Michigan Press, 1968.
- 2) CHAMBLISS e SEIDMAN: *Law, Order, and Power*. Addison-Wesley Publishing Co., 1971.
- 3) CHAMBLISS e MANKOFF: *Whose Law, What Order?*, John Wiley e Sons, Inc., 1976.
- 4) FRANKEL MARVIN: *Criminal Sentences*. Hill e Wang, New York, 1973.

- 5) GAYLIN WILLARD: *Partial Justice: A Study of Bias in Sentencing*. Vintage Books, 1974.
- 6) GALLUP GEORGE: *The Gallup Poll*. Princeton University Press.
- 7) MACPHERSON C. B.: *Democratic Theory: Essays in Retrieval*. Oxford University Press, 1973.
- 8) GARAUDY ROGER: *Karl Marx and the Evolution of His Thought*. International Publishers, New York, 1967.
- 9) HUBERMAN LEO: *Mans' Wordly Goods: The Story of the Wealth of Nations*. Harpers e Bros. Publishers, 1936.
- 10) MACPHERSON C. B.: *The Theory of Possessive Individualism*. Clarendon Press, Oxford, 1962.
- 11) MARX KARL: *Grundrisse: Foundations for the Critique of Political Economy*. Penguin Books, Ltd., 1973.
- 12) MARX KARL e ENGELS FREDERICK: *Manifesto of the Communist Party*, 1848.
- 13) FRIDAY PAUL: «The Shock of Imprisonment: A Comparative Analysis of Short-Term Incarceration as a Treatment Technique», in *Canadian Journal of Criminology*.
- 14) KRISBERG BARRY: *Crime and Privilege*. Prentice-Hall Publishers, 1975.
- 15) MILLS C. WRIGHT: *The Power Elite*. Oxford University Press, 1959.
- 16) MILLS C. WRIGHT: *The Marxists*. Oxford University Press, 1961.
- 17) REASONS CHARLES e KUYKENDALL JACK: *Race, Crime and Justice*. Goodyear Publishing Co., 1972.
- 18) TASK FORCE ON CRIMINAL SENTENCING: *Fair and Certain Punishment*. McGraw-Hill Publishers, 1976.
- 19) TAYLOR IAN, WALTON PAUL, YOUNG JOCK: *The New Criminology*. Harper e Row Publishers, 1973.
- 20) TAYLOR WALTON e YOUNG: *Critical Criminology*. Routledge e Keegan Paul Publishers, 1975.
- 21) WHITIN E. STAGG: *Penal Servitude*. National Commission on Prison Labor, 1912.
- 22) WILSON WALTER: *Forced Labor in the United States*. International Publishers, New York, 1933.
- 23) CHISTIE NILS: «Utility and Social Values in Court Decisions on Punishment», in *Crime, Criminology and Public Policy*. Roger Hood editore. MacMillan Publishers, New York, 1974.
- 24) AMERICAN BAR ASSOCIATION PROJECT ON STANDARDS FOR CRIMINAL JUSTICE: *Appellate Review of Sentences*. American Bar Association, 1968.