

Una tempesta perfetta: la discrezionalità del *prosecutor* negli Stati Uniti d'America*

William T. Pizzi

SOMMARIO: 1. Introduzione, 553 – 2. L'erosione dell'autorità giurisdizionale in fase di *sentencing* negli U.S.A., 555 – 3. Il ruolo dominante del *plea bargaining* nel sistema giudiziario penale degli Stati Uniti, 559 – 4. La fiducia americana nell'utilità di pene severe con funzione deterrente, 560 – 5. Deboli restrizioni etiche sulla discrezionalità dell'accusa negli U.S.A., 562 – 6. Conclusioni – È possibile una riforma?, 564.

1. Introduzione

Il sistema giudiziario penale degli Stati Uniti d'America ha tradizionalmente consentito un'ampia discrezionalità all'organo rappresentante l'accusa (*prosecutor*) circa la decisione se esercitare o meno l'azione penale a carico di un imputato. Se a prima vista tale ampia discrezionalità può essere sembrata quasi senza limiti a chi è abituato a un sistema continentale, in realtà la discrezionalità nell'esercizio dell'azione penale negli Stati Uniti d'America è stata più controllata di quanto potesse apparire grazie alla presenza di controlli ed equilibri informali che tenevano tale discrezionalità entro limiti determinati.

Il più ovvio e immediato controllo sul potere del *prosecutor* è rappresentato dall'opzione verso il dibattimento esercitabile da parte dell'imputato. Così, se un *prosecutor* sceglie di accusare un imputato quando la prova non è abbastanza forte, l'imputato potrebbe sempre "forzare" il *prosecutor* a provare l'accusa al dibattimento oltre ogni ragionevole dubbio. In un sistema che sostiene fermamente che i processi penali devono essere giudicati da una giuria, che ha rigorose *rules of evidence*, e che dà all'imputato il diritto al confronto con tutti i testimoni, la possibilità per l'imputato di costringere il *prosecutor* al dibattimento è stata un'arma potente con cui insistere affinché il *prosecutor* fosse realistico nel decidere circa la formulazione di un'accusa penale.

*. Traduzione, a cura di Mariangela Montagna, del saggio *A Perfect Storm: Prosecutorial Discretion in the United States* di WILLIAM T. PIZZI, Professor Emeritus University of Colorado Law School, Boulder, U.S.A. Tale saggio è destinato al volume *The Prosecutor in Transnational Perspective*, a cura di MARIANNE WADE ed ERIK LUNA, Oxford, ed. 2012 (per gentile concessione dell'editore Oxford University Press).

Anche il giudice tradizionalmente ha avuto un'ampia discrezionalità nella commisurazione e irrogazione della pena (*sentencing*) ed anche tale fattore ha svolto una funzione di controllo e di limitazione sul potere del *prosecutor*. Se un imputato ha commesso un delitto in circostanze che suggeriscono sia appropriata una certa "clemenza", un imputato potrebbe sottoporre il suo caso al giudice ed ottenere una sentenza mite anche se il *prosecutor* si è opposto.

Questo sottile bilanciamento di potere tra *prosecutor*, difensore e giudice è tipico dei sistemi *adversary*. In questi sistemi mancano quei generi di controlli formali sul potere che connotano l'Europa continentale (come un riesame completo in appello della sentenza di primo grado e delle prove su cui è fondata), ma vi sono dei controlli informali che, negli U.S.A., sono molto efficaci, nonostante siano indiretti e meno visibili.

Tuttavia, negli ultimi quaranta anni è accaduto che siffatti controlli sul potere del *prosecutor* si siano indeboliti al punto che, a volte, manca in concreto un modo idoneo a bilanciare o attenuare le azioni di un *prosecutor* che si riveli molto aggressivo nel formulare le accuse penali.

Il titolo di questo saggio prende in prestito una metafora che è nata nel 1997 quando Sebastian Junger pubblicò un racconto romanzato di una terribile tempesta verificatasi nel 1991, con riferimento alla quale una convergenza di diversi fattori determinò una tempesta di proporzioni epiche per la sua potenza distruttiva¹. Il libro fu intitolato *The Perfect Storm* e, sin dalla sua pubblicazione, la metafora di una "tempesta perfetta" è usata per descrivere ogni situazione in cui differenti cause combinate insieme generano una situazione particolarmente terribile.

