



LAWRENCE M. FRIEDMAN

**STORIA
DEL DIRITTO AMERICANO**

**GIURISTI
STRANIERI DI OGGI**

giuffrè editore

DEI DELITTI, DELLE PENE E UNA NOTA SUL "TORT"

Il diritto penale e la sua riforma

La rivoluzione americana, indipendentemente dagli interessi in gioco, si nutrì del risentimento verso l'oppressione inglese. Come tutte le rivoluzioni, fu una lotta per il controllo delle redini del potere. Il diritto penale è uno degli strumenti con cui l'autorità esercita il proprio potere nei confronti di ogni cittadino. I capi della rivoluzione erano naturalmente portati a identificare l'oppressione con l'abuso del diritto penale, e i diritti dell'uomo con il diritto fondamentale ad un processo penale giusto. Il Bill of Rights, come abbiamo visto, conteneva un mini-codice di procedura penale.

La fine del diciottesimo secolo, inoltre, è il periodo in cui gli intellettuali cominciano a meditare una riforma dei principî sui quali poggiava il diritto penale. Grandi riformatori — uomini come Cesare Beccaria, il cui "Trattato dei delitti e delle pene" apparve in Italia nel 1764 — erano del parere che le premesse del diritto penale erano sbagliate, e si battevano per una legge penale più illuminata¹.

Le idee riformiste lasciarono la propria impronta nelle prime costituzioni degli Stati. L'art. 38 della costituzione liberale della Pennsylvania del 1776 imponeva al futuro legislatore l'obbligo di "riformare" le "leggi penali". Il trattamento penale doveva diventare in alcuni casi meno crudele e in generale proporzionato al tipo di crimine. L'opinione illuminata era in aperto contrasto con i più severi codici penali. Il Bill of Rights dichiarò illegittima ogni punizione crudele e fuori dal comune. "Un legislatore saggio" affermava la costituzione del New Hampshire del 1784, "non deve infliggere per i delitti di furto, di falso e altri reati analoghi lo stesso trattamento riservato a quelli di omicidio e di tradimento... Una gran quantità di leggi crudeli è nello stesso tempo inopportuna ed ingiusta. Il giusto

scopo di ogni trattamento penale è quello di migliorare e non di decimare l'umanità" (art. I, sez. 18).

Certamente, queste erano solo esortazioni. Non è mai stato facile realizzare una vera riforma penale. Il legislatore della Pennsylvania non diede attuazione a queste parole per ben dieci anni. Nel 1786, la pena di morte venne abolita per la rapina, per il furto (notturno) con scasso e per la sodomia. Nel 1790 una nuova costituzione, più conservatrice della prima, ometteva la clausola relativa alla riforma penale, e la legge del 1786 venne abrogata. Nel 1794, peraltro, la Pennsylvania emanò un'importante legge innovativa in materia di omicidio. La legge prevedeva che "alcune figure criminose rubricate sotto la più generale figura dell'omicidio, fossero trattate diversamente in ragione del loro grado di atrocità". La legge procedeva quindi a distinguere tra due diversi gradi di omicidio. L'omicidio "di primo grado" era quello perpetrato per avvelenamento o tenendo un agguato, o con ogni altra sorta di dolosa, deliberata o premeditata volontà di uccidere, ovvero l'omicidio posto in essere durante la commissione o il tentativo di commettere un incendio doloso, una violenza carnale, una rapina o un furto con scasso". Ogni altro omicidio era di secondo grado. Soltanto l'omicidio di primo grado era punibile con la morte². Questa idea della distinzione in gradi venne dapprima recepita in Virginia, poi nell'Ohio (1824), nello stato di New York (1827) e nel Missouri (1835). Alcuni stati (per esempio il Missouri) divisero in gradi anche l'omicidio colposo. Questo fermento in Pennsylvania faceva parte di un più vasto movimento teso a ridurre il numero dei delitti capitali, a riformare il codice penale e, se possibile, a sbarazzarsi completamente della pena di morte³. Secondo la nuova scienza penitenziaria, lo scopo più appropriato del diritto penale era quello di scoraggiare il crimine e di riabilitare i criminali. Era dubbia l'efficacia di deterrente generale della pena di morte, impensabile come fattore di riabilitazione. Perciò essa non poteva trovare posto in un sistema giuridico razionale. Questi assunti venivano sostenuti con grande vigore, ma probabilmente non trovarono mai l'accordo di una maggioranza che si esprimesse con chiarezza in tal senso. Molti, allora come ora, si schierarono decisamente sul fronte opposto — gente come i "cittadini di Albany", i quali con una petizione nel 1842, chiesero al legislatore dello stato di New York di non eliminare la pena di morte per l'omicidio:

"Le pene inflitte dal diritto degli uomini, che si fondano sull'intrinseco disvalore del crimine, sono per loro natura vendicative e nel-

lo stesso tempo correttive... Senza dubbio l'omicida merita di morire... La morte è una pena adatta per l'omicidio; adatta perchè, oltre alla sua corrispondenza all'enormità del delitto, deve essere necessariamente più efficace di ogni altra pena a prevenire la recidiva... Dio ci ha rivelato la sua volontà, sia attraverso le leggi della ragione e della coscienza, sia nelle sue parole scritte, secondo le quali l'assassino deve essere messo a morte"⁴.

A giudicare dai risultati, nè l'uno nè l'altro fronte riuscì vittorioso. I codici penali cambiarono (molto radicalmente per alcuni aspetti), ma la pena di morte non venne completamente abolita nella maggior parte degli stati. Nel 1800 il Kentucky la limitò all'omicidio. Thomas Jefferson nel 1779 propose che la Virginia abolisse la pena di morte eccetto che per l'omicidio e per il tradimento. La violenza carnale doveva essere punita con la castrazione; a un colpevole di sodomia avrebbe dovuto praticarsi un foro che gli traversasse da parte a parte il naso; le persone che avevano mutilato o sfigurato qualcuno sarebbero state a loro volta mutilate o sfigurate, preferibilmente in quella "medesima parte". La Virginia non adottò mai questa strana proposta; anche se il legislatore nel 1796 abolì di fatto la pena di morte eccetto che per l'omicidio (e per i reati degli schiavi)⁵.

L'abolizione totale era cosa ben diversa. Edward Livingston non aveva previsto la pena di morte nel codice penale che aveva scritto per la Louisiana; ma quel codice non venne mai promulgato. Nel 1837, il Maine approvò una legge che quasi raggiunse tale scopo. Un uomo condannato a morte doveva essere rinchiuso in una prigione di stato, in "isolamento e ai lavori forzati". Non poteva essere giustiziato per un anno. Tutti gli atti relativi al suo caso dovevano essere visti dal governatore; la sentenza di morte poteva essere eseguita soltanto se il governatore emetteva un mandato, munito del sigillo dello stato, "diritto allo sceriffo della contea in cui sia o possa essere situata la prigione di stato, con l'ordine al detto sceriffo di dare luogo all'esecuzione"⁶. Nel 1845, il Michigan fu il primo stato ad abolire completamente la pena capitale, seguito dal Wisconsin. Tutti gli altri stati mantennero la pena di morte, ma ridussero drasticamente la lista dei delitti capitali. Nel 1813, nella Carolina del Sud, 165 delitti erano sanzionati con la pena di morte. Nel 1825, soltanto cinquantuno, nel 1838 soltanto trentadue, e nel 1850 soltanto ventidue reati rimasero in questo gruppo⁷.

La maggior parte degli Stati non faceva grande uso della pena di morte, nè prima nè dopo aver ridotto il numero dei de-

litti nominalmente assoggettati a questa sanzione. Vi erano rilevanti differenze a seconda della razza e della religione. La Carolina del Sud impiccò molte più persone che il Massachusetts e molti più neri che bianchi. Anche se l'impiccagione non era affare di tutti i giorni, le impiccagioni continuavano ad esserci; erano degli avvenimenti pubblici che avevano luogo in pieno giorno davanti a folle morbose o in festa. Un'impiccagione era un'avvenimento, uno spettacolo. La gente seguiva avidamente il cammino verso la forca, e avidamente ascoltava il condannato mentre, come talora accadeva, faceva l'ultimo discorso all'ombra della forca.

I riformatori liberali e gli umanitari avevano guidato il movimento per abolire la pena di morte; ma elaborarono anche un argomento pratico ed efficace per bandire i sistemi cruenti dal diritto penale. La pena di morte era, per così dire, un tipico caso di mezzo sproporzionato al fine. La pena capitale era inefficace perchè non era nè poteva essere applicata con coerenza. La sua micidiale severità distorceva il funzionamento della giustizia penale. Una giuria intrappolata tra due scelte spiacevoli, la morte o l'assoluzione, spesso proscioglieva il colpevole. La costituzione del New Hampshire del 1784, criticando le "leggi sanguinarie", esprime il timore che "quando ogni reato è trattato con la stessa indistinta severità la gente è portata a dimenticare il senso della distinzione tra i reati medesimi e a commettere i più gravi con la stessa facilità con la quale si commettono i più lievi" (I parte, art. 18).

Nella Carolina del Sud, il tipico imputato di omicidio o veniva assolto oppure ritenuto responsabile solo di omicidio colposo. In un distretto, tra il 1844 e il 1858, trentatre uomini furono processati per omicidio. Diciotto vennero assolti, altri dieci furono giudicati colpevoli di omicidio colposo; soltanto cinque di loro furono condannati per omicidio volontario. A Philadelphia, tra il 1839 e il 1845, si ebbero 68 imputazioni di omicidio di primogrado; 40 imputati vennero processati, ma la giuria ne dichiarò colpevoli soltanto 25. Tra questi ultimi, solo alcuni vennero condannati a morte dal giudice⁸.

Questa divergenza tra l'imputazione e il verdetto della giuria e tra quest'ultimo e la sentenza di condanna emessa dal giudice era probabilmente molto diffusa in gran parte del paese. Il problema non era quello della severità della pena in sè e per sè, ma il rigore formale di questa in confronto a ciò che era permesso dalla morale collettiva. I codici penali rigoristi sono

spesso gli strumenti di una politica repressiva, imposta dai governanti ai governati. Negli Stati Uniti, comunque, il grado di coincidenza tra governanti e governati era maggiore che in Inghilterra. Questo portò ad un notevole lassismo nell'uso effettivo delle misure penali⁹. Inoltre, un gruppo sociale può essere meno severo con le proprie forme di devianza che con quelle degli "altri" ed in particolare, degli "altri" giudicati inferiori. Le giurie in America erano più indulgenti con le violazioni della legge sul gioco di quanto avrebbero potuto esserlo il re ed i suoi funzionari; di contro, le leggi sulla schiavitù, che disciplinavano una classe priva di ogni potere, erano sia nella teoria sia nella pratica più crudeli della legge penale ordinaria.

Un sistema di giustizia penale è qualcosa di più di una serie di norme sulla carta. È anche un piano per la distribuzione del potere tra i giudici, i giurati, i legislatori ed altri soggetti. Nel pensiero giuridico americano, il potere della giuria era enorme e soggetto a pochi controlli. C'era una regola legale secondo cui la giuria nelle cause penali era giudice sia del diritto che del fatto. Questo principio fu particolarmente forte nella prima generazione della Rivoluzione, quando ancora erano freschi i ricordi della giustizia del re. In alcuni stati quella regola ebbe lunga vita e, nel Maryland, venne concretamente incardinata nella costituzione¹⁰. Il principio subì peraltro forti attacchi da parte di alcuni giudici e di altre autorità. Vi era il timore che tale norma, se presa sul serio, avrebbe distrutto le "possibilità di un giudizio uniforme". Essa minacciava anche il *potere* dei giudici. Alla fine dell'epoca, molti stati avevano ripudiato tale teoria attraverso la legge o le decisioni giurisprudenziali¹¹.

In ogni caso, non è facile dire quale significato ebbe nella pratica il principio. Le giurie non dividevano i loro verdetti in due parti separate l'una di diritto e l'altra sul fatto. La regola riconosceva esplicitamente che la giuria avesse il potere definitivo di decidere sulla natura criminosa del fatto e sulla sua rilevanza penale. Le giurie non avevano alcun timore ad esercitare questo potere. Nella Carolina del Sud, secondo Jack K. Williams, "la stessa giuria che poteva derubicare un omicidio da volontario a colposo, poteva senza esitazione condannare alla forca un ladro comune", se così le andava di fare¹². Di contro, la giuria poteva essere molto disinvolta con la lettera della legge, e ancor più con i fatti. Nel caso *State v. Bennet* (1815), una giuria della Carolina del Sud giudicò nel merito che i beni rubati da John Bennet valevano "meno di venti penny", anche se tutti i testimoni

avevano giurato che il loro valore fosse molto più elevato. Questo "pio spergiuro" permise alla giuria di giudicare Bennet responsabile di una forma più lieve di furto, al posto di quella più grave che lo avrebbe mandato alla forca. La corte d'appello confermò il diritto della giuria di comportarsi come più le piaceva¹³. In Inghilterra questo medesimo atteggiamento aveva reso meno terribili di quanto potevano sembrare alcuni crimini della lunga lista dei delitti capitali. Questo tipo di comportamento è stato denominato "a-legalità delle giurie"; senonché c'è una certa stonatura nell'etichettare come "a-legale" un potere accuratamente ed espressamente incardinato nella legge. Il potere della giuria significava che una misura di "riforma" penale poteva avere luogo senza un cambiamento formale delle istituzioni giuridiche. Jerome Hall ha sostenuto che quando un atteggiamento sociale verso i criminali ed il crimine comincia a cambiare, le prime avvisaglie si manifestano nell'amministrazione della giustizia penale; la "riforma" penale — le leggi promulgate e le nuove regole giurisprudenziali — segue quale "ratifica di prassi" già consolidate¹⁴.

Non è facile delineare un quadro preciso di come funzionava la giustizia penale. Per lo più la letteratura giunta fino a noi non si occupa delle quotidiane e monotone operazioni processuali delle corti. Solo di recente la ricerca ha iniziato a disseppellire dalla polvere gli atti delle corti e ad esaminarli nella loro formulazione originale. La maggior parte dei rei e quasi tutti gli imputati di piccoli reati venivano giudicati con estrema rapidità e in modo molto sommario. Soltanto i reati gravi erano portati davanti alla giuria. Le giurie avevano la tendenza a riconoscere la colpevolezza: le statistiche di Michael S. Hindus segnalano che il 71,5 per cento degli imputati nella Carolina del Sud (1800-1860) e l'85,9 per cento degli imputati nel Massachusetts (1833-1859) furono giudicati colpevoli. E ancora nella Carolina del Sud, moltissimi imputati venivano rilasciati già negli stadi iniziali: di tutti i casi prospettati al gran giuri, soltanto il 30,9 per cento si chiudeva con una condanna; nel Massachusetts, la percentuale era del 65,8¹⁵.

Nel complesso, la giustizia penale non era un'attività professionale come oggi. Quasi nessuno tra quanti operavano nel settore della giustizia penale era un esperto a tempo pieno della materia. Non c'erano investigatori, né funzionari addetti al probation, né addetti al patrocinio gratuito, né esperti di discipline forensi; persino il procuratore distrettuale lavorava probabil-

mente a part-time; i membri delle giurie erano ovviamente dei completi dilettanti. Oggi, il sistema è altamente professionalizzato; questo comporta, tra l'altro, che la polizia e i funzionari della pubblica accusa filtrino i casi in cui gli elementi di accusa sono più deboli e se ne sbarazzino all'inizio del processo. Al giudice e alla giuria è lasciata un'opera più ridotta di setacciamento. Nel 1800, o nel 1850, non c'era alcunché di organizzato o di burocratico in nessuna parte del sistema. Questo valeva anche per ciò che seguiva alla condanna; l'unico modo per uscire in fretta dalla prigione (a parte l'evasione) era di fare appello al governatore per il perdono. In alcuni stati il governatore lo concedeva con una certa facilità; peraltro, nel prendere la sua decisione, faceva quel che gli pareva e prendeva consiglio da chiunque gli piacesse.

Oggi, la maggior parte degli accusati si dichiara colpevole dei fatti contestati o di qualche reato meno grave. In alcuni posti, le ammissioni di colpevolezza portano al 90 per cento di tutte le condanne. Non era così nel diciannovesimo secolo. Eppure già allora la dichiarazione di colpevolezza era un fattore di rilievo, e lo diventava sempre di più. Nello stato di New York nel 1839 si avevano ammissioni di colpevolezza in un quarto dei casi e questa percentuale si raddoppiò più o meno intorno alla metà del secolo¹⁶. Un'ammissione di colpevolezza fa chiudere il procedimento penale; quando un imputato si dichiara colpevole, non c'è processo per giuria o di altro tipo. Perciò un andamento crescente di ammissioni di colpevolezza comporta un andamento decrescente dei processi.

Indubbiamente il comportamento degli imputati rifletteva i cambiamenti nell'organizzazione della giustizia penale, anche se molti di tali mutamenti sono abbastanza oscuri. Uno di questi, comunque, è nello stesso tempo ovvio ed importante: la nascita della polizia. La polizia, come elemento rilevante del sistema, fece la sua prima comparsa soltanto verso la fine del periodo che qui si considera. Nel migliore dei casi, la giustizia penale rappresentava la professionalità. A Philadelphia la giustizia privata, più o meno sullo stile inglese, era ancora presente con tutta evidenza nel diciannovesimo secolo¹⁷. A Boston un corpo di polizia comparve nel 1838, sotto il sindaco Samuel Eliot; prima di allora, c'era la solita raccolta a casaccio di poliziotti e di guardie notturne; non c'era né poteva esserci la speranza di lottare con successo contro "gli incendiari, gli scassinatori e i violenti"¹⁸. Il corpo di polizia di New York, sulla falsariga della

Polizia Metropolitana di Londra, comparve nel 1845¹⁹. Le grandi città cominciarono presto ad imitare questi modelli. Nel sud, invece, e nelle aree rurali, non c'era traccia di forze dell'ordine professionali.

L'evoluzione dei corpi di polizia comportò dei cambiamenti radicali nella lotta pubblica contro la criminalità. La polizia delle origini era molto diversa dalla polizia moderna. Non era affatto "professionale". I poliziotti non sostenevano esami nè seguivano corsi di addestramento. L'istituzione della polizia urbana non fu tanto il frutto di una necessità particolarmente sentita di scoprire la criminalità sotterranea occulta, quanto la paura di disordini — in sostanza, dei tumulti di piazza. Oggi, si è abituati all'idea che lo Stato abbia un monopolio nell'uso della forza. In realtà non è stato sempre così, almeno non in senso letterale. Lo Stato era per lo più debole e lassista; quando necessitava di più nerbo, reclutava dei privati cittadini per farsi aiutare. Le "posse" (pattuglie di volontari) del West, così familiari ad ogni appassionato di cinema, erano un residuo dei tempi in cui lo sceriffo o un altro funzionario radunava semplicemente degli uomini prestanti per farsi aiutare. In breve, la linea di demarcazione tra tumulto e disordine da una parte e l'attuazione della legge dall'altra, era un tempo lontana dall'essere ben definita²⁰. Oggi questa linea è netta; la costruzione di un muro divisorio tra la forza privata e quella pubblica è una delle linee maestre della giustizia penale.

Il vecchio, arcaico sistema pre-professionale non venne immediatamente rimpiazzato da un altro completamente moderno, nonostante l'istituzione di corpi di polizia che aveva luogo qua e là. Col senno di poi, possiamo notare una tendenza chiara e costante; la strada da seguire aveva l'aspetto piano e liscio dell'inevitabilità, ma allora quella via non si vedeva. Il controllo rimase ancora nelle mani di dilettranti, specialmente i membri delle giurie. E certamente il sistema della giuria aveva i suoi difetti. I risultati erano, nel migliore dei casi, imprevedibili. C'erano dei modi per controllare le giurie, una dei quali era il diritto dell'"evidence". Abbiamo descritto come un sistema di controlli e di equilibri, nella dinamica processuale, andò proliferando al di fuori di ogni progetto. Nel sistema della giustizia penale, esso raggiunse il suo apice (o il suo punto più basso). In questa sede il giudice si opponeva alla giuria, lo Stato ai cittadini, la contea allo Stato, lo Stato al governo federale. Ogni padrone doveva sottomettersi ad un altro padrone. Il sistema aveva degli aspetti

positivi, naturalmente. Ma, dal punto di vista di ogni particolare gruppo, aveva anche un enorme difetto: nessuno poteva essere mai sicuro che le politiche della giustizia penale, per quanto ben formulate, sarebbero state concretamente attuate.

Non ci si deve stupire quindi se l'uso privato della forza non morì con la nascita della polizia. Al contrario esso ebbe poteri di sopravvivenza straordinari. C'erano periodiche esplosioni di linciaggi e vigilantes sorsero in quasi ogni stato. Queste incrinature del diritto e dell'ordine non erano casuali. La degenerazione (o gli eccessi) dei giudici, delle giurie, degli stati o dell'autorità nazionale qualche volta raggiunse il punto per cui la giustizia (come la intendevano i vigilantes) esigeva che "il pubblico" prendesse la legge nelle proprie mani. In altre parole, i vigilantes e le bande di linciaggio erano patologie di un sistema con troppi controlli ed equilibri dal punto di vista dell'opinione pubblica. I vigilantes erano attivi specialmente nel sud. Qui la cultura giuridica li rendeva indispensabili. L'illegalità era un modo di vita; i crimini violenti erano comuni; gli uomini erano abituati ad andare in giro per le strade con le pistole; le élite davano più valore al codice d'onore (incluso il duello) che al ricorso alla legge. I vigilantes erano il riflesso in negativo del potere di grazia del governatore. Il potere di grazia era di per sé un tipo di controllo e di equilibrio; il farsi giustizia da sé era un altro tipo. A Montgomery, in Alabama, verso il 1820 spuntò, ad esempio, un gruppo di vigilantes chiamato The Regulation Horn (il Corno Regolatore). Gli uomini suonavano il corno per convocare il resto del gruppo. Sottoponevano lì per lì i sospetti ad interrogatorio. Se trovavano un uomo "colpevole" lo impeciavano e impiumavano e lo portavano fuori dalla città a cavalcioni su una sbarra. La violenza può essere un'abitudine che dà assuefazione; al successo si accompagnò l'eccesso: il Corno Regolatore perse la propria legittimazione e la tolleranza della comunità svanì. Dopo di allora, fu destinato all'insuccesso²¹.

Nella Carolina del Sud, verso il 1840, gli abolizionisti erano il principale bersaglio dei vigilantes. Qui la legge del farsi giustizia da sé prosperava nella frattura tra la dottrina ufficiale del paese e l'opinione della comunità locale. Gli abolizionisti non erano colpevoli di alcun reato se non quello di offendere le idee del sud. Dall'altra parte, le pattuglie dei cacciatori di schiavi fuggiaschi praticavano una specie di linciaggio legittimo. Nel nord non c'era l'esatto equivalente. Il sud non era però l'unica regione dove veniva sparso del sangue. Tumulti, leggi parallele e

giustizieri privati erano una macchia scura sull'intero paese, che attraversava ogni confine ed entrava in ogni Stato. Tra il 1830 e il 1860 "almeno 35 tumulti di grandi proporzioni si verificarono nelle quattro città di Baltimora, Philadelphia, New York e Boston" ²². La richiesta di una polizia cittadina ebbe origine da questo clima.

La forza dell'idea di controlli ed equilibri fu anche uno dei fattori che spinse il diritto penale verso la codificazione. I capi della generazione rivoluzionaria sentivano fortemente la necessità di garanzie contro l'uso politico od oppressivo della giustizia penale — i misfatti per cui Re Giorgio era vituperato. Questo principio fu anche alla base del Bill of Rights; esso non scomparve affatto con la Repubblica. Le regole della giustizia penale dovevano essere aperte, trasparenti, facili da conoscere. Il diritto penale non doveva essere sparso in centinaia di testi e smembrato in tanti piccoli oscuri frammenti. Esso doveva essere contenuto in un unico e ben definito corpo normativo. La codificazione, come scoporirono i magistrati Puritani, è talvolta uno strumento per controllare le autorità. La stessa teoria era dietro alla codificazione del diritto penale in Europa, dopo le violente ondate della rivoluzione francese.

Si riteneva che il "common law" riposasse sul consenso morale della collettività, filtrando attraverso la coscienza sociale dei giudici. Le corti avevano inventato ed elaborato le dottrine penalistiche nel "common law", non diversamente da quanto avevano fatto per altre branche del diritto. Tuttavia l'idea di un diritto penale secondo il "common law" cominciò a sembrare pericolosa, un possibile strumento di oppressione. Le decisioni di "common law" erano in un certo senso retroattive, e i giudici erano meno soggetti al controllo sociale che i legislatori. Le norme degli "statutes", invece, disponevano solo per il futuro ed erano emanate dai rappresentanti del popolo. Il modo in cui si erano comportati i giudici del re, in Inghilterra e nelle colonie, rese facile disapprovare il potere dei giudici di inventare e definire nuovi reati. Vi furono casi giudiziari in cui il concetto di reato secondo il "common law" venne usato anche in questo paese. Nel caso *Kanavan* (Maine, 1821), l'imputato gettò il corpo morto di un bambino nel fiume Kennebec ²³. Nessuna legge scritta si riferiva espressamente a questo caso, ma la corte suprema del Maine pronunciò la condanna di quell'uomo. Nel 1808, una corte d'appello del Tennessee accolse l'accusa di "avere origliato" ²⁴. Peraltro il concetto di reato di "common

law" era già in declino in tutto il corso del diciannovesimo secolo.

C'erano delle particolari ragioni per opporsi al potere dei giudici federali di inventare nuovi reati. Una di queste ragioni era data dal timore diffuso di un governo centrale troppo potente. Il concetto di reato di "common law" si disintegrò presto — e totalmente — a livello federale. Il caso fu quello "*United States v. Hudson and Goodwin*" (1812) ²⁵; gli imputati erano accusati di "diffamazione nei confronti del Presidente e del Congresso degli Stati Uniti, per un articolo comparso sul Connecticut Courant del 7 maggio 1806, che li accusava di avere stanziato segretamente due milioni di dollari come dono a Buona parte per ottenere l'assenso a stipulare un trattato con la Spagna". Non esisteva una legge scritta che considerasse tale ipotesi come "reato" contro il governo federale. La Corte Suprema ritenne che nessuna corte federale avesse "giurisdizione su una particolare azione compiuta da un individuo in supposta violazione della pace e della dignità del potere sovrano. Deve essere l'autorità legislativa dell'Unione in via principale a fare di un'azione un reato, a prevederne la pena e a individuare la corte che doveva avere giurisdizione su quel reato". Se l'accusa e i giudici federali avessero potuto da soli definire i reati e la loro punizione, il governo centrale si sarebbe appropriato un potere enorme (e, in questo caso, indesiderato).

La codificazione fungeva da freno al potere dei giudici; ma il suo intervento fu solo parziale. la magistratura perse il potere di inventare nuovi reati; il "common law", peraltro, *definiva* ancora il significato preciso e l'applicazione dei vecchi reati, come la violenza carnale e il furto. Persisteva ancora, quindi, il potere forte dei giudici di interpretare, talvolta a ruota libera, le leggi. I giudici sviluppavano ed usavano *canoni di costruzione* — regole interpretative — che ampliavano la loro discrezionalità ed autorità. Uno di tali canoni enunciava che le leggi penali dovevano interpretarsi restrittivamente, cioè che se ne doveva limitare il più possibile la portata in modo coerente al loro significato: diversamente avrebbe potuto, per così dire, farsi rientrare in casa dalla porta di servizio un diritto penale retroattivo e creato dal giudice. Solo fatti chiaramente etichettati come reati dovevano essere considerati tali. Le corti non dovevano ampliare la portata di una legge penale oltre il suo mero significato letterale. Il diritto penale doveva essere conosciuto e conoscibile, senza sottigliezze nè artifici:

“La legge restrittiva della libertà personale (del detenuto) dovrebbe essere innanzitutto *prescritta*; vale a dire non dovrebbe essere soltanto deliberata da legislatore, ma anche annunciata e pubblicata in modo chiaro e semplice così che ogni cittadino, volendo, possa conoscerne il contenuto e le sanzioni”.

Questo venne affermato da un difensore durante il processo a un certo Timothy Heely di New York, accusato di aver rubato un biglietto della lotteria. La legge prevedeva il delitto di furto di un “titolo pubblico”. La corte era d'accordo con la difesa sul fatto che un biglietto della lotteria di Stato non costituiva un titolo pubblico, e lasciò libero Heely²⁶. Il principio di interpretazione restrittiva, in teoria, dava corpo all'idea che i giudici fossero semplici servitori della legge, del popolo, e delle sue rappresentanze elettive. Mancava tuttavia un controllo immediato sull'uso o l'elusione di tale principio da parte delle corti. Di conseguenza, la sua applicazione, se non lo era in teoria, di fatto era una questione difficile a stabilirsi, e che diede ancora più discrezionalità alle corti.

Il diritto penale sostanziale

Nel diritto inglese, quello di tradimento era stato un concetto complesso e proteiforme, usato per reprimere ogni tipo di persone e gruppi definiti nemici dello stato. Era considerato tradimento il portare guerra contro il regno; ed era pure tradimento il violare la figlia primogenita (non sposata) del re. Era, tradimento l'alterare o il coniare monete; o bagnare “una moneta d'argento avente corso legale... in modo da farla sembrare d'oro”²⁷. Quando scoppiò la guerra i coloni s'impadronirono di quest'arma terribile. Lo stato di New York, ad esempio, approvò nel 1781 una legge di estremo rigore: chiunque predicava, insegnava, parlava, scriveva o stampava che il re avesse o dovesse avere sovranità sullo stato di New York commetteva per ciò stesso un “tradimento senza il beneficio di qualsivoglia immunità”, punibile con la morte o l'esilio²⁸.

Finita la guerra, le passioni si raffreddarono. Il Maryland, il Massachusetts, New York, la Pennsylvania e il Vermont prevedono tutti, nelle loro prime costituzioni, che il legislatore non avesse il potere di far accusare chiunque di tradimento²⁹. La costituzione federale ridimensionò drasticamente questo sovrano dei delitti: ne definì — una volta per tutte — il contenuto e circondò i processi di tradimento di precise garanzie procedurali.

Il tradimento contro gli Stati Uniti “consiste solo nel portare guerra contro il paese, o nel collaborare con i suoi nemici, nel dare ad essi aiuto e sostegno. Nessuno può essere accusato di tradimento senza la pubblica deposizione di due testimoni in ordine allo stesso atto o senza la confessione davanti ad una corte in un giudizio a porte aperte” (Costituzione degli Stati Uniti, art. 3, sec. 3).