Questo saggio descriverà la "tempesta perfetta" che è sorta intorno alla discrezionalità del *prosecutor* negli U.S.A. e che ha portato alla situazione in cui, oggi, gli organi rappresentanti l'accusa hanno molto più potere sul destino degli imputati di quanto non fosse pochi decenni fa. I fattori che insieme hanno determinato la *perfect storm* per i *prosecutors* concernono l'erosione di fiducia verso il *judicial sentencing*, l'ampia accettazione dell'operare quasi illimitato del *plea bargaining*, l'intensificarsi di leggi che prevedono pene molto severe ed "obbligatorie" in caso di condanna e l'accettazione da parte del sistema di una forma particolarmente aggressiva di punizioni deterrenti che minaccia i trasgressori con pene "vincolanti" per il giudice e molto severe in caso di condanna per alcuni determinati reati. Tali fattori non sono indipendenti. Al contrario essi interagiscono tra di loro e si rafforzano l'un l'altro. Così il crescente ricorso al *plea bargaining* ha contribuito ad accelerare l'erosione dell'autorità giurisdizionale in fatto di *sentencing*. Allo stesso modo, la promulgazione di leggi penali che predeterminano le pene in caso di condanna ha concorso ad incentivare i *plea bargains* grazie al

1. SEBASTIAN JUNGER, *The Perfect Storm*, 1997.

fatto che l'esito di un determinato *bargain on sentencing*, calcolato sulla pena prevista alla fine del dibattimento, diveniva più trasparente.

Infine, le leggi che prevedono severe pene con finalità deterrente in caso di condanna non solo hanno contribuito ad erodere il controllo del giudice in fase di *sentencing*, ma hanno anche potenziato le armi a disposizione del *prosecutor* che, in tal modo, può forzare gli imputati ad accettare i *plea bargains* anche al fine di evitare siffatte rigorose punizioni.

Il saggio che segue tratterà di ognuno di questi fattori che così fortemente hanno incrementato il potere dell'organo rappresentante l'accusa.

2. L'erosione dell'autorità giurisdizionale in fase di *sentencing* negli U.S.A.

Gli Stati Uniti sono sempre stati molto orgogliosi del loro sistema *adversary* e piuttosto convinti che esso sia preferibile al sistema inquisitorio tipico dei paesi continentali. Persino la Corte Suprema in numerose occasioni ha fatto riferimento alla circostanza che il sistema statunitense « è accusatorio in opposizione al sistema inquisitorio »².

Tale descrizione del sistema, però, non è del tutto accurata, poiché si presenta incompleta. È, senza alcun dubbio, accusatorio il sistema processuale nel cui ambito si discute della colpevolezza dell'imputato. Negli Stati Uniti, i giudici — come tutti i giudici di *common law* — non sono responsabili dell'introduzione della prova al dibattimento. I sistemi *adversary* preferiscono che i giudici svolgano un ruolo relativamente passivo durante il dibattimento. Tuttavia negli Stati Uniti, questo requisito di passività è ancora più enfatizzato di quanto accade in altri sistemi di *common law*. Sebbene vi sia sempre stata una responsabilità tradizionalmente affidata dai sistemi di *common law* ai giudici in base alla quale questi ultimi riassumono la prova per la giuria alla fine del processo e posto che ciò costituisce un obbligo per i giudici in tutti gli altri Paesi di *common law*³, negli Stati Uniti la tradizione del riassunto del quadro probatorio per la giuria è andata gradualmente scemando⁴ al punto da indurre alcuni Stati a proibire quest'attività ai propri giudici⁵.

Il ruolo del giudice del dibattimento negli Stati Uniti è abitualmente rappresentato come quello di un "arbitro neutrale" nel mondo dello sport, a significare che il giudice non è uno dei giocatori, ma piuttosto qualcuno che garantisce che la competizione si svolga secondo le regole e un soggetto

2. *Moran v. Burbine*, 475 U.S. 412, 434 (1986). Vedi anche *Miller v. Fenton*, 474 U.S. 104, 110 (1985); *Minnesota v. Murphy*, 465 U.S. 420, 450 (1984); *Watts v. Indiana*, 338 U.S. 49, 54 (1949).

3. Cfr. ROSEMARY PATTENDEN, *Judicial Discretion and Criminal Litigation*, 182-83 (1990).

4. Cfr. JACK B. WEINSTEIN, *The Power and Duty of Federal Judges to Marshall and Comment on the Evidence in Jury Trials and Some Suggestions on Charging Juries*, 118 F.R.D. 161 (1988).