Il tradimento era un reato speciale, con un significato politico del tutto eccezionale. Il progressivo arretramento della legge sul tradimento rispecchiava i principi ispiratori del diritto penale. Uno Stato totalitario, e persino uno semitotalitario, hanno il problema di distinguere fra il tradimento e i delitti comuni. Nell'Unione Sovietica, per esempio, è un reato contro lo stato, punito severamente, il commerciare in valuta o il rubare cose dalla fabbrica (poiché sono tutte di proprietà dello Stato). Gli Stati Uniti imboccarono un sentiero completamente diverso. Restrinsero il più possibile il concetto di delitto contro lo stato. I compilatori dei codici penali erano disposti a consentire in tal modo una serie di scappatoie, per tutelare gli innocenti e (ancora di più) per tenere il governo sotto controllo. Non c'è alcun dubbio sul fatto che gran parte di tale indulgenza rimaneva soltanto sulla carta. La legge sulla sedizione del 1798, approvata da un governo federale nervoso e partigiano, fu (per l'osservatore moderno) una scandalosa violazione della libertà di espressione politica, l'approvazione di questa legge mostrò, ancora una volta, come le paure storiche per un governo centrale erano lungi dall'essere infondate³⁰. Tuttavia, la concezione secondo cui il governo non doveva essere troppo forte nel settore penale lasciò davvero un segno in particolare, aiutò a definire la struttura del governo e le risorse di cui il governo disponeva per svolgere i suoi compiti.

Non che il diritto penale avesse scarsa importanza negli Stati Uniti. Ad ogni modo, il *numero* delle fattispecie penali aumentò costantemente dal 1776 al 1850, nonostante il declino nell'uso del “common law” nel diritto penale. I reati classici (furto, omicidio, violenza carnale e incendio doloso) rimasero nei testi. Vi era un gran numero di reati economici e di norme che definivano la morale pubblica; e sempre di nuovi se ne aggiungevano. La raccolta di Statutes dell'Indiana del 1831 — un buon campione — configurò come reato il “lasciare i sali inglesi incustoditi ed esposti alla mandria, al bestiame o ai cavalli dei vicini”. Nell'Indiana era un reato alterare il marchio a fuoco o

comunque impresso sugli animali domestici, la vendita al minuto di liquori senza licenza; il trasporto remunerato di persone attraverso un torrente o un fiume entro le due miglia da un traghetto fornito di licenza, ed era un crimine persino tenere "tavoli da gioco, sia quelli del tipo A.B.C. che E.O., biliardi, roulette, lo "spanish needle", il "gioco della morella e il faraone". Costituiva un reato punibile con una pena pecuniaria, "la vendita di ogni sorta di mercanzia che non poteva essere prodotta negli Stati Uniti senza averne la licenza". La bestemmia era un reato, così come lo erano "l'adulterio o la fornicazione qualora fossero di pubblico dominio". Le leggi più importanti spesso includevano, come norma di chiusura, una disposizione che sanzionava la violazione o l'elusione dello scopo della norma.

Di solito si pensa che un reato sia un fatto che offende valori morali profondamente radicati. Un reato può tuttavia essere definito anche in modo neutrale come ogni comportamento punito a spese dello Stato e attraverso un processo penale. Un venditore non pagato, o una persona che scivola sul ghiaccio, cita in giudizio a proprie spese o di propria iniziativa, rispettivamente, il compratore o il proprietario dell'area. Le spese processuali della punizione di un omicida sono invece un onere sociale, e non solo per la ristretta cerchia dei familiari o degli amici della vittima. Una volta l'omicidio era perseguito privatamente. La giustizia privata tuttavia o è troppo inefficace oppure, al contrario, è anche troppo efficace, perché dà luogo a faide e a spargimenti di sangue a non finire. L'azione penale pubblica elimina le vendette private. I reati amministrativi ed economici sono puniti a spese e iniziativa pubbliche, ma per ragioni alquanto diverse. Se una persona vende dieci cesti di fragole guaste a dieci persone diverse, non vale la pena che ciascun compratore agisca contro il venditore. Una causa civile in questo caso richiederebbe molti più soldi di quanti potrebbero essere recuperati. Posto che lo sceriffo e il procuratore distrettuale — pubblici funzionari pagati dallo Stato — hanno il potere di fare rispettare le norme, essi possono intervenire sul venditore molto più efficacemente. Tutto ciò prescinde completamente dal fatto che la vendita di fragole avariate sia considerata particolarmente immorale o meno. Un procedimento penale può allora assumere il ruolo di una specie di strumento amministrativo che opera in modo sommario e indifferenziato. Questa concezione (in gran parte mai espressa) fu una delle ragioni della nascita dei reati amministrativi (i c.d. *regulatory crimes*). I reati

economici non diedero mai molto lavoro alle corti e non interessarono particolarmente l'opinione pubblica. Le disposizioni penali in campo amministrativo non furono neppure sempre *concepite* come destinate ad una rigorosa attuazione. Esse erano intese più come un estremo rimedio, come strumento di intimidazione per i trasgressori abituali e per i casi più gravi. In epoca tarda quando la giustizia amministrativa si sviluppò, alcuni di questi reati scomparvero dai testi.

La *relativa* crescita dei reati economici, nelle raccolte di leggi, era probabilmente il segno esteriore di un effettivo spostamento del centro di gravità del diritto penale. Se prima della rivoluzione il delitto coincideva con il peccato — la fornicazione, la bestemmia — in seguito si ebbe un graduale orientamento dell'interesse a punire verso la tutela della proprietà privata e dell'iniziativa economica. Quel poco che sappiamo circa la sua concreta attuazione, rende plausibile l'ipotesi di un rapido declino dell'azione penale sul fronte dei reati senza vittime — forse già dal diciottesimo secolo — e della loro sostituzione al centro dell'attenzione con i delitti contro la proprietà. Questo è senza dubbio accaduto in Inghilterra. Lo studio condotto al riguardo da William E. Nelson, nel Massachusetts, avvalorava questa teoria. Nelson sostiene che le azioni legali per fornicazione, per violazioni del riposo domenicale e simili diminuirono notevolmente dopo la rivoluzione; le azioni penali per furto, invece, aumentarono. Intorno al 1800, più del quaranta per cento dei processi intentati nelle sette contee prese in esame, erano per furto, e la morale ³¹. Il delinquente non era più visto come un peccatore, ma come un pericolo sociale, una persona che attenta agli altrui diritti di proprietà. Quindi, il ruolo dominante del diritto penale in questo pericolo fu soprattutto quello di difendere l'ordine economico e politico, e molto meno quello di far rispettare codici di comportamento, sessuale o sociale. La ruota sarebbe girata ancora una volta, ma solo in seguito.

Il delitto di punire: le prigioni americane

Il tipico carcere del 1776 era un'istituzione corrotta e inefficace — un deposito per la feccia della società. Uomini e donne venivano buttati dentro celle comuni. L'amministrazione non era affatto qualificata. Sudiciume ed immondizia erano ovunque. La disciplina veniva trascurata e la brutalità era incontrollata.

lata: per quanto possa sembrare abbastanza strano (per l'osservatore moderno), queste prigioni non erano originariamente luoghi in cui le persone venivano mandate per scontare la pena. Nel periodo coloniale la detenzione era una forma rara di sanzione. La maggior parte della gente che si trovava in carcere era in attesa di giudizio. Molti dei restanti erano debitori.

Dopo la rivoluzione, furono messi da parte i vecchi metodi di punizione e la prigione acquistò una nuova importanza. Si faceva meno ricorso alla frusta e alla gogna, e, naturalmente, il declino della pena di morte creò un vuoto che ora colmavano le prigioni. Vi erano anche delle nuove teorie per spiegare le cause della criminalità. Le "fonti della corruzione", come si esprimeva David Rothman, "erano esterne, non interne"³². La società, le cattive compagnie, la corruzione delle città erano le cause del delitto. Perciò la riabilitazione del delinquente richiedeva una sorta di intervento chirurgico radicale: il suo allontanamento dagli ambienti cattivi. Questo significava, ovviamente, l'imprigionamento.

Stando a come erano allora le prigioni, difficilmente ci si poteva aspettare che gli internati migliorassero. Per ottenere ciò, erano necessarie strutture radicalmente nuove. Fin dal 1767, la legge del Massachusetts autorizzò l'internamento con il lavoro forzato. La costituzione della Pennsylvania del 1776 accennava a "punizioni tangibili e di lunga durata" e prevedeva la costruzione di "case dove punire con i lavori forzati i condannati per delitti non capitali". Nel 1790, la prigione di Walnut Street a Philadelphia fu rimodellata come luogo in cui esibire una politica illuminata. La principale novità era data da una "Casa penitenziaria" (il nome è significativo) con sedici celle di isolamento:

"Ciascuna cella era lunga 8 piedi, larga 6 ed alta 10; aveva due porte, una esterna di legno, l'altra interna di ferro... Ogni cella aveva un grosso tubo di piombo collegato alla fognatura che formava così una specie molto rudimentale di gabinetto. La finestra della cella era chiusa da cortine e da una rete metallica per impedire il passaggio di qualsiasi cosa all'interno o all'esterno"³³.

Alcuni condannati lavoravano durante il giorno in negozi, mentre i condannati nelle celle di isolamento non lavoravano affatto. Questo ascetismo solitario avrebbe presumibilmente dovuto guidare i prigionieri di Walnut Street a ripensare alla loro vita e a meditare sul modo per redimersi. Presto bisognò ammettere, tuttavia, che il lavoro forzato era una necessità; il solo

isolamento era troppo crudele, portava alla pazzia e non produceva alcun risultato positivo.

Nello stato di New York, l'ala nord della prigione di Auburn fu rimodellata nel 1821 per adeguarla ai più avanzati principi della scienza penitenziaria. Nel sistema di Auburn, i detenuti lavoravano insieme durante il giorno e di notte dormivano nelle celle di isolamento. La prigione di Cherry Hill a Philadelphia (1829) era un'altra novità dei sistemi carcerari³⁴. Cherry Hill aveva l'aspetto di una tetra fortezza, circondata com'era da mura di consistenza simile a quelle medioevali. Dei grandi raggi in pietra di estensione dal nucleo centrale. Ciascun braccio conteneva un certo numero di celle individuali che si collegavano a minuscoli cortili recintati da mura, uno per ogni cella. I detenuti vivevano nella cella e nel cortile, completamente soli, giorno e notte. Qualche volta indossavano delle maschere. Attraverso gli spiragli i detenuti potevano ascoltare le funzioni religiose. Sia ad Auburn sia a Cherry Hill, ai prigionieri veniva imposto il silenzio assoluto — una punizione forse più inumana della flagellazione o della marchiatura a fuoco che si supponevano soppiantate.

Un'organizzazione di tipo militare e l'uniformità erano i punti chiave della nuova scienza penitenziaria. Per questo motivo alcune leggi statali erano notevolmente dettagliate. Quando nel 1828 il Massachusetts convertì la sua prigione di stato al sistema di Auburn, la relativa legge prevedeva accuratamente:

"ciascun condannato sia provvisto, per il suo vestiario annuale, di un paio di pantaloni pesanti, di una giacca pesante, di un paio di pantaloni leggeri, di una giacca leggera, di due paia di calze, di tre camicie e di due coperte, il tutto di povera qualità".

Anche la razione quotidiana era disciplinata dalla legge, fino a prevedere "due once di pepe nero" per ogni cento razioni³⁵. Tutti questi dettagli facevano parte del regime, e stavano forse a simboleggiare un'amministrazione attenta e la meticolosità usata nel tradurre la teoria in pratica.

Come apparivano realmente i penitenziari? Charles Dickens visitò Cherry Hill durante il suo viaggio in America, e ne rimase inorridito. "Coloro che hanno escogitato questo sistema di disciplina carceraria", commentò, "e quei benevoli signori che ne sono gli esecutori non sanno quello che stanno facendo". Questa "spaventosa punizione infligge ai detenuti una tortura ed una sofferenza... immense". Era una "lenta e quotidiana altera-

zione delle parti più nascoste del cervello... incommensurabilmente peggiore di ogni tortura corporale". Il silenzio, osservava Dickens, era "terribile... Sulla testa e sulla faccia di ogni prigioniero che arriva in questa casa della malinconia viene gettato un cappuccio e così, immerso nell'oscuro più completo, il prigioniero è condotto in cella e diventa un sepolto vivo" ³⁶.

Ma non tutti erano d'accordo con Dickens. I visitatori forse vedevano quello che volevano vedere. Uno dei visitatori più entusiasti fu niente di meno Alexis de Tocqueville che insieme a Gustave de Beaumont pubblicò un libro sul sistema penitenziario. Esso era ad un tempo "morale e giusto". Il posto che la società ha destinato al pentimento, non dovrebbe offrire scene di svago o dissolutezza. Essi elogiarono la rigida disciplina militare, la routine semplice ed inflessibile — e persino il cibo, che era "sano e abbondante anche se non di prima qualità": esso era sufficiente a mantenere in forza i prigionieri, privo di ogni inutile "gratificazione dell'appetito". Ammisero che la vita fosse dura in una prigione americana. Al riguardo, misero in evidenza un paradosso "Mentre la società negli Stati Uniti dà l'esempio della più ampia libertà, le prigioni... offrono lo spettacolo del più completo dispotismo" ³⁷.

Ma forse questo non era per niente un paradosso. La società americana si era imbarcata in un esperimento che a quel tempo sembrava rivoluzionario: il governo popolare. Ogni forma convenzionale di autorità era stata spodestata. Non c'era una monarchia, né una religione confessionale, né un'aristocrazia. Esisteva soltanto la legge. Essenzialmente, ci si aspettava che il popolo si autogovernasse; la legge affidava al popolo il potere. Chi non era degno di tale fiducia doveva essere allontanato dalla società. Una mela marcia fa guastare l'intera cesta. I criminali tradivano l'esperimento americano; il regime penitenziario era quello di cui avevano bisogno — e che si meritavano.

Il lettore moderno probabilmente è d'accordo con Dickens, piuttosto che con Beaumont e de Tocqueville. Il classico penitenziario sembra indescrivibilmente crudele. C'erano davvero dei prigionieri che impazzivano nelle loro celle. Anche l'amministrazione degenerò rapidamente. Il successo di un penitenziario dipendeva da un controllo assoluto, dall'isolamento carcerario e da una disciplina totale. Erano anche indispensabili delle guardie e dei direttori onesti. Senonché, dopo pochi anni, camicie di forza, bavagli di ferro e pestaggi erano all'ordine del giorno a Cherry Hill. Persino nella prigione di stato del Massachusetts,

relativamente ben gestita, il sistema del silenzio venne abbandonato verso il 1840 ³⁸.

Che cos'era che non andava? La società del diciannovesimo secolo, che temeva il fallimento morale, che si affidava ad una rigorosa teoria di deterrenza, che era fortemente sospettosa del potere e avara di iniziative sociali, non ebbe mai la volontà di portare avanti le sue teorie sino alle loro logiche conseguenze. Quel poco di vigore e talento disponibili venivano spesi nella teoria, nella legislazione ed occasionalmente nell'amministrazione al vertice del sistema. Il problema centrale era il malfunzionamento amministrativo: mancavano la professionalità, il denaro e la volontà di trasformare la teoria in pratica. Questo era il vizio di fondo. Le prigioni locali — di città e di contea — erano degli scandali arcaici. Le nuove grandi prigioni erano naufragate nella guerra tra gli obiettivi dei riformatori l'indifferenza anarchica di tutti gli altri. Il potere effettivo non apparteneva ai riformatori: esso apparteneva al resto della società, a gente che voleva i delinquenti al sicuro dietro le sbarre, fuori vista. Ed è proprio questo interesse a spiegare perché fu possibile una riforma carceraria. Prima delle riforme di Walnut Street a Philadelphia nel 1790, i cittadini onesti dovettero sopportare la vista di uomini col capo rasato che lavoravano lungo le strade, pesantemente sorvegliati, nei loro "vestiti infami... che chiedevano l'elemosina ed insultavano gli abitanti, che attiravano crocchi di ragazzotti oziosi cui tenevano discorsi indecenti e sconvenienti". La riforma per lo meno tolse i condannati dalle strade. I prigionieri di Walnut Street vivevano come monaci: la gente non li vedeva e non ci pensava.

Una volta tolti dalla circolazione, la gente perse ogni interesse per i detenuti, in ogni senso. I nuovi penitenziari erano costosi. Erano grandi, delle vere fortezze, ed occorrevano molte celle se si voleva tenere ogni detenuto da solo e nel silenzio. E non c'era abbastanza denaro. Alcuni stati del sud cercarono di ricavare denaro dai penitenziari, convertendoli in fabbriche. Quando questo risultò non produrre un guadagno sufficiente, i penitenziari vennero affittati a imprenditori privati. Il Kentucky lo fece sin dal 1828; più tardi, l'Alabama, il Texas, il Missouri e la Louisiana fecero la stessa cosa ⁴⁰.

Alla fine, le prigioni come gli ospizi per i poveri e i manicomi, continuarono a servire principalmente come contenitori per devianti. Pestaggi e camicie di sicurezza, come la crudeltà a

fin di bene dell'isolamento, venivano inflitti a una classe di uomini (e a un certo numero di donne) che non avevano alcuna ragione di aspettarsi qualcosa di buono dal mondo, né la speranza di cambiare quel mondo né alcun potere di farlo. I loro interessi erano rappresentati nella società esterna dai loro procuratori, e il loro destino era determinato dalla forza e dalla tenacia — mai abbastanza grandi — di quanti sostenevano le riforme. Ogni insuccesso preparava la strada ad un'altra ondata di riforme malguidate e fuori luogo.

Una breve nota sul "tort"

Il "tort" è un illecito civile, vale a dire di natura non penale; ne fa parte un'eterogenea raccolta di comportamenti lesivi, idonei a fondare un'azione di danni. Un tipo di azione — quella per "negligence" (mancato esercizio della diligenza media) — si è imposto a tutti gli altri. I "tort" di minor rilievo includono la violenza in genere e le percosse, l'immissione sul fondo altrui (trespass to land), la diffamazione scritta oppure verbale.

Nel complesso, il diritto del "tort" non appariva molto sviluppato nel 1776 e così per molti anni a seguire. Prima del 1850 non fu pubblicato, su entrambi i lati dell'Atlantico, un solo trattato sul "tort". La "negligence" era la violazione di legge più semplice, e i "Commentaries" di Blackstone dicevano poco o nulla al riguardo. L'"Abridgment" di Nathan Dane, negli anni 1820, si occupava dell'argomento come per caso. La "negligence" era una specie di categoria residuale e includeva tutti quei "tort" che non potevano "essere assegnati convenientemente ad altre figure". Solo un paio dei suoi esempi di "negligence" hanno un significato empirico: "Se il proprietario di una nave affidata al pilota, per "negligence" e mancanza di abilità ne affonda un'altra, detto proprietario sarà responsabile"⁴¹. In realtà, sino al XIX secolo inoltrato, come ha sostenuto Morton Horowitz, la nozione di "negligence" era differente da quella sviluppatasi in seguito. Essa si riferiva, approssimativamente, all'omissione nell'adempiere un dovere specifico, spesso di natura contrattuale⁴² e non si identificava come la incapacità di attenersi a standard generali di attenzione o al comportamento dell'uomo ragionevole.

La vera e propria esplosione del diritto del "tort" e della "negligence" in particolare, va fatta risalire alla rivoluzione in-

dustriale, all'era dei motori e delle macchine. Principalmente, infatti, questo ramo del diritto si occupa di lesioni personali. In una società pre-industriale si verificano pochi casi di lesioni personali se non come risultato di violenze o percosse. Gli utensili e le macchine moderni, invece, hanno dimostrato una straordinaria attitudine a menomare e mutilare i loro servitori. Dal 1840 circa in poi, una sola di queste macchine — la locomotiva — produsse con la sua energia a vapore (per così dire) più diritto sul "tort" di quanto non ve ne fosse stato in precedenza. La vaporiera si lanciò come un gran toro muggente attraverso il paese, portando avanti una rivoluzione economica e sociale ma esigendo il pagamento di un tremendo pedaggio: migliaia di uomini, donne e bambini feriti o uccisi.

Il diritto dei "tort" non era preparato a misurarsi con questo tipo di infortuni: esso era stato elaborato per situazioni del tutto diverse. Il diritto americano doveva ora elaborare qualche nuovo strumento per distribuire il costo degli infortuni ferroviari tra lavoratori, cittadini, compagnie e stati. E poiché l'attività era del tutto nuova, anche il diritto che ne derivò fu nuovo. C'era, è vero, una certa continuità terminologica, ma essa era sviante. Il diritto del "tort" era, nel XIX secolo, un diritto completamente nuovo. Si discute molto sulle origini e le funzioni dello sviluppo di questo diritto. Alcuni dicono che le nuove regole avevano un solo e ben preciso scopo: incoraggiare la crescita del giovane mondo affaristico, o almeno non fargli trovare ostacoli sulla via. Oppure, per essere più precisi, le nuove regole erano quelle che i giudici e gli altri potevano immaginare a favore della libera iniziativa. Esse, a farla breve, ponevano limiti precisi alla responsabilità imprenditoriale. Questo era l'impulso della "law of negligence" che si andava sviluppando, con altri, paralleli, sviluppi in altri rami del diritto — dall'indennità per le espropriazioni alla "nuisance law" (diritto delle turbative)⁴³.

Tra le nuove dottrine la più famosa (o infame) fu quella che si ispirava alla regola "fellow servant" (compagno di lavoro). Questa norma stabiliva che un dipendente non poteva far causa al suo datore di lavoro per lesioni derivategli dalla condotta negligente di un altro dipendente. Nel diritto di "agency" (rappresentanza) il datore di lavoro è generalmente responsabile per le condotte negligenti del proprio dipendente.

"se il dipendente di un oste deruba un cliente, il padrone è tenuto al risarcimento... Così se l'addetto alla mescita in una taverna serve del vino cattivo a qualcuno che ne riporta un danno alla salute, questi può promuovere un'azione contro il suo padrone"⁴⁴.

Questa regola generale, tuttavia, non si estende mai agli operai di una fabbrica o di una linea ferroviaria. Le ragioni vennero espresse nel modo più chiaro in un famoso caso, "Farwell v. Boston & Worcester Railroad Corporation" (1842)⁴⁵. Farwell era un tecnico della ferrovia che lavorava per un salario di due dollari al giorno. Uno scambista fece deragliare un treno, Farwell fu scagliato a terra "con grande violenza" e una ruota del convoglio gli schiacciò la mano destra. Egli fece causa alla compagnia ferroviaria per il comportamento negligente dello scambista. Il "chief justice" Lemuel Shaw — del Massachusetts — scrisse una sentenza assai brillante, che negava il risarcimento. Shaw sostenne che un lavoratore il quale abbia accettato di svolgere un compito pericoloso, deve ritenersi abbia accettato i rischi propri a quel compito. In teoria, il salario includeva già un sovrappiù per il pericolo particolare. Stando così le cose, il rischio gravava sulla persona che — accettando quel salario — se l'era assunto volontariamente. Il lavoratore reso invalido veniva quindi lasciato a se stesso e, se privo di mezzi, all'elemosina delle leggi per i poveri.

L'impatto economico degli infortuni ferroviari veniva così socializzato (oppure ignorato), liberando la strada da un possibile e molto pesante costo supplementare: così, almeno, poteva aver pensato un giudice favorevole alla libera iniziativa.

La regola del "compagno di lavoro" ebbe vaste conseguenze. Un dipendente non poteva citare il datore di lavoro per "negligence", a meno che il danno non fosse stato cagionato direttamente dalla condotta inappropriata di costui, e non da quella di un compagno di lavoro⁴⁶. Eppure, in una fabbrica come in una miniera o lungo una linea ferroviaria, era molto probabile che una lesione fosse il risultato del comportamento negligente di un compagno di lavoro. I padroni e i direttori della fabbrica o della ferrovia non si trovavano mai, o quasi, sul posto, anche se ogni anno gli imprenditori delle grandi "corporation" occupavano una percentuale crescente della forza di lavoro. Negli anni seguenti a "Farwell" uno stato dopo l'altro adottò la regola del "compagno di lavoro". La dottrina del concorso di colpa, che si sviluppò nella prima metà del XIX secolo, aggiunse un altro ostacolo per l'attore che agiva in una causa di "tort". Se l'attore che aveva patito la lesione era stato lui stesso negligente, anche se in misura lieve, non gli era consentito far causa sulla base di una "negligence" del convenuto. E poiché la maggior parte degli attori erano individui singoli mentre la mag-

gior parte dei convenuti erano imprese, appare abbastanza ovvio quale sia stato il risultato di questa dottrina. Il concorso di colpa si applicava sia alle lesioni subite dai passeggeri che a quelle dei lavoratori: il che ne raddoppiava la utilità per le compagnie ferroviarie⁴⁷.

I mille volti del diritto penale

Un tempo gli avvocati erano per lo più dei “generici” che si occupavano sia di questioni penali che di cause civili. Persino un avvocato d'affari prestigioso ed eminente come Alexander Hamilton si occupava di cause penali. Nell'Ovest, e generalmente nelle piccole città, il diritto penale rimaneva un passaggio obbligato della pratica. Più tardi, nel corso del secolo, la professione legale mostrò la tendenza a specializzarsi sempre più nelle grandi città. Qui si svilupparono insieme sia la criminalità professionale sia la professione legale in materia criminale. Non era necessariamente un ceto forense di alto livello; e non ebbe mai il prestigio di quella parte di professionisti che servivano il mondo degli affari. Alcuni avvocati di poco conto sbarcavano il lunario raccogliendo le briciole della pratica nelle giurisdizioni penali inferiori. Alcuni professionisti metropolitani avevano una carriera più brillante, anche se talora meno onesta. A New York, William F. Howe, l'“eccellente e spregiudicato avvocato”, fu in auge fra il 1875 ed il 1900. Era socio del malfamato studio Howe e Hummel; assisteva un centinaio di mezzane, borsaioli e falsari così come i più noti assassini del tempo. La specialità di Howe era un'oratoria magniloquente adatta alle aule d'udienza, sapientemente spalleggiata da false testimonianze, corruzioni e ricatti ¹.

I penalisti più affermati e più ricchi erano sempre pittoreschi, anche se non necessariamente privi di scrupoli. Howe e Hummel non esitavano a fare pubblicità alla loro merce. Sopra i loro “squallidi ma vistosi uffici... era stata piazzata non una modesta targa di studio legale, ma una vera e propria insegna lunga trenta o quaranta piedi e alta tre o quattro... illuminata di notte” ². L'ordine forense, dominato da una élite di avvocati di affari e geloso del prestigio professionale, aveva bandito quella

prassi di aperta richiesta di incarichi attraverso pubblicità ed insegne luminose. Un penalista non poteva contare su una clientela fissa. La pubblicità fatta a voce rimaneva uno dei pochi mezzi per farsi un giro di affari. Un penalista, a differenza di un avvocato di Wall Street, *voleva* la pubblicità, voleva il suo nome sul giornale. Era per tale motivo che questi avvocati (come ancora oggi) amavano richiamare su di sé l'attenzione. Bisognava farsi pubblicità per sopravvivere. Il retto ed anonimo avvocato di Wall Street sarebbe morto di fame nel mondo dei penalisti.

Howe e Hummel erano povere caricature, eppure restituiscono in modo affatto originale un tratto particolarmente forte della giustizia penale: un abisso tra gli aperti, pubblici e luminosi aspetti del sistema, e le sue meschinità nascoste. Giustizia penale significava processi spettacolari, pubblicità, drammi a tinte forti; era anche una storia segreta di corruzione e di routine. Tutto questo non rappresentava certo una novità. Ma le caratteristiche si ingigantirono nel tardo diciannovesimo secolo.

Verso la fine del secolo, il diritto penale subì di per sé, e in modo del tutto naturale, una profonda evoluzione nelle forme. Esso divenne (e da allora è rimasto) in gran parte materia di "statutes". Il concetto di reato di "common law", come abbiamo già visto, era stato cancellato nel diritto federale, ma il concetto declinò anche a livello statale. Dal 1900 la maggior parte degli Stati *tecnicamente* conosceva ancora la possibilità di reati di "common law". Alcuni Stati invece stabilirono chiaramente che tutti i reati erano definiti nel codice penale e che niente altro costituiva reato. In qualche Stato le Corti *interpretavano* i loro codici penali come se avessero (tacitamente) abrogato il reato di "common law". Dove il concetto di reato di "common law" sopravviveva, non veniva quasi mai usato: i codici penali erano infatti completi ed esaurienti.

Il diritto vivente era un po' più complicato. Il codice penale di New York (promulgato nel 1881) prevedeva che "nessun fatto... può considerarsi penalmente illecito o punibile ad eccezione di quanto prescritto o autorizzato da questo codice o da una legge di questo Stato che non sia da esso stata abrogata". Era un'abolizione pura e semplice. Il codice penale conteneva tuttavia un'ampia clausola generale: "ogni persona che dolosamente e illecitamente commette un qualsiasi fatto che leda gravemente l'altrui integrità fisica o l'altrui diritto di proprietà, oppure violi o minacci gravemente la pace sociale e la salute pubblica ovvero pubblicamente offenda il comune senso del pudore

o della morale... è penalmente responsabile" ³. È ovvio che la pubblica accusa e le corti avrebbero potuto derivare da questa dizione normativa un potere di incriminazione pressoché analogo a quello conferito dal "common law". In realtà, questa norma non veniva molto utilizzata, come del resto non lo era neppure lo stesso concetto di reato di "common law" in quegli Stati che ancora lo conservavano.

Nel caso *Hackney v. State* ⁴, giudicato nell'Indiana nel 1856, Hanckey, l'imputato, era stato arrestato per aver recato disturbo alla "quiete pubblica"; disturbo che si ritenne consistere nel "tenere un bowling, e nel farvi incontrare per denaro certe persone moleste, che facevano rotolare le bocce giorno e notte, bestemmiando, azzuffandosi, bevendo e schiamazzando". Lo stato dell'Indiana aveva abolito i reati di "common law". Non esisteva nei codici una legge che dicesse alcunché di specifico sui bowling, mentre il recare disturbo alla quiete pubblica era un reato previsto dalla legge. Il problema era di stabilire cosa fosse un disturbo. Vi era una serie di decisioni di "common law" che definivano il concetto; la Corte però negò espressamente ogni rilevanza a tali sentenze. Il "common law" non doveva essere utilizzato, neppure come fonte di interpretazione. Al suo posto la Corte preferì attingere ad una legge dell'Indiana che definiva il "disturbo" come un qualcosa di "dannoso alla salute, o di indecente o di sgradevole ai sensi". Secondo la Corte in questa definizione rientrava anche la condotta di Hackney; perciò i giudici confermarono la sentenza di condanna di primo grado.