5. Cfr., per esempio, Ariz. Const. Art. 6 § 27; Colo. Rev. Stat. § 13-2-108; Fla. Stat. § 90.106.

che dovrebbe essere indifferente all'esito⁶. Se, però, spostiamo l'attenzione dal dibattito alla fase di commisurazione ed irrogazione della pena (*sentencing*), assistiamo ad una procedura che non è più accusatoria e nel cui ambito presenzia un giudice che non è più un arbitro imparziale e passivo. Al posto di un soggetto neutrale c'è un giudice con piena responsabilità nell'imporre l'adeguata pena all'imputato.

Sebbene il *sentencing* vari tra le giurisdizioni degli U.S.A., certamente non è stato inusuale — e ancora non lo è — vedere assegnato ad un singolo giudice il potere di commisurare la pena per un imputato entro un *sentencing range* notevolmente ampio. Per esempio, in Alabama, un imputato che compie una rapina a mano armata⁷ è soggetto ad una pena che va da non meno di 10 anni a non più di 99 anni⁸. Un altro esempio della enorme discrezionalità data ai giudici in fase di *sentencing* si rinviene nel Texas a proposito del reato di rapina aggravata ai danni di una persona anziana⁹. Tale crimine è punibile con una pena che oscilla da un minimo di 5 anni ad un massimo di 99 anni¹⁰.

Inoltre, a differenza dei Paesi continentali in cui tale potere di commisurare la pena è condiviso da più giudici e dove ogni *sentencing decision* di così grande rilevanza può essere riesaminabile in appello, negli U.S.A. un giudice esercita da solo il potere di fissare la pena e, solitamente, non vi è un riesame in appello a condizione che la pena irrogata sia entro il *sentencing range*¹¹.

Ulteriore elemento che contribuisce ad accentuare in termini "inquisitori" la fase del *sentencing* negli U.S.A. è il fatto che un giudice non è tenuto ad adottare una decisione sulla pena in conformità a quanto richiesto da una delle parti. Qui non si tratta del problema di giudici non imparziali che "simpatizzano" con una delle parti in un *adversarial contest*. Un giudice può imporre una condanna più elevata rispetto a quanto richiesto dal *prosecutor* ovvero più lieve rispetto a quel che ha domandato la difesa.

Ovviamente c'è una falla strutturale nel cuore del sistema U.S.A. riguardo al potere giudiziario. Da un lato il sistema esige i processi con giuria perfino per i reati minori, in parte per il timore di porre un imputato in dibattito dinanzi ad un possibile « compiacente, prevenuto o eccentrico

6. Cfr. MÁXIMO LANGER, *From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure*, in 45 *Harv. Inter. L. J.* 1, 12, 21–22 (2004).

7. Cfr. Alabama Code §13 A–8–41 (2005).

8. Cfr. Alabama Code § 13A–5–6(a)(1) (2005).

9. Cfr. Vernon's Texas Code Annotated § 29.03 (2005).

10. Cfr. Vernon's Texas Code Annotated § 12.33 (2005).

11. Cfr. ARTHUR W. CAMPBELL, *Law of Sentencing*, s 14.4, 579 (Eagan, Thomson/West, 2004) (« Malgrado la rilevante riforma del *sentencing* compiuta nel tardo XX° secolo, il principio dominante che connota il sistema di revisione in appello delle sentenze relativamente alla misura della pena è rimasto immutato: a meno che non vi sia un abuso della discrezionalità del giudici dibattimentali, le pene individuate entro i limiti costituzionali ed imposti dalla legge non sono riesaminabili »).

giudice »¹². Tuttavia, siffatta esitazione sul potere giudiziario sembra svanire nel momento del *sentencing*, quando il sistema affida il destino dell'imputato in termini di anni di prigione nelle mani dello stesso giudice cui sembrerebbe non poter essere data fiducia riguardo all'assunzione della decisione circa il merito e l'eventuale colpevolezza dell'imputato.

Non sorprende, dunque, che un sistema in cui tale enorme controllo sul destino dell'imputato era affidato ad un singolo giudice con un assai limitato riesame in appello è finito sotto attacco negli anni '70. Uno dei più influenti critici del *sentencing* in quel periodo era un giudice federale della città di New York City, Marvin E. Frankel, che sollecitò una riforma in un libro pubblicato nel 1973 in cui si attaccò l'ampia discrezionalità nel *sentencing* assegnata ai giudici e che produceva profonde disparità quanto a condanne adottate nei riguardi di imputati che si trovavano in situazioni similari¹³. Poiché egli era un eminente giudice e studioso e siccome scriveva dal punto di vista "interno" al sistema federale, la denuncia di Frankel circa il sistema di *sentencing* fu molto influente.

Durante lo stesso periodo, erano stati pubblicati anche degli studi che dimostravano — non sorprendentemente — come giudici cui erano stati dati i medesimi *sentencing files* arrivarono a *sentencing decisions* che a volte si differenziavano notevolmente tra di loro. In uno di questi studi, furono assegnati a 50 giudici federali 20 identici casi e chiesto loro quale pena essi avrebbero irrogato a ciascun imputato. Il risultato evidenziò una "madornale disparità" in cui, ad esempio, un giudice irrogò nei riguardi di un pubblico ufficiale condannato per *extortionate credit transactions* una pena a 20 anni di reclusione ed una multa di 65.000 dollari, mentre un altro giudice condannò lo stesso imputato a 3 anni di prigione e nessuna multa¹⁴. In sintesi, i giudici avevano opinioni molte diverse circa la gravità di certi crimini ed il tipo di pena da riservare ad essi.

In questo modo è iniziata l'erosione della fiducia nel *judicial sentencing*. Invero, ci sono state proposte di riforma e, alla fine, sia l'*American Bar Association*¹⁵, sia l'*American Law Institute*¹⁶ (una prestigiosa organizzazione di giuristi ed eminenti giudici) offrirono dei modelli per una riforma costruita sulle *sentencing guidelines*. I sistemi basati su queste linee guida cercano di indicare puntualmente i fattori che potrebbero portare ad aumentare o diminuire una pena e attraverso tali *guidelines* tentano di quantificare il

12. *Duncan v. Louisiana*, 391 U.S. 145, 155-56 (1968).

13. Cfr. MARVIN E. FRANKEL, *Criminal Sentences: Law Without Order* (1973).

14. Questo studio ed altri sono riportati in ALAN M. DERSHOWITZ, *Background Paper*, in *Fair and Certain Punishment* 67, 102-05 (1976).

15. Cfr. ABA STANDARDS FOR CRIMINAL JUSTICE, SENTENCING (3^a ed. 1994).

16. Cfr. AMERICAN LAW INSTITUTE, MODEL PENAL CODE: SENTENCING REPORT (2003). Per una discussione al riguardo, cfr., in generale, CHRISTOPHER SLOBOKIN, *Introduction to the Model Penal Code's Sentencing Proposals*, 61 FLA. L. REV. 665 (2009).

rispettivo aumento o la rispettiva diminuzione. Così, per esempio, riguardo ad un imputato condannato per rapina presso una banca, il fatto che egli non abbia usato un'arma da fuoco o abbia conseguito soltanto una piccola somma di danaro potrebbe portare ad abbassare il *sentence range*, mentre il fatto che qualcuno sia stato ferito durante la rapina potrebbe aumentarlo.

Le *sentencing guidelines* hanno rappresentato una chiara rottura con la precedente tradizione. Mentre prima i giudici avevano un'enorme discrezionalità e potevano decidere da soli quali fattori essi consideravano importanti nel determinare la pena, le *guidelines* furono stabilite per indicare al giudice quali circostanze considerare rilevanti o addirittura pertinenti e, di conseguenza, miravano a contenere in misura notevole la discrezionalità giurisdizionale.

La maggioranza degli Stati non adottò tali parametri e la Suprema Corte creò complicazioni per i riformatori dichiarando che la circostanza da cui far discendere un aumento della pena deve essere provato dinanzi ad una giuria, non deciso da un giudice¹⁷. Ma anche nelle giurisdizioni che non adottarono il sistema delle *guidelines*, si cominciarono a vedere più leggi che producevano effetti simili alle *guidelines* poiché stabilivano un aumento della pena se certi elementi venivano addebitati e provati. Così, se la vittima di una rapina era anziana o la quantità di sostanze stupefacenti era superiore ad un certo ammontare, al giudice poteva essere richiesto dalla legge di irrogare un determinato minimo edittale di pena vincolante — forse 2 anni o 5 anni — o di aggiungere un aumento della stessa misura a qualsiasi altra pena egli avrebbe imposto.