Lo "statute" di New York ed il caso *Hackney* fanno sorgere il sospetto che dietro alla morte dei reati di "common law" ci fosse dell'altro, rispetto a quanto poteva apparire a prima vista. Ciò che stava morendo era l'aperto e proclamato potere delle Corti di desumere nuovi reati dalle consuetudini. Esso venne colpito a morte da quel tratto diffuso della cultura giuridica americana che è il terrore di un potere incontrollato. I legislatori credevano che la Corte dovessero essere normativamente guidate dalle parole del diritto positivo, emanato dai rappresentanti del popolo, e che niente altro dovesse dare luogo ad un reato. Ma al tempo stesso le Corti trovarono dei surrogati occulti al loro potere perduto. In primo luogo, si avvalsero di clausole generali indeterminate come quella nel codice penale di New York. Ed in effetti, un potere camuffato era più conveniente per le Corti, più tranquillizzante e meno esposto di un

potere seccamente conferito dal "common law". In secondo luogo, esse si attribuirono poteri più ampi nell'interpretazione della legge. Esse respinsero il linguaggio estremistico di "Hackney" sull'interpretazione di "common law", ma fecero propria quella propensione ad "interpretare le leggi" che era implicita nel caso *Hackney*. Secondo una vecchia regola, le Corti avevano il dovere di interpretare le leggi penali in modo restrittivo. Le Corti facevano costante riferimento a tale regola; eppure anch'essa aiutò i giudici a ritagliarsi nuovi spazi di potere. Erano proprio i giudici, dopo tutto, a decidere che cosa fosse restrittivo e che cosa fosse invece estensivo.

Come si è già visto, il bilanciamento dei poteri, uno dei grandi temi della storia americana, era particolarmente sentito nella giustizia penale. I giudici di primo grado, quelli di appello, le giurie ed il potere legislativo stavano fra loro in un difficile equilibrio. La Costituzione, il Bill of Rights ed il quattordicesimo emendamento cercavano di stabilire l'equilibrio tra il potere federale e quello statale. Almeno sul piano della teoria del diritto, i processi penali erano circondati da molte garanzie. Regole rigorose in materia di prova assicuravano la correttezza delle giurie; le giurie tenevano sotto controllo i giudici e l'esecutivo; l'attenzione alla procedura garantiva che la libertà e la vita dei cittadini fossero al sicuro dagli abusi del potere giudiziario. Per la verità, secondo alcuni, le garanzie si spingevano troppo oltre; specie nella fase dell'appello esse andavano al di là di ogni ragionevole scrupolo, scivolando nella sfera del quasi ridicolo: era questa la "ipertrofia" della procedura denunciata da diversi studiosi.

Ne risultava un'immagine di precisione, rigore, accuratezza. Niente costituiva reato se non era chiaramente descritto come tale nei testi legislativi. Le norme penali dovevano essere interpretate strettamente. Non c'era margine per gli errori nel processo. E tuttavia nessun altro campo del diritto presentava, più di questo, una specie di doppio volto. Il quadro ideale della giustizia penale deve essere messo a confronto con il diritto penale effettivo, che per alcune parti era ottuso, spietato, rapido, e per altre si limitava a ignorare interi settori della criminalità. Era vero che la maggior parte delle impugnazioni contro le decisioni penali venivano accolte; ma il fatto è che poche decisioni venivano impugnate: lo zero e cinquanta per cento sull'insieme dei procedimenti nella Contea di Chippewa, nel Wisconsin; circa l'uno per cento dei procedimenti per reati più gravi nella contea

di Alameda, California (1870-1910). Solo il cinque per cento dei casi pendenti dinanzi alla Corte Suprema del Wisconsin erano appelli penali ⁵.

Era una caratteristica del diritto vivente che le garanzie non garantissero chiunque; era del pari diritto vivente che il sistema della giustizia penale nella sua effettività fosse formato da molti strati sovrapposti, nessuno dei quali rifletteva fedelmente l'immagine ideale della giustizia penale. Questi strati erano almeno tre: lo strato più basso, in cui si trattavano, in modo alquanto rozzo e informale, migliaia e migliaia di piccoli casi; uno strato intermedio, che si occupava dei casi normali di reati di una certa gravità; e uno strato superiore, fatto di alcuni casi clamorosi — casi in cui il delitto era particolarmente impressionante o l'imputato era una persona eminente o un soggetto fuori del comune, o le due cose insieme. Fu grande la sensazione quando il professor John W. Webster, della facoltà di medicina di Harvard, fu chiamato in giudizio, nel 1850, per avere ucciso un altro professore, il dottor George Parkman, ed averne tagliato a pezzi il cadavere ⁶. Per casi come questo si facevano titoli di scatola sui giornali; il pubblico divorava ogni dettaglio. Erano, in breve, dei pezzi di gran teatro.

Tutti amano i gialli; tutti amano i drammi nelle aule di giustizia. I grandi casi erano quelli in cui venivano messi in movimento tutti i possibili meccanismi: le giurie erano formate sulla base di scelte attente e laboriose; i dibattimenti erano lunghi e infarciti di minuzie; entrambe le parti introducevano prove, si avvalevano di esperti, ingaggiavano battaglie nella *cross-examination*; la regola del *due process* era osservata in modo rigoroso. C'erano pure i dibattimenti con fatti sensazionali, testimoni che scoppiavano in lacrime o svenivano, prove e reperti che facevano orrore, ampi voli di oratoria infiammata. Probabilmente questi processi avevano una funzione importante. Erano "pezzi di propaganda, drammi edificanti, favole con la morale". Erano pure il veicolo per un'acculturazione giuridica di massa. Ma il pubblico recepiva un curioso doppio messaggio. La gente imparava che l'America era piena di scrupoli per i diritti delle persone imputate di reati. Vedeva che la giustizia era una cosa reale. Ma vedeva anche che era assurda. Vedeva una giustizia attenta e meticolosa, ma nella giustizia vedeva pure "un gigione, un saltimbanco, un buffone" ⁷.

Il quadro era profondamente fuorviante. Al di sotto, nel secondo strato, operava un diverso tipo di sistema. Qui si giudica-

vano migliaia di casi di lesioni o minacce, furto con scasso, e reati simili. Le *trial courts*, per quanto possiamo sapere, non erano affatto luoghi di giustizia sommaria; ma sta di fatto che non c'erano più dibattimenti tirati per le lunghe. La "ipertrofia" del *due process* non aveva spazio in queste Corti. Per molti imputati non c'era addirittura dibattimento. Le origini del *plea bargaining* possono chiaramente ricondursi a questa fase. Sempre più spesso gli imputati si dichiaravano colpevoli; in alcuni casi c'era un esplicito patteggiamento; in altri, l'imputato si decideva a confessare, semplicemente sperando di ricavarne un trattamento più favorevole. Al volgere del secolo, in alcune zone, meno della metà di tutti gli imputati di reati più gravi comparivano al dibattimento; in altre si aveva un dibattimento, ma in forme grossolane e routinarie, trattandosi di procedimenti che duravano tutt'al più qualche ora, se non qualche minuto. E i più erano condannati. Nella contea di Greene, in Georgia, tra il 1870 e il 1880, furono giudicati colpevoli otto neri su dieci, e sei bianchi su dieci ⁸.

Tutto questo non rappresentava una sorta di regresso dall'età dell'oro del *trial* (dato che un'età del genere non c'era mai stata), bensì un segno della crescente professionalizzazione della giustizia penale. Nel corso del diciannovesimo secolo, il sistema cessò progressivamente di fondarsi su operatori dilettanti e a tempo parziale. Esso venne ad essere sempre più dominato da professionisti a tempo pieno del sistema penale: poliziotti, investigatori, pubblici ministeri, avvocati difensori che svolgevano questo ruolo in via pressoché esclusiva, giudici che si occupavano prevalentemente di casi penali, consulenti tecnici di vario genere. Più tardi sarebbero venuti gli assistenti sociali, gli addetti al sistema di *probation*, e altri professionisti ancora. Il sistema diventò più amministrativo e meno giurisdizionale. In un sistema di questo tipo, la giuria composta di laici aveva meno spazio. La *routine* non era nuova; ma il personale che la gestiva, ed il modo in cui veniva gestita, risultavano profondamente modificati.

La chiave del nuovo sistema stava probabilmente nel più accentuato ruolo della polizia. A New York e in alcune grandi città, erano stati organizzati dei dipartimenti di polizia già prima della guerra civile; ma fu solo nel periodo dopo la guerra che la polizia divenne un elemento universale della giustizia penale di ambiente urbano. I corpi di polizia erano articolati in gradi che avevano un tratto militaresco (capitano, sergente); i

poliziotti indossavano uniformi e distintivi. Rispetto al passato, i poliziotti potevano dirsi dei professionisti; e tuttavia non erano granché professionali nel senso più moderno del termine. Praticamente chiunque poteva fare il poliziotto — non c'erano requisiti di competenza o di scolarità; i dipartimenti erano spesso corrotti, e la politica vi mostrava sempre il suo volto peggiore. A Cincinnati, dopo un'elezione nel 1880, furono rimossi 219 ufficiali su 295 ⁹.

Eppure la polizia divenne onnipresente nella vita delle città; la giustizia penale era impensabile senza di essa. Grazie alla polizia si effettuavano migliaia di arresti non soltanto per i crimini più gravi, ma anche per reati insignificanti che venivano così ad intasare i registri delle cause a ruolo nelle corti municipali, nelle corti di giustizia e in quelle di polizia: erano questo il terzo e ultimo strato del sistema della giustizia penale. Qui la giustizia era veloce ed informale. Si trattavano per lo più casi di ubriachezza, violenza e minacce, di risse familiari e molestie alla quiete pubblica. La polizia pattugliava le città, rappresentava e manteneva l'ordine di cui ogni moderna città industriale aveva o pensava di avere bisogno. Talvolta, in un modo più sinistro, la polizia agiva come una sorta di milizia privata; controllava nell'interesse di una classe rispettabile ed agiata le "classi pericolose" che includevano tutti coloro che si ritenevano effettivamente pericolosi per l'ordine costituito e quelli la cui pericolosità era prevalentemente simbolica. La polizia era particolarmente dura con i "barboni" e i vagabondi; durante i periodi di agitazione operaia, in molte città i poliziotti difesero gli interessi del padronato con grande vigore proteggendo i "crumiri", rompendo i picchetti, ed interferendo nelle attività dei sindacati. Nel 1892, a Buffalo, durante uno sciopero dei trasporti pubblici, la polizia venne persino accusata di avere fatto essa stessa del crumiraggio: il sindacato denunciò che degli ufficiali di polizia avevano manovrato gli scambi e aiutato a spostare i treni. In breve, la polizia si comportò praticamente come il sabotatore municipale degli scioperi ¹⁰.

La violenza e le irregolarità della polizia formavano virtualmente il quarto strato non ufficiale del sistema della giustizia penale: l'uso irregolare ed illegittimo della forza e della violenza al di fuori della legge. In un certo senso, questa forza ne controbilanciava un'altra. Nei quartieri poveri e nei bassifondi delle grandi città, bande di strada, prostitute e ladri gestivano la malavita americana, imponevano proprie regole, governavano la

loro società. La forza repressiva della polizia era la sola specie di legge che fosse mai penetrata in quella giungla. Alexander S. Williams, del corpo di polizia di New York, diventò famoso verso il 1870 perchè "predicò il vangelo del manganello" ed organizzò "una squadra speciale". Quando pattugliava il distretto di Gas House, Williams "bastonava i delinquenti con o senza provocazione". Williams fu denunciato almeno diciotto volte, ma il consiglio di disciplina "immancabilmente lo assolveva". Egli giustificava le sue "furiose bastonate" osservando che "c'è più legge nel manganello di un poliziotto che in una decisione della Corte Suprema" ¹¹.

In realtà, anche la giustizia penale regolare si avvale di molti aiuti irregolari. Il Ku Klux Klan operò attivamente nel Sud tra il 1867 e i primi anni dal 1870; incendiava e saccheggiava, puniva neri e bianchi che trasgredivano quello che per il Klan costituiva il vero ordine sociale. I vigilantes del West con la loro giustizia penale autoamministrata, seguivano in un certo senso una vecchia tradizione americana. I primi vigilantes americani, i regolatori del South Carolina ("Sud Carolina regulators"), comparvero nel 1767 ¹². Ma il movimento si sviluppò effettivamente dal 1850. Come abbiamo già visto, i più famosi e un modello per gli altri, furono i due comitati di vigilanza di San Francisco (1851 e 1856). La giustizia dei vigilantes si sviluppò da un capo all'altro dell'California; nel Colorado, nel Nevada, nell'Oregon, nel Texas, nel Montana ed in generale nel West. "Una punizione rapida e spietata è l'unica misura preventiva del crimine, mentre la società si sta formando nell'estremo Ovest", scriveva nel 1865 Thomas J. Dimsdale nella sua cronaca sui vigilantes del Montana ¹³. In tutto c'erano centinaia di movimenti di vigilantes. Centoquarantuno di essi tolsero almeno una vita umana. Il bilancio totale è stato stimato di 729 morti. Virtualmente, tutto ciò ebbe luogo prima del 1900 e nel West. Il Texas fu lo stato dai vigilantes più sanguinari; il decennio tra il 1860 ed il 1870 fu il periodo più caldo ¹⁴.

I vigilantes non furono i soli gruppi che si impegnarono nella giustizia penale privata. I "Claims Club" nel Middle West ed i tribunali dei minatori nelle brulle distese dell'estremo Ovest, dettero la loro versione della legge sulla proprietà e ne perseguirono penalmente i trasgressori. Sul finire del secolo, il "giudice Lynch" presiedeva troppo frequentemente una Corte nel Sud o negli stati di confine. Verso il 1890, la canaglia torturava, impiccava e talora bruciava vivi i neri accusati di aggres-

sioni, omicidi o violenze carnali. A volte, inferocita dall'attesa, essa strappava le sue vittime dalla prigione. Le "Lynch mobs" e i vigilantes sentivano tutto ciò come una missione. Alcuni di loro, assetati di legalità, imitavano la vera legge scritta; avevano propri "giudici" e "giurie", propri processi, rapidi e sommari. Punivano reati senza nome e senza attenuanti ed imponevano il loro senso dell'ordine pubblico. Erano la risposta concreta a quella che certe concezioni élitarie definivano l'assenza della legge e dell'ordine (come era in alcune parti dell'Ovest), o alla disorganizzazione di una società sconfitta (come nel Sud), o alla debolezza ed alla corruttibilità del governo legittimo. Erano anche una forma molto più economica di punizione rispetto sia ai processi regolari finanziati con le tasse che alle condanne a lunghe pene detentive. Nel 1879, dopo un linciaggio di vigilantes a Golden, nel Colorado, un giornalista riferì che "l'opinione pubblica sembrava sostenere che l'impiccagione non soltanto era stata meritata, ma si era rivelata anche un guadagno secco per la contea, atteso che aveva fatto risparmiare almeno cinque o seimila dollari" ⁵.