Lo slancio verso la riforma del *sentencing* era certamente lodevole poiché i giudici erano molto incoerenti nelle loro sentenze, essendo muniti di un'ampia sfera di discrezionalità, ma, poiché specifici aspetti di un fatto illecito vennero ad avere dirette conseguenze sulla fase di determinazione della pena, ciò cominciò a permettere all'accusa di avere maggior controllo su quella fase posto che il modo in cui veniva elevata l'accusa avrebbe potuto avere immediati effetti sul *sentencing*. Cosicché, se un elemento del reato determinava una pena specifica e vincolante per il giudice, si finiva per attribuire ai *prosecutors* un'influenza sulla fase di *sentencing* — essi potevano scegliere di addebitare all'imputato quell'elemento o potevano acconsentire a non includerlo nell'imputazione. Di conseguenza, se un *prosecutor* aggiungeva la circostanza che la vittima di una rapina era anziana o che la quantità di sostanze stupefacenti era superiore ad un certo ammontare, tali

17. Il caso controverso è *Blakely v. Washington*, 542 U.S. 296 (2004). Tale caso è stato pesantemente criticato dai riformatori poiché esso offre carta bianca ai sistemi statali che intendono porre nelle mani dei giudici una discrezionalità priva di restrizioni in fatto di *sentencing*, ma erge degli ostacoli costituzionali per quei sistemi statali che cercano di limitare tale arbitrario potere. Cfr., in generale, KEVIN REITZ, *The New Sentencing Conundrum: Policy and Constitutional Law at Cross-Purposes*, 105 *Colum. L. Rev.* 1082 (2005).

elementi accusatori avevano immediati effetti nella determinazione della pena. Siffatte serie e dirette conseguenze sulla fase del *sentencing*, ovviamente, incoraggiarono dei *plea bargains* volti proprio ad evitare tali effetti.

Anche nelle giurisdizioni in cui nessuno specifico cambiamento legislativo fu realizzato per cercare di limitare la discrezionalità giurisdizionale nella fase della determinazione della pena, l'attacco rivolto al *sentencing* negli anni '70 ebbe un enorme effetto psicologico. Non solo logorò la fiducia pubblica nel *judicial sentencing*, ma erose anche la fiducia che gli stessi giudici avevano nel loro compito di determinazione della pena ed essi divennero meno sicuri della loro funzione di controllo sulla discrezionalità del *prosecutor*.

3. Il ruolo dominante del *plea bargaining* nel sistema giudiziario penale degli Stati Uniti

Negli anni '70 ed '80, il *plea bargaining* negli Stati Uniti cominciò ad emergere dalle ombre e ad essere apertamente accettato. Anche *bargains* che sembrano estremi ad altri Paesi e che non sarebbero accettati dai quei sistemi legali, come il c.d. "*Alford pleas*"¹⁸ per mezzo del quale ad un imputato è consentito di trarre vantaggio dalla proposta di *plea bargain* seppure sostenendo la propria innocenza nel delitto in questione, furono approvati dalla Corte Suprema¹⁹.

Nello stesso momento in cui il *plea bargaining* restava controverso e si facevano degli sforzi di volta in volta necessari per restringerne la pratica²⁰ gli attori istituzionali del sistema — giudice, *prosecutor* e difensore — hanno manifestato una chiara propensione verso il *plea bargaining* ed esso è andato sempre più dominando il sistema giudiziario penale negli Stati Uniti. Si stima che almeno il 95% delle condanne negli U.S.A. derivi da un *plea bargain*²¹.

Man mano che l'autorità giudiziaria in tema di *sentencing* cominciò ad essere messa in dubbio e il *plea bargaining* venne ad essere condiviso più esplicitamente, i giudici furono maggiormente disposti a trasferire la loro *sentencing authority* verso le parti e ad accogliere i cosiddetti "*sentence*

18. Gli "*Alford pleas*" prendono il loro nome dalla sentenza della Corte Suprema con cui è stata confermata la costituzionalità di tali *plea bargains*. Cfr. *North Carolina v. Alford*, 400 U.S. 25 (1970).

19. Cfr. WILLIAM T. PIZZI, *Accepting Guilty Pleas from "Innocent" Defendants*, 146 *New Law Journal* (Eng.) 997 (1996).

20. Nel 1973 una commissione nazionale sulla giustizia penale raccomandò che il *plea bargaining* fosse abolito. Cfr. *Nat'l Advisory Comm'n on Criminal Justice Standards & Goals, A National Strategy to Reduce Crime*, Standard 3.1 at 162 (1973) ("Vietare il *plea negotiation* in tutti i tribunali entro il 1978"). Nel 1982, in California fu votato un referendum volto ad abolire il *plea bargaining* nei delitti gravi, ma ciò non servì ad arrestarne la pratica. Cfr. JOSEPH COLQUITT, *Ad Hoc Plea Bargaining*, 75 *Tulane L. Rev.* 695, 707-08 (2001).

21. Cfr. MICHAEL M. O'HEAR, *Plea Bargaining and Procedural Justice*, 42 *Ga. L. Rev.* 409 (2008).

bargains” negoziati dal *prosecutor* e dall’avvocato della difesa. Questi accordi garantiscono una pena determinata nel suo massimo se l’imputato si dichiara colpevole rispetto all’accusa o anche soltanto rispetto ad alcune delle accuse contestategli.

In teoria, si ritiene che i giudici approvino i *plea bargainings* ove siano sicuri che essi servono l’interesse pubblico. In questo modo, se un *bargain* è troppo indulgente, un giudice dovrebbe, in astratto, rigettare quell’accordo. Ma qui emerge lo stesso difetto strutturale descritto sopra: in un sistema fortemente *adversarial*, se le parti sono soddisfatte e ritengono che un certo accordo sia appropriato, da dove “l’arbitro imparziale e neutrale” riceve l’autorità per rigettare l’intesa raggiunta dalle parti? È inopportuno per un componente del potere giudiziario rigettare un accordo proposto da un *prosecutor*, membro del potere esecutivo (e di solito un pubblico ufficiale eletto), poiché considerato non in linea con l’interesse pubblico.

Inoltre, vi sono dei problemi pratici per i giudici nel rigettare un *plea bargain*. In mancanza di un fascicolo d’ufficio pari a quello che si trova nei sistemi continentali, un giudice negli U.S.A. non conosce i fatti del caso concreto così bene come li conoscono l’accusa e la difesa. Potrebbero esistere in ogni vicenda dei punti deboli che un giudice non è in grado di conoscere e ciò rende assai improbabile che in qualsiasi causa importante vi sia il rigetto del *plea bargain* da parte dell’organo giurisdizionale.

Cosicché a fronte degli interrogativi che sono andati sorgendo riguardo al potere giudiziario in punto di *sentencing* e su come esso sia stato usato, tali dubbi hanno suggerito che i giudici facciano un passo indietro dal processo e cedano molto del loro *sentencing power* alle parti. Il risultato è un sistema in cui i dibattimenti stanno scomparendo al punto che il numero assoluto di processi penali è minore rispetto a quaranta anni fa ²².

4. La fiducia americana nell’utilità di pene severe con funzione deterrente

Un ulteriore elemento che ha contribuito a generare la c.d. “tempesta perfetta” in riferimento alla discrezionalità di cui gode l’organo rappresentante l’accusa è connesso alla promulgazione di leggi penali concernenti predeterminati effetti in sede di *sentencing*. Tuttavia, occorre evidenziare che tali leggi possono anche imporre pene piuttosto ragionevoli o lievi. Ma, ciò che, negli Stati Uniti, ha spinto verso pene sempre più elevate è stata l’idea secondo cui punizioni severe, predeterminate dal legislatore e vincolanti

22. Sulla diminuzione in assoluto del numero di giudizi penali nel sistema federale ed in molti sistemi statali, cfr. MARC GALANTER, *The Vanishing Trial: An Examination of Trials and Related Matters in Federal and State Courts*, 1 J. of Empirical Leg. Stud. 459 (2004).

per il giudice, possano svolgere una funzione deterrente verso particolari forme di comportamento sociale.