Le "Lynch mobs" del Sud erano i più crudeli e meno scusabili tra tutti i gruppi di autogestione della giustizia. Il loro diritto ed il loro ordine erano puro razzismo. Il vero motivo di insoddisfazione verso il diritto era che le Corti erano troppo prudenti e troppo lente; che i detenuti colpevoli venivano liberati e che la lezione per il resto dei neri non era mai abbastanza severa. Le "Lynch mobs" imposero un diritto che non si sarebbe mai potuto pretendere da nessuna Corte. I vigilantes dell'Ovest, invece, sono diventati quasi degli eroi popolari; è normale considerarli con simpatia o come un male necessario, o persino come una forma popolare di democrazia. Lo storico Hubert H. Bancroft tesseva lodi generose dei comitati di vigilanza. Egli amava davvero ogni forma di giustizia comparsa all'Ovest. La vigilanza, scriveva, è una "espressione di potere dalla parte del popolo in assenza o nell'impotenza della legge". Era "un esercizio informale di un potere legittimo da parte di persone completamente in armonia con le forme esistenti del diritto", "un coltello affilato nelle mani di un abile chirurgo, che rimuove il marciume con il minimo danno per la nazione". Il comitato di San Francisco, ad esempio, era proprio come un chirurgo: "prima d'ora non si era mai visto nulla di simile nella storia dell'umanità, sotto una forma di governo popolare: tutta una città si leva come un solo uomo, e guidata da un enorme senso mo-

rale si prodiga al capezzale di un diritto ammalato... e gli presta una cura rapida ed incruenta" ¹⁶. Era certamente vero che l'opinione pubblica non era troppo severa con gli "amati attaccabrighe"; molti di coloro che si univano ai vigilantes erano i capi delle loro comunità. Thomas Dimsdale, che scrisse un libro molto ben disposto sui vigilantes del Montana, era impiegato come sovrintendente dello Stato alla pubblica istruzione. Alcuni vigilantes divennero in età avanzata personaggi di rilievo. Due governatori del New Mexico avevano nel loro passato dei trascorsi da vigilantes. Non era una colpa e neppure un impedimento al successo ¹⁷.

A certe condizioni, la legge del far da sè può sembrare un'ipotesi convincente. Nel 1846 la banda Donner processò, condannò ed esiliò un uomo di nome James Reed che aveva ucciso un certo John Snyder in un duello. I viaggiatori erano a mesi di viaggio dal Missouri — si trovavano in territorio messicano — e a centinaia di chilometri da una Corte, da un giudice o da un esercito di qualsiasi Stato ¹⁸. L'ideologia del far da sè era forte anche nel diciannovesimo secolo, e il governo era avaro. Non c'è nulla di sorprendente in una legge del Wisconsin del 1861 che autorizzò la "costituzione di associazioni per la mutua protezione dai furti di bestiame". Alle associazioni era conferito il potere di scegliere dei "cavalieri" che potevano "esercitare tutti i poteri dei poliziotti nell'arresto o nella detenzione dei criminali" ¹⁹. Nel 1869 una legge analoga della Pennsylvania costituì la "compagnia di polizia di Spring Valley nella contea di Crawford" una "associazione per il recupero dei cavalli rubati e di altre proprietà". I suoi membri dovevano avere gli stessi poteri di arresto e di detenzione dei poliziotti di Philadelphia ²⁰. Il movimento contro i ladri di cavalli sorse "spontaneamente" dopo la guerra rivoluzionaria. Dal 1850 in poi, le associazioni chiesero e ottennero autorizzazioni legislative. Durarono fino a che una polizia pubblica migliore e l'automobile le resero inutili nel massimo del loro splendore riuscirono ad avere più di 100.000 membri ²¹.

L'imposizione di un diritto penale privato era un'idea allettante. Una legge del 1865, in Pennsylvania, conferì alle ferrovie il potere di impiegare un proprio corpo di polizia. Un provvedimento del 1866 estese questa legge ad ogni "miniera di carbone, fornace, o laminatoio", creando così "una polizia del carbone e del ferro". Qui lo Stato autorizzò "un vero e proprio esercito privato" su richiesta degli "interessi più potenti". Que-

sta polizia privata — che esisteva pure in altri stati — divenne una maledizione per i sindacati. Era "dura", crumira, e "necessariamente nemica delle organizzazioni delle classi operaie" ²². Solo nel 1930 essa venne definitivamente abolita in Pennsylvania.

Il reato, le sue proibizioni, l'infermità mentale e la sua colpevolezza

Il diritto penale, legittimo o meno, presuppone una realtà chiamata crimine sulla quale opera la legge. Ovviamente, — in un certo senso — è la società a decidere di quanta criminalità ha bisogno. Quando un atto viene dichiarato criminale, tutti i suoi autori commettono un reato. Rispetto al 1850 o al 1800, nel 1900 c'era nei testi molto più diritto penale: di conseguenza, da questo specifico punto di vista, c'erano anche più reati. Quanti si preoccupano del tasso di criminalità non pensano tuttavia ai reati contro l'economia, o magari a quelli contro la morale, ma alle classiche fattispecie di violenza e di disordine sociale: l'omicidio, la rapina, il furto e la violenza sulle persone. Rispetto ad altri tipi di reato, queste norme sono applicate molto più sistematicamente e con più dispendio di risorse pubbliche. La definizione di questi delitti è rimasta più o meno costante nel corso del secolo, o almeno abbastanza costante per dei confronti significativi, se solo fossero disponibili delle statistiche.

Si conoscono alcuni fatti sull'incidenza concreta del crimine nel mondo del diciannovesimo secolo. Il materiale a disposizione suggerisce che, almeno dopo il 1860, il tasso di criminalità per gravi delitti calò gradualmente ⁴³. Verso la fine del diciannovesimo secolo e per una buona parte del ventesimo, la violenza, l'omicidio, le aggressioni non erano più il problema di una volta. Uno studio di Roger Lane, riguardo al Massachusetts, ha rilevato, tra il 1860 e il 1900, un notevole calo degli ordini di carcerazione, che da 333 su una popolazione di 100.000 anime, calarono a 163. Nei dati ci sono ambiguità e insidie, ma gli studi condotti in altri luoghi tendono a confermare le conclusioni di Lane ⁴⁴. L'investimento sociale nella lotta contro il crimine aumentò, e così pure la preoccupazione e l'allarme sociale. I reati di violenza, specialmente nelle città, in una società industriale caratterizzata da fitte relazioni, risultano meno tollerabili.

La città è il cuore della società moderna; la società è governata dalla città; l'economia dipende dalla vita della città. La città è il posto dove la gente si trova continuamente di fronte a sconosciuti e dove la vita delle persone, la loro proprietà, e la loro salute sono più esposte a rischio. Una società fortemente urbana ed industriale con una estrema divisione del lavoro, mostra scarsa tolleranza per i reati di violenza. Il delitto è un male per gli affari ed è un male per l'ordine sociale. La città, in una certa misura, civilizza e sottomette; per questo motivo nel corso del secolo la violenza sembrò diminuire. Per taluni, invece, la criminalità non era calata abbastanza in fretta; forse era la domanda pubblica di legge e di ordine ad essere superiore all'offerta ⁴⁵.

I reati di violenza erano anche crimini pieni di mistero e dramma; essi fornivano la materia prima per romanzi, poesie e drammi teatrali; nella concezione pubblica del reato, erano i reati per eccellenza. Pamphlets, trascrizioni di processi, le ultime parole di condannati divennero parte della cultura popolare americana. Vi erano centinaia di questi testi per loro natura effimeri: a John Erpenstein, che diede a sua moglie un panino spruzzato generosamente di arsenico, venne attribuito lo scritto "La vita, il processo, l'esecuzione e la confessione in punto di morte di John Erpenstein, condannato per l'avvelenamento della propria moglie, e giustiziato il 30 marzo del 1852 a Newark, in New Jersey. Scritto da lui medesimo e tradotto dal tedesco". Il caso del famoso assassinio di Harvard, il caso Parkman-Webster, era, ovviamente, molto noto; gli editori lo stamparono in tutta fretta con gli atti ed altro materiale per soddisfare il gusto di sensazionale del pubblico. La tragedia di Fall River — l'assassinio dei genitori di Lizzie Borden nel 1892 — ha animato sin da allora la letteratura americana ⁴⁶.

Era questo genere di delitti ad evocare altresì l'odio primitivo che poteva riunire una folla e condurre un uomo ad essere linciato. Era questo il tipo di reati per i quali era frequente un processo di giuria, nel quale la giuria era libera di applicare le sue "leggi non scritte", e nel quale la giustizia, in teoria, era confezionata su misura per il caso singolo. Questi erano anche i casi in cui veniva spesso invocata la protezione dell'infermità mentale. A dire il vero, le giurie seguivano, probabilmente, le proprie inclinazioni; scusavano gli uomini per l'infermità mentale, oppure non li scusavano, sulla base del proprio codice morale e senso comune, piuttosto che su quella della scienza del tempo. Quelle nozioni scientifiche, tuttavia, avevano un effetto

marginale e indiretto. Nel diciannovesimo secolo, forse per la prima volta, legali e medici si trovarono impegnati in un grande ed incessante dibattito sul significato della responsabilità penale e sull'ambito di applicazione della esimente del vizio di mente.

La definizione dominante di infermità mentale in senso giuridico era denominata "principio di M'Naghten", poichè aveva preso il nome da un inglese pazzo; la regola fu enunciata per la prima volta nel 1843, nel caso M'Naghten ⁴⁷. In breve: un imputato non poteva essere esonerato da responsabilità, a meno che non avesse "agito in un tale stato di deficienza mentale... da non comprendere la natura e la qualità del fatto che stava compiendo, oppure... da non rendersi conto che ciò che stava facendo era ingiusto". Il test sul "giusto o ingiusto" era una specie di compiacente banalità: appagava il senso morale della comunità giuridica e in ogni caso riscosse un rapido consenso. In alcuni Stati, il test del "giusto o ingiusto" era integrato da un altro, quello dell'"impulso irresistibile" o dell'"istinto bestiale". Se un uomo, affermò nel 1868 John F. Dillon, presidente della Corte Suprema dello Iowa, sapeva che la sua azione era ingiusta, ma "era stato spinto ad essa da un impulso incontrollabile, prodotto non da una normale passione, ma da una condizione di infermità mentale", quell'uomo non doveva ritenersi responsabile ⁴⁸. L'idea di un impulso irresistibile suona all'orecchio moderno come un qualcosa di romantico, per non dire un assurdo sotto il profilo medico; il criterio dell'istinto bestiale, peraltro, era più ampio del test di M'Naghten isolatamente considerato: ed alcuni dei migliori psichiatri di allora credevano nell'impulso irresistibile ⁴⁹. Un terzo principio del tutto autonomo era applicato nel New Hampshire. Si tratta del principio di Charles Doe, presidente della Corte Suprema, enunciato nel caso *State v. Pike* (1869). Qui il test non era per niente un test: in ogni caso, la questione era se il fatto criminoso fosse il "risultato o il prodotto di una malattia mentale". Dal punto di vista di Doe, nè un falso convincimento, nè la conoscenza del giusto o dell'ingiusto, avrebbero potuto fondare il criterio della malattia mentale come questione di diritto. Piuttosto, tutti i sintomi e le prove reattive delle malattie mentali erano "mere questioni di fatto", rientranti nella competenza e nel potere di valutazione e di decisione della giuria ⁵⁰.

Le discussioni su questi diversi test erano in realtà discussioni sulla forma delle istruzioni stereotipate che dovevano essere lette alla giuria. Ciò che distingueva i test era il grado di

autonomia che essi (apparentemente) conferivano alla giuria e il compito che essi deferivano alla "scienza" psichiatrica, a quel tempo appena nata. Che la giuria ascoltasse, o provasse interesse, o capisse le differenze piuttosto sottili tra le formule, era un'altra questione. In alcuni importanti casi, i test servirono da campo di battaglia oscuro e cruento per le lotte tra le contrapposte scuole di psichiatria. Assolutamente notevole fu il singolare processo di Charles Guiteau, che assassinò il Presidente Garfield nel 1881. Il comportamento di Guiteau, prima e dopo (e durante) il giudizio, fu a dir poco bizzarro; ma probabilmente nessun test, comunque denominato, avrebbe potuto persuadere la giuria a non mandare alla forca l'assassino del Presidente ⁵¹.

Le discussioni erano in un certo modo segni di un'accresciuta sensibilità morale fra le persone coinvolte dal diritto penale — quanto meno dell'orrore di mettere a morte degli incapaci o di rinchiudere in prigione persone che non sapevano quello che facevano. La psichiatria, tuttavia, non era per nulla una scienza esatta. Alcuni dei suoi concetti correnti erano una minaccia agli stessi fondamenti del diritto penale. Uno di tali concetti era quello dell'"infermità morale" — l'idea di un'infermità che non agiva sulla ragione, ma sulla vita emozionale e morale del soggetto. Questo concetto, portato alle sue estreme conseguenze, avrebbe eroso le basi convenzionali della responsabilità penale ⁵². Allora come ora era difficile per la gente accettare una dottrina che sembrava dare una scusa a comportamenti di manifesta colpevolezza, odiosi ed atroci.

Il diritto penale era una spada a doppio taglio. Il primo era quello che puniva il "reato" nel suo significato classico; e da questa parte prevaleva l'interesse per la qualità morale degli atti. Il secondo taglio era il taglio regolatore, e qui, semmai, la coloritura morale si sbiadiva. Il diritto penale era allo stesso tempo qualcosa di più e qualcosa di meno di un gestore morale della società. I piccoli reati di natura economica — come lo sparare ad un cervo fuori stagione — non richiedevano la coscienza e la volontà della lesione come nell'omicidio e nella violenza carnale. Per le condanne più gravi per delitti contro la proprietà, l'accusa doveva dimostrare l'esistenza di una specifica intenzione di agire illecitamente. La violazione del diritto di proprietà non era reato a meno che non vi fosse il dolo; vi "doveva essere un preciso motivo di odio, di vendetta o di crudeltà, come pure l'intenzione di causare un danno". Nel diciannove-

simo secolo, questo requisito fu più attenuato. Era il comportamento ad essere dannoso e a dovere essere represso. L'atteggiamento soggettivo dell'agente era molto meno rilevante. Per proteggere la "ricchezza del paese", la responsabilità veniva posta per "violazioni della proprietà coscienti ma non dolose" ⁵³. I motivi o l'atteggiamento psichico assumevano perciò un ruolo secondario, almeno per certi reati contro la proprietà. Nel codice penale di New York del 1881, il fatto che un imputato "intendesse restituire la proprietà rubata o di cui si era indebitamente appropriato, non era un motivo di difesa o di mitigazione della pena" ⁵⁴. Il codice elevò a reato il distruggere o il danneggiare la proprietà "illegittimamente e intenzionalmente" (art. 654) ⁵⁵. Analogamente, vennero messe da parte le "difficoltà metafisiche" sul se una persona giuridica fosse capace di avere un "intento" di commettere un reato; originariamente, una persona giuridica non poteva essere affatto imputata; ma già intorno al 1850 alcuni casi sporadici ritennero le persone giuridiche responsabili penalmente solo per le azioni od omissioni che non richiedevano un "intento" criminoso ⁵⁶. Nel 1900 era ancora vero teoricamente che le persone giuridiche non potevano essere condannate per violenza carnale o per tradimento; la maggior parte dei casi in cui si processarono e condannarono persone giuridiche, nacquero soltanto con gli "statutes" sui reati economici — quali il cagionare un pericolo per l'ordine pubblico, l'addebitare interessi eccessivi, il non osservare il giorno dedicato al riposo, o, come riporta un caso, "il permettere il gioco d'azzardo nei propri stand fieristici" ⁵⁷.