Non c'è nulla di sbagliato nel pensare alla funzione deterrente come giustificazione per la pena ed infatti essa ha una storia ed una origine illustri. La tradizionale teoria della "deterrenza" è spesso fatta risalire al filosofo politico italiano Cesare Beccaria, che pubblicò il famoso saggio "Dei delitti e delle pene", nel 1764, in cui fu espressa una teoria della pena basata profondamente sulla deterrenza come obiettivo²³. Nel capitolo XII sul "Fine della pena", Beccaria scrisse: «Il fine delle pene, dunque, non è altro che d'impedire il reo dal far nuovi danni ai suoi cittadini e di rimuovere gli altri dal farne uguali. Quelle pene dunque e quel metodo d'infliggerle deve esser prescelto che, serbata la proporzione, farà una impressione più efficace e più durevole sugli animi degli uomini, e la meno tormentosa sul corpo del reo»²⁴.

Tuttavia occorre evidenziare come Beccaria, in tal modo, non stia approvando la deterrenza attraverso l'imposizione di una pena particolarmente severa. (In realtà, Beccaria credeva nelle pene lievi ed era un profondo oppositore della pena di morte²⁵). Piuttosto, Beccaria dichiara che la pena deve essere scelta in modo da risultare proporzionale al fatto compiuto e svolgere per gli altri una funzione che li dissuada dal compiere il medesimo crimine.

Gli Stati Uniti si sono allontanati dall'esigenza di garantire proporzionalità alla pena ed hanno fatto propria un'idea della prevenzione che non pone alcun limite alle pene che potrebbero essere imposte in relazione ad un determinato crimine. Così, ad esempio, nel tentativo di prevenire i delitti in tema di droga, alcuni Stati hanno adottato leggi con pene il cui minimo edittale vincolante per il giudice è altissimo. Alcune delle più conosciute sono le leggi Rockefeller sulla droga dello Stato di New York (adottate quando Nelson Rockefeller era il governatore) che hanno imposto pene la cui cornice edittale va da un minimo di 15 anni ad un massimo di 25 anni di reclusione in riferimento a coloro che vendono due onces di eroina o cocaina o posseggono 4 onces di tali droghe²⁶. (Il che colloca la punizione per i reati in materia di droga allo stesso livello dell'omicidio).

23. [N.d.t.] C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene – con una raccolta di lettere e documenti relativi alla nascita dell'Europa e alla sua fortuna nell'Europa del Settecento*, a cura di F. VENTURI, Torino, 1973 (nella versione in Inglese: cfr. C. BECCARIA, *On crimes and punishments, and other writings*, traduzione a cura di AARON THOMAS and JEREMY PARZEN, 2008).

24. C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, cit., p. 31 (nella versione in Inglese: cfr. C. BECCARIA, *On crimes and punishments*, cit., p. 28, cap. XII).

25. Cfr. James Whitman, *Harsh Justice* 50 (2003) («[...] Beccaria riteneva che la pena se, da un lato, deve essere inflessibile, d'altro lato deve essere tendenzialmente mite, con termini relativamente brevi di detenzione e con punizioni relativamente leggere di altra natura »).

26. Cfr. N.Y. Penal Law §§ 220.00–.65 (McKinney 2000). Queste leggi sono state ridimensionate soltanto di recente. Cfr. JEREMY W. PETERS, *Albany Reaches Deal to Repeal '70s Drug Laws*, N.Y. Times March 25, 2009, disponibile in <http://www.nytimes.com/2009/03/26/nyregion/26rockefeller.html>.

Altrettanto nota è la “legge sull’ergastolo 650” dello Stato del Michigan, adottata verso la fine degli anni ’70, che prevede l’ergastolo senza possibilità di rilascio anticipato (*parole*) per coloro i quali siano condannati per il possesso di 650 grammi di cocaina o di altri determinati tipi di droga²⁷. Il sistema federale, inoltre, ha adottato una serie di rigide leggi in materia di droga nel 1986 tramite le quali è stato previsto un elevato e vincolante minimo edittale di pena senza possibilità di rilascio anticipato per coloro che siano stati trovati in possesso di droghe anche se essi non hanno alcun precedente penale²⁸.

Tutti questi sono esempi di una tendenza che mira a contrastare specificamente i delitti in materia di droga — un generale flagello negli Stati Uniti — ma, una volta che i sistemi giudiziari penali all’interno del Paese hanno accettato questa varietà di severa *deterrenza*, è divenuto agevole adottare norme che miravano ad altri crimini sulla base della convinzione che la previsione vincolante di pene molto severe preverrà anche quegli altri delitti. Sia che si tratti di *car-jackings*, pornografia infantile o *crimes with guns*, le potenti sanzioni con finalità deterrente hanno offerto ai legislatori molti vantaggi, non da ultimo la possibilità di mostrare agli elettori che essi hanno cercato di fare qualcosa in ordine al particolare problema sociale.

Il problema che si delinea a proposito di queste rigorose sanzioni è che esse divengono potenti armi tramite cui forzare gli imputati ad aderire ai *plea bargains*. Anche se un imputato ha una difesa attendibile, egli non può costringere un *prosecutor* a portare la causa dinanzi ad una giuria al dibattimento perché il rischio di condanna è chiaramente troppo grande. Gli studiosi sostengono che gli imputati che una volta si sarebbero opposti all’accordo proposto dal rappresentante dell’accusa e tentato il dibattimento con una buona prospettiva di assoluzione, ora si dichiarano colpevoli poiché vi è la minaccia di pene molto severe²⁹.

5. Deboli restrizioni etiche sulla discrezionalità dell’accusa negli U.S.A.

Questo saggio ha spiegato il modo in cui il sistema giudiziario penale negli Stati Uniti d’America ha posto enorme potere in fatto di *sentencing* nelle

27. Cfr. Mich. Comp. Law Ann. § 33.7401 (West 2004). Questa legge — considerata dopo dal governatore che la firmò come un errore draconiano — fu finalmente modificata nel 1998. Cfr. LISA R. NAKDAI, *Are New York’s Rockefeller Drugs Laws Killing the Messenger for the Sake of the Message?*, 30 *Hofstra L. Rev.* 557, 574 (2001).

28. Cfr. 21 U.S.C. §§ 841–865.

29. Cfr. RONALD F. WRIGHT, *Trial Distortion and the End of Innocence in Federal Criminal Justice*, 154 *U. Pa. L. Rev.* 79 (2005); FRANK O. BOWMAN, *American Buffalo: Vanishing Acquittals and the Gradual Extinction of the Federal Criminal Trial Lawyer*, 56 *U. Pa. L. Rev. PENumbra* 226 (2007) (esprimendo preoccupazione sul fatto che il tasso di proscioglimenti nelle Corti federali è drammaticamente diminuito e suggerendo che c’è qualcosa di sbagliato nei casi che vanno a giudizio).

mani dei *prosecutors*. Il tradizionale bilanciamento di poteri tra il *prosecutor*, il difensore ed il giudice che per lungo tempo ha garantito considerevoli limitazioni alla discrezionalità dell'accusa è andato indebolendosi. Molte leggi penali con cui si predeterminano pene vincolanti per il giudice finiscono per spostare le decisioni in tema di *sentencing* direttamente sul *prosecutor* e portano il giudice del tutto fuori dalla fase di commisurazione della pena. Ed anche laddove i giudici mantengono un'autorità formale in punto di *sentencing*, la maggior parte di essi è lieta di concedere tale potere alle parti in cambio di un *plea bargain*, specialmente quando ciò aiuta a ridurre la pressione che un lungo ruolo di cause pendenti pone sullo stesso giudice.

L'aumento di leggi in tema di *determinate sentencing*, inoltre, indebolisce ciò che gli avvocati della difesa possono fare per contrastare le azioni di un *prosecutor* che sostiene l'irrogazione di una pena molto severa. Anche se il rischio di una condanna è basso, quando un imputato si trova minacciato da una pena elevata e ad irrogazione "obbligatoria" di dieci o quindici anni, saranno in pochi a potersi permettere il rischio di andare al dibattimento.

Vi sono delle restrizioni "etiche" sulla discrezionalità del *prosecutor*, ma sono molto deboli negli Stati Uniti. Naturalmente, un *prosecutor* deve avere fondati motivi di prova per elevare delle accuse nei riguardi di un imputato³⁰, ma ciò difficilmente costituisce una rilevante restrizione per l'accusa dal momento che è nell'interesse dei *prosecutors* formulare imputazioni soltanto in casi con un quadro probatorio forte. La domanda più importante, però, concerne il modo in cui un *prosecutor* dovrebbe usare il suo potere in tema di accusa quando vi sono molteplici imputazioni che potrebbero essere elevate a carico di un imputato o quando ci sono rilevanti conseguenze in punto di *sentencing* che dipendono dal modo in cui l'illecito penale viene ad essere contestato.

Il caso che mostra drammaticamente la mancanza di restrizioni etiche sul potere