Di norma, lo Stato deve provare specificamente che una persona è in concreto responsabile di un reato, o che il comportamento tenuto è giuridicamente irregolare; ogni giudizio muove da una presunzione di innocenza. Ma per alcuni reati, la presunzione di innocenza o di non colpevolezza veniva capovolta dalla legge. L'obiettivo era quello di rafforzare il profilo regolatorio del diritto penale. Nel codice penale di New York si "presumeva fraudolenta" l'"insolvenza di una società con grandi mezzi finanziari", salvo che dalle indagini risultasse che i suoi affari "erano stati amministrati con correttezza, nel rispetto della legge, con cura e diligenza" (art. 604). Sotto il vigore di una legge del 1891, nell'Indiana, quando una banca falliva o interrompeva la propria attività entro trenta giorni dall'accettazione di un deposito, c'era il *fumus* dell'"intento di frodare" il risparmiatore ⁵⁸. Anche negli "statutes" sugli alcolici c'era un notevole

rigorismo. Negli stati proibizionisti era vietata la vendita di superalcolici; ma non era facile sorprendere in flagranza i trasgressori. Così, nel New Hampshire, c'era una "presunzione relativa" di violazione delle leggi sugli alcolici se l'imputato "aveva esposto" delle bottiglie con etichette di alcolici "alle finestre o sopra gli scaffali nel suo esercizio" o se il negozio aveva una "insegna, un manifesto o altro avviso pubblicitario" relativi ad alcolici, o se possedeva ricevute che dimostravano che avesse pagato la tassa federale in qualità di commerciante o grossista di alcolici "a o da un deposito, negozio, magazzino, battello... baracca o tenda... o casa di abitazione... qualora una parte... fosse adibita a locale di pubblico ritrovo". Nello Iowa, il possesso di bevande alcoliche "eccetto che nelle abitazioni private", dava origine ad una presunzione di colpevolezza ⁵⁹.

Punizione e rieducazione

Può sembrare strano parlare di un movimento per umanizzare il trattamento punitivo e renderlo meno barbaro, proprio nel periodo del giudice Lynch. Ma il comportamento sociale non assume necessariamente un andamento uniforme e corente. La barbarie di alcuni aspetti della pena, dentro e fuori il sistema, fu controbilanciata da un movimento forte, teso a modernizzare e ad umanizzare il trattamento dei criminali.

Tanto per cominciare, l'uso della pena capitale declinò nella seconda metà del diciannovesimo secolo. Il Wisconsin, nel diventare uno Stato, non adottò la pena di morte. Il Michigan l'abolì nel 1882, eccetto che per l'alto tradimento. Nel 1887, il Maine eliminò la pena di morte che in pratica non esisteva neppure più nel Rhode Island. Le punizioni corporali (bastonature e fustigazioni) sopravvissero in alcuni Stati — ad esempio nel Delaware — come una specie di ignobile relitto. Altrove, persino nel Sud, la sua legittimazione poco a poco venne meno. Sebbene la fustigazione fosse ancora legale nel Sud Carolina sino alla guerra civile, una "aura di disapprovazione" fece della fustigazione pubblica di uomini bianchi un evento raro ⁶⁰. Entro il 1900, eccetto che per i condannati, la fustigazione era quasi estinta nel Sud — almeno come punizione *legalizzata*; era invece ordinaria per i prigionieri, specialmente per le "chain gang" di detenuti condannati ai lavori forzati. La pena di morte venne modernizzata quando a New York comparve, nel 1888, la

a sedia elettrica, per rimpiazzare il cappio del boia. Inoltre, le correnti di pensiero più evolute rifiutavano il vecchio concetto di esecuzione pubblica. In California, ad esempio, le esecuzioni pubbliche vennero proibite dalla seconda metà dell'800. Ciò nonostante, ogni contea impiccava i propri prigionieri; qualche volta, folle di spettatori salivano sugli alberi e su edifici più alti per sbirciare lo spettacolo nel cortile della prigione locale. Finalmente, nel 1891, vennero vietate le esecuzioni di contea; tutte le esecuzioni dovevano eseguirsi entro le tette mura di San Quentin, davanti al direttore, ad un dottore, al procuratore generale, a dodici "cittadini rispettabili", a pochi parenti ed amici, ai rappresentanti della legge — e nessun altro ⁶¹.

La pena di morte, naturalmente, era una punizione rara e terribile. Fondamentalmente, le pene più comuni per i reati erano le sanzioni pecuniarie e la detenzione. Nel complesso, le pene pecuniarie erano previste per reati di lieve entità e per i reati contro l'economia. Nelle Corti di giustizia e in quelle municipali, migliaia di donne e uomini pagavano un po' di dollari per il privilegio di esser stati ubriachi, o di aver tenuto una condotta molesta o per aver violato qualche ordinanza municipale. Se non potevano pagare, andavano a finire senz'altro nella prigione locale. Per i reati più gravi — omicidio, aggressioni con armi micidiali, furto con scasso, violenza carnale — la punizione base era la prigione. Ma le sanzioni irrogabili e le modalità di esecuzione differivano profondamente nei vari Stati senza un nesso e una ragione evidenti.

La teoria del penitenziario tradizionale insisteva sull'isolamento, sul lavoro forzato, su una disciplina ferrea e militare, sul silenzio totale. Si supposeva che facendoli operare tutti insieme, questi dispositivi portassero alla riabilitazione. Ma la cosa non funzionò e, comunque, gli Stati rinunziarono all'idea di seguire strettamente questa ricetta. Il sistema del silenzio venne lasciato cadere nel Massachusetts già verso il 1840 ⁶². Nel frattempo, l'affollamento delle prigioni condannò l'isolamento carcerario. Lo schema penitenziario, come era stato formulato originariamente, aveva chiaramente fallito.

Gli insuccessi del sistema carcerario indussero a cercare nuove idee e nuove teorie. Le vecchie teorie avevano trattato nello stesso modo tutti i condannati. Le nuove teorie adattarono (o cercarono di adattare) la punizione e la correzione al caso individuale: l'intento era quello di rendere la giustizia penale più precisa, più effettiva e più umana. Alcuni uomini (e donne)

erano irrecuperabili e corrotti sino al midollo. Ce n'erano altri che potevano essere salvati. Le nuove tecniche cercarono di distinguere tra gli uni e gli altri.

Uno strumento chiave della nuova scienza penitenziaria fu il *probation*. Nel 1841, un calzolaio di nome John Augustus, cominciò a frequentare le Corti penali di Boston. Nell'agosto del 1841, egli fu toccato dal caso di un ubriaco dall'aspetto cencioso ed infelice che, a parere di Augustus, non era "al di là di ogni speranza di recupero". L'uomo giurava che non avrebbe toccato più una goccia, se soltanto avesse potuto essere "salvato dalla casa di correzione". Augustus si fece avanti, si rese garante per quell'uomo e tre settimane dopo riportò davanti alla corte un "uomo sobrio". Il giudice, come al solito colpito dal ravvedimento, rinunciò all'incarcerazione. Da allora in poi, Augustus divenne una specie di angelo custode privato per i condannati per delitti. Fino alla sua morte, nel 1859, garantì per quasi 2000 condannati. Lo aiutarono o gli diedero del denaro delle persone di Boston: alcuni di questi continuarono la sua opera dopo la sua morte. Nel 1878, uno "statute" del Massachusetts dispose la nomina di un funzionario pagato per il *probation* nelle corti penali di Boston. Un'ulteriore legge nel 1891 autorizzò un sistema esteso a tutto lo Stato. Tra il 1897 e il 1900 anche Missouri, Vermont, Rhode Island e New Jersey promulgarono delle leggi sul *probation*; Illinois ed Minnesota prevedero il *probation* per i minori. Soltanto nel ventesimo secolo il *probation* ottenne il riconoscimento dovutogli, ma i suoi semi erano stati piantati già prima del 1900⁶³.

Il *probation* era un'alternativa alla prigione. Il suo successo dipendeva dalla capacità di valutare i fatti relativi a uomini o a donne condannati per qualche reato e di decidere se c'era materiale umano abbastanza sano da meritare un'altra chance. In breve, esso si focalizzava sull'offensore, piuttosto che sull'offesa. La punizione doveva adattarsi al criminale e non solo al crimine. Lo stesso principio ispirò altre riforme: la sospensione della condanna, la condanna a tempo indeterminato e la libertà sulla parola. Questi istituti servirono anche da surrogati più professionali del vecchio metodo della grazia concessa dal governatore. (anche se la grazia, per la verità, non perse del tutto il proprio significato). Un giudice aveva sempre avuto il potere di sospendere una condanna se riteneva che per una qualche ragione vi fosse stato un errore giudiziario. Tuttavia, potevano i giudici sospendere sistematicamente la sentenza dopo che un

processo era stato scrupolosamente portato a termine, semplicemente per dare all'imputato una seconda chance? La questione venne dibattuta in un caso del 1894 a New York⁶⁴. L'imputato, John Attridge, "impiegato in una società mercantile", si era appropriato del denaro del suo datore di lavoro. Al processo si dichiarò colpevole. Attridge era giovane e ben voluto; vi erano diverse "circostanze attenuanti". "Numerosi rispettabili cittadini" della contea di Monroe fecero una petizione alla Corte perché sospendesse la condanna. Due dei tre giudici furono d'accordo per sospendere e la Corte di ultima istanza dello stato confermò in appello la loro decisione. Il potere di sospendere la condanna, stabilì la Corte d'appello, era "connaturato" alla funzione delle Corti penali⁶⁵.

La condanna indeterminata e la libertà sulla parola furono le riforme più importanti e di più ampia portata istituzionale. Dopo la guerra civile fu fondata un'"American Prison Association" (associazione americana per le prigioni) e la cosiddetta "Dichiarazione di Cincinnati" fu il risultato della prima assemblea di questo gruppo; essa chiese una riforma del sistema dell'esecuzione penale. Le primissime applicazioni pratiche si ebbero a New York, verso il 1870, nel "riformatorio" di Elmira. Per legge Elmira riceveva soltanto delinquenti giovani, di età tra i sedici e i trent'anni, "non conosciuti per essere stati in precedenza condannati a scontare la pena in una prigione di Stato", a New York o altrove⁶⁶. I detenuti di Elmira erano sottoposti a condanne indeterminate, cioè condanne di durata variabile (e imprevedibile). Si supponeva che ad Elmira i prigionieri imparassero un mestiere e, naturalmente, la prigione procurava loro programmi di edificazione religiosa e morale. I detenuti venivano divisi in diverse "classi"; quelli che si comportavano bene e facevano progressi potevano avanzare a una classe superiore; i prigionieri che non rispettavano gli "standard" di comportamento facevano un passo indietro. I detenuti migliori, quelli della classe più alta, potevano essere prescelti per la libertà sulla parola. Alcuni stati copiarono questa idea; nel 1901, New York rese il "parole" obbligatorio per gli incensurati.

La condanna indeterminata si basava su una teoria molto semplice. Nessun giudice era abbastanza saggio da capire quando un detenuto fosse risultato "emendato". I funzionari delle prigioni, d'altra parte, avevano sott'occhio i detenuti ogni giorno. Un criminale avrebbe dovuto rimanere sotto chiave per tutto il tempo in cui egli fosse stato giudicato "inidoneo alla li-

bertà". Egli era "arbitro del proprio destino"; portava "le chiavi della prigione in tasca". La condanna indeterminata dava rilievo al carattere e all'ambiente del reo. Uno "statute" dell'Illinois, approvato nel 1899, ordinava al direttore della prigione di prestare attenzione alle "influenze sociali di origine" che, fra le altre cose, agiscono sui difetti e le tendenze costituzionali od acquisiti. La condanna indeterminata (e la libertà sulla parola) professionalizzò ulteriormente la giustizia penale trasferendo il potere agli operatori a tempo pieno del "settore" penitenziario⁶⁷.

Elmira non fu, ad ogni conto, un successo completo. Originariamente, era stato un carcere di massima sicurezza, circondato da un tetro muraglione. A dispetto della ristrutturazione e delle buone intenzioni, Elmira era "fondato sulla custodia e la sicurezza, ma non sulla riabilitazione". Di lì a dieci anni, "non era che una prigione come un'altra". Gli altri sistemi basati sullo schema di Elmira ne condivisero i difetti. Essi soffrivano di trascuratezza e di "penuria di intervento legislativo": la teoria del sistema graduato conquistò soltanto una "osservanza superficiale". Un problema chiave era quello economico. Si supposeva che le prigioni riuscissero a tirare avanti col lavoro carcerario, ma questo poteva conciliarsi a fatica con gli schemi di una riforma. Inoltre, il pubblico in generale aveva poco entusiasmo per gli esperimenti carcerari ed un'inveterata capacità di lamentarsi delle prigioni come di "country club", di "accademie militari" o "scuole private"⁶⁸. Ma torneremo su questo punto.

L'idea di Elmira era stata ritenuta utile specialmente per i giovani delinquenti. Era scandaloso offrire ai minorenni lo stesso trattamento dei criminali adulti, e rinchiuderli insieme nella stessa scuola di depravazione. I legislatori finirono per condividere questo punto di vista. Già nel 1825, New York istituì una "casa di rifugio" per minori. Alcuni Stati provarono forme modificate di *probation* per i giovani nei guai. Una legge di New York del 1884 stabilì che quando una persona sotto i sedici anni era stata condannata per un delitto, il giudice poteva, nella sua discrezionalità, affidarla ad un soggetto o ad un'istituzione idonei, invece di infliggergli la prigione o una multa. Le leggi del Massachusetts, e più tardi del Rhode Island (1898), autorizzarono processi separati per i giudizi dei minori. L'Indiana, con una serie di "statutes", a cominciare dal 1889, istituì un ufficio di sorveglianza dei minori per le giurisdizioni più densamente popolate. L'ufficio aveva il diritto di chiedere

alla *circuit court* la custodia ed il controllo di un minore sotto i quindici anni. La custodia poteva durare fino a che il ragazzo diventava maggiorenne. L'ufficio era autorizzato ad agire quando avesse "fondato motivo di ritenere" che il minore fosse "abbandonato, trascurato o maltrattato" in casa, o fosse stato mandato sulla strada a mendicare, o fosse un vagabondo, o "in una compagnia oziosa e viziosa", se i genitori del ragazzo avremo l'abitudine di ubriacarsi e di bestemiare o erano comunque corrotti, oppure se il bambino, per il suo linguaggio o modo di vivere, era ritenuto "un immorale o un incorreggibile"⁶⁹.

Nonostante queste timide iniziative, in ogni Stato i bambini potevano essere ancora arrestati, detenuti, processati e mandati in prigione o in riformatorio. Nel 1870, c'erano 2029 minori in carcere nel Massachusetts; 231 di questi erano sotto i quindici anni⁷⁰. La prima vera Corte per i minorenni venne istituita nel 1899 nella contea di Cook, nell'Illinois (Chicago). In base alla legge vigente in materia, i giudici delle *circuit courts* della contea di Cook dovevano designare un giudice speciale per trattare tutti i procedimenti minorili. Egli doveva sedere in un'aula giudiziaria separata e tenere verbali separati. La sua Corte doveva chiamarsi "*juvenile court*"⁷¹. Questa Corte aveva giurisdizione sui bambini abbandonati ed incapaci di provvedere a sè stessi, anche se delinquenti. In questo modo, la legge estendeva il proprio potere sui giovani — in genere degli strati sociali più bassi — che erano stati al di fuori della portata delle leggi precedenti e non avevano ancora commesso delitti.

L'idea della Corte per i minori ebbe, comunque, un riscontro di vaste proporzioni; dal suo modesto esordio nella contea di Cook, nell'Illinois, si allargò così velocemente che entro venti anni, o giù di lì, quasi ogni Stato ebbe una propria versione della Corte minorile. La Corte per i minori era un esempio di nuova professionalità: niente giuria ma (alla fine) un collettivo di operatori sociali e di altri esperti. Ci si liberò dell'intero bagaglio di norme procedurali e l'attenzione cadde non sul reato ma sulla persona del reo: il minore come individuo (alcuni, del resto, non avevano neppure commesso un reato). La giustizia minorile era per il minore ciò che era per l'adulto il *probation*, e qualcosa di più.

Quelle delle Corti minorili fu una riforma voluta dai "protettori del bambino" del diciannovesimo secolo. Il suo paternalismo, il suo spirito da classe media e l'assenza di garanzie pro-

cessuali l'hanno fatta sembrare, dopo ottantacinque anni, meno progressista di quanto non sia apparso alla brava gente del suo tempo. All'inizio vi furono abusi che col tempo presero piede. Un doppio standard era in pieno vigore; centinaia di adolescenti che praticavano il sesso venivano giudicati alla stregua di "delinquenti". Ma gli oppressori non erano in primo luogo la polizia o i riformatori dei ceti più elevati: erano soprattutto i genitori dei bambini degli strati sociali più bassi. Almeno questo è quanto risulta dai primi procedimenti della California (1903-1910). Erano le madri ed i padri — spesso famiglie di immigranti — che non sapevano più che fare dei propri figli indisciplinati ed incorreggibili e li scaricavano sullo Stato. Ciò che questi genitori avevano in mente era la moralità del ceto medio. La giustizia minorile dava loro accesso al potere statale per dominare i figli indisciplinati o, se necessario, per toglierseli dalle spalle.

Il periodo, dunque, fu ricco di esperimenti istituzionali. C'erano nuove teorie e nuove applicazioni delle teorie. Eppure le istituzioni più significative come Elmira, non erano tipiche nel mondo quotidiano della correzione. Anche se Elmira fu un insuccesso, esso almeno ebbe alte aspirazioni. Le prigioni normali, di Stato e locali, soffrivano per la carenza di fondi, erano luride e qualche volta corrotte. Molte cariche all'interno delle prigioni erano tenute da tirapiedi, nominati per liquidare un debito politico. Con monotona regolarità, le commissioni riportavano cattive notizie sulle prigioni locali — un tetro coro di lamenti. Nelle prigioni di tutto il paese, sebbene non allo stesso modo in tutte le carceri, i detenuti venivano frustati, fatti morire di fame e torturati. Nel 1867, le prigioni della contea del New Jersey venivano descritte come una vergogna. Giovani e vecchi, uomini e donne erano ammucchiati insieme, in condizioni di "sporcizia, di aria malsana, di oscurità, tra i parassiti". Nella prigione di Stato, d'altra parte, in un'ottica distorta dell'idea penitenziaria, il detenuto viveva in una cella di 2 metri per 4 con uno e sino a quattro compagni di cella, oppure da solo in una cella larga soltanto un metro e meno e lunga 2 metri. In questo caso egli viveva e mangiava "in una stanza non più grande di gabinetto, con un secchio disgustoso per toilette ed una branda più stretta di una vasca da bagno". Per fare il bagno "una volta ogni tanto", c'era un locale nel cortile, "che veniva chiuso col cattivo tempo"⁷³. Nell'Illinois, il carcere della contea di Cook, ispezionato nel 1869, era anch'esso "sporco e

pieno di parassiti". Le prigioni di contea erano "luoghi di infezione morale" e trasformavano in "grandi criminali quelli piccoli"⁷⁴.

Le prigioni erano diventate, sotto vari profili, molto meno rigorose rispetto al sistema penitenziario dei primi tempi; verso il 1870, a Sing Sing, gli ispettori trovarono una corruzione incredibile: le guardie vendevano innumerevoli cose proibite ai detenuti; i detenuti venivano lasciati a poltrire oziosamente o a giocare; il cortile della prigione "aveva qualcosa dell'atmosfera di un villaggio". Eppure, nello stesso tempo, in alcune carceri c'era una grande brutalità: i detenuti venivano frustati e picchiati; oppure erano torturati con carrucole, con cappucci di ferro o "gabbie" o tormentati con fruste, bastoni, oppure (nel carcere del Kansas) per mezzo di una diabolica tortura con l'acqua⁷⁵.

La storia era sempre la stessa. In un modo o nell'altro le riforme non venivano mai completamente attuate oppure venivano distorte nella pratica. Il fatto è che i detenuti, come i poveri e i neri, stavano sul gradino più basso della società americana: impotenti, le loro esigenze e i loro bisogni non avevano alcuna priorità in America. D'altra parte, la classe media aveva un programma ben preciso anche se non veniva espresso apertamente. La gente abborriva il crimine e ne aveva paura. Voleva che i criminali fossero puniti ed anche severamente e, ancora di più, voleva che i malvagi sparissero dalla vista e dalla circolazione. Qualsiasi cosa la gente *dicesse*, ciò che in realtà faceva, dimostra che lo scopo principale era quello di rinchiudere, isolare e sorvegliare la "classe criminale", mentre l'emendarla dalle sue abitudini criminali era un obiettivo subordinato. La gente, inoltre, nutriva un certo scetticismo sulle possibilità di recupero dei criminali. I criminali nascevano già con quelle caratteristiche? Gli antropologi criminali avevano da tempo esaminato la concezione per la quale la tendenza a delinquere era un tratto ereditario, per cui il delinquente poteva inquadarsi in un tipo fisico o mentale. "I criminali, scriveva nel 1895 Frederick Howard Wines, per la maggior parte sono intellettualmente e moralmente deboli". Tale assunto trovava di per sé riscontro nella "disattenzione, nell'assenza di immaginazione o della facoltà di rappresentazione, in una memoria deficiente, nell'incapacità di previsione e in una generale avversione all'esercizio mentale". Una letteratura copiosa, risalente al diciottesimo secolo, illustrava i tratti somatici della personalità criminale: "si è notata

in particolar modo la prominenza delle orecchie. Si dice che i detenuti abbiano facce rugose; che i prigionieri di sesso maschile siano piuttosto glabri in volto; che nelle prigioni si trovino molte donne irsute. Uomini e donne dai capelli rossi non sembrano dediti alla commissione di delitti... I condannati hanno braccia lunghe, sterno a carena e spalle incurvate". Inoltre i delinquenti, si osservava comunemente, non arrossivano ⁷⁶.

L'uomo medio non conosceva questi "fatti", ma la gente aveva il proprio senso comune, dal quale, senza alcun dubbio, si lasciava guidare. *Sapeva* indubbiamente che il delinquente apparteneva ad un'altra razza, e che quel tipo di persone andava rimosso da una società rispettabile, nell'interesse della sicurezza sociale. Nel tardo diciannovesimo secolo, si ebbe anche un nuovo interesse per la questione eugenetica. L'interesse per la purezza dei costumi veniva a convergere con quello per la purezza del sangue. Probabilmente non è una forzatura presumere che questi atteggiamenti rafforzassero la tendenza centrale del diritto penitenziario: quella a mettere il malvagio in quarantena. Cosa succedeva tra le mura delle prigioni importava appena, posto che quelle mura erano impermeabili. Se la maggior parte dei detenuti era fatta di "delinquenti nati", non aveva alcun senso lasciarli liberi. Era meglio lasciarli marcire dentro le prigioni ⁷⁷.

Tuttavia, paradossalmente, il disinteresse pubblico era allora controproducente. Il legislatore (senza dubbio in risposta alla pubblica opinione) invariabilmente privava di fondi le prigioni. Le prigioni erano sovraffollate, talora ben oltre la loro capacità. Le misere condizioni dentro le mura frustravano ogni speranza di riabilitazione degli uomini e delle donne che vi erano rinchiusi; a lungo andare, forse, quelle cattive condizioni condussero ad ancora più delitti, o quanto meno a più miseria e disordine sociale. E ancora, qualche volta le prigioni erano così affollate che lo Stato si sentiva obbligato a fare largo uso dell'istituto della grazia o della libertà sulla parola. Questo succedeva nel New Jersey del tardo diciannovesimo secolo, quando il ritmo di liberazione dei prigionieri "non vuotava abbastanza in fretta il carcere" ⁷⁸.

Che i prigionieri dovessero fare un lavoro utile era una ferma convinzione di due gruppi molto diversi tra loro — i riformatori, che volevano che i prigionieri si migliorassero, e i funzionari avidi che volevano tagliare i costi ed incrementare le entrate del carcere. I condannati erano adibiti alla lavorazione di svariati prodotti, tra i quali spazzole, scope, sedie, stivali e

scarpe. Il sindacato, peraltro, era un acerrimo nemico del lavoro carcerario. Le prigioni erano focolai di ciò che le unioni sindacali consideravano concorrenza sleale. Gli industriali la cui forza lavoro guadagnava salari da incensurati, avevano, in questo caso, lo stesso interesse economico dei loro dipendenti. Lavoratori e datori di lavoro si unirono per combattere il lavoro carcerario ed ottennero un discreto successo. La Costituzione dell'Illinois venne emendata nel 1886 per stabilire che era "illegitimo... disporre per contratto del lavoro di un detenuto". Il Michigan stabilì che "per il futuro non dovrà insegnarsi alcun mestiere manuale ai condannati nella prigione di Stato... ad eccezione della manifattura di quegli articoli il cui principale approvvigionamento per il consumo domestico ha luogo da altri Stati o paesi". Alcuni stati imposero che le manifatture carcerarie dovessero riportare un marchio speciale. Uno "statute" della Pennsylvania, approvato nel 1883, richiedeva che quei beni dovessero venire contrassegnati col marchio "convict made" (fabbricato dai detenuti), in caratteri inglesi comprensibili, punzonati, messi a fuoco, stampati o impressi con altri analoghi sistemi, in modo tale che quel marchio "non possa essere reso illeggibile"; e il marchio doveva mettersi "in ogni caso... sulla parte più vistosa dell'articolo, o sulla scatola che lo contiene" ⁷⁹. Per ragioni politiche, alcuni Stati cercarono di dirottare il lavoro carcerario su canali che non danneggiavano i maggiori gruppi economici. Nel Minnesota, a cominciare dal 1892, gli "statutes" ordinarono alla prigione di Stato di acquisire l'equipaggiamento e il macchinario "per la fabbricazione di funi in fibra dura". Le funi fatte dai detenuti dovevano essere vendute agli agricoltori, "secondo le quantità necessarie al loro fabbisogno". In questo modo, la forza lavoro delle prigioni avrebbe aiutato gli agricoltori a combattere la *National Cordage Company*, che gli agricoltori consideravano un *trust* spietato e strapotente ⁸⁰.

Le prigioni del Sud erano particolarmente vergognose; laggiù la campagna contro il lavoro carcerario fece meno progressi. Nel Sud, inoltre, la manodopera carceraria veniva ancora data in appalto all'esterno. Gli "statutes" della Florida autorizzarono espressamente il sovrintendente all'agricoltura (con l'approvazione della commissione per le istituzioni statali) a "stipulare contratti... aventi ad oggetto il lavoro, il mantenimento e la custodia dei... detenuti". Era vietato lavorare alla domenica o ogni altro giorno "prima del sorgere del sole o dopo il tramonto". I contratti potevano prevedere "l'affidamento del controllo e della

custodia dei prigionieri alla persona che ne avesse appaltato il lavoro”⁸¹. In Georgia, vigente il codice del 1895, una persona riconosciuta colpevole di un reato non grave poteva venire condannata “a lavorare in *chain gang* di condannati”⁸². Queste squadre, tristemente famose, lavoravano per contee e città, spesso sulle strade pubbliche. La legge dava pieni poteri alle “autorità di ogni contea od ente municipale” che facevano uso di queste squadre, di nominare un capo-fustigatore per questi condannati; il capo non poteva usare la frusta, tranne “nei casi in cui fosse ragionevolmente necessario per far rispettare la disciplina o costringere al lavoro un condannato”⁸³.

La maggior parte dei condannati dati in affitto nel Sud, e quasi tutti i condannati ai lavori forzati, erano neri; e invero, come ha sostenuto Edward L. Ayers, nel nuovo Sud questo sistema di affitto di manodopera era semplicemente “parte di un sistema organico di lavoro forzato”, un sistema organico che andava dallo “spaccio monopolistico aziendale” al sistema della mezzadria e dei peones, alla “completa sottomissione del lavoro carcerario”⁸⁴. Dare in affitto i detenuti era una fonte di entrate per lo Stato. In alcuni centri, grossi affittuari subaffittavano detenuti in piccole o grandi squadre. Le prigioni del Sud erano “grandi gabbie ambulanti che seguivano i cantieri e la costruzione di ferrovie, dietro palizzate tirate su in fretta, immerse nelle foreste o nelle paludi o in campi minerari, oppure ciechi fortini di legno perduti entro distese sconfinite”⁸⁵. Gli Stati traevano elevati profitti da questo sistema. Alla fine degli anni 1880, l'Alabama e il Tennessee superarono in un anno i 100.000 dollari, con il sistema di affitto dei condannati; e vi erano considerevoli profitti in Georgia, Mississippi, Arkansas, Nord Carolina e Kentucky. Dal punto di vista dei condannati, il quadro si presentava in modo affatto diverso. I crudi dati statistici segnalano un sistema di una brutalità quasi incredibile. I detenuti erano prevalentemente giovani e sani quando venivano affittati; ma già nel 1870 erano morti il quarantuno per cento dei centoottanta condannati dell'Alabama; nei due anni precedenti, c'era stato un tasso di mortalità, rispettivamente del 18 e del 17 per cento; la percentuale dei morti nel Mississippi tra il 1880 e il 1890 era nove volte superiore a quella delle prigioni negli Stati del Nord.

Il sistema sudista dell'affitto, razzista e brutale, era, in un certo senso, solo una forma esagerata del sistema nazionale di correzione. Nell'essenza, era spietato e finalizzato ad alleggerire

il carico fiscale. Eppure resistette, nonostante gli innumerevoli progetti di riforma, tanto agli scandali che alle denunce. Le sole proteste che sembrarono avere qualche effetto vennero dai sindacati dei lavoratori. Nel 1883, la *Tennessee Coal, Iron, and Railroad Company* affittò milletrecento detenuti del penitenziario del Tennessee. I detenuti vennero in parte utilizzati per costringere i lavoratori liberi ad accettare più rigide condizioni di lavoro. Nel 1891, i minatori non detenuti liberarono i condannati (che lavoravano) nella *Tennessee Coal Mine Company* e bruciarono le palizzate. L'anno dopo i minatori si batterono contro la milizia nella contea di Anderson per la questione del lavoro carcerario. Il sistema dell'affitto venne così abolito nel Tennessee, dopo quel periodo di lotta, fuoco e sangue. Verso il 1890, altri Stati del Sud abbandonarono o modificarono il loro sistema di affitto. Il nuovo progetto era di creare colonie agricole penali di Stato; entro il 1898, sebbene nove Stati facessero ancora uso del sistema dell'affitto, il sistema della colonia agricola aveva fatto enormi progressi. Sopravvissero comunque i gruppi di condannati ai lavori forzati, e così pure la brutalità e l'abuso⁸⁸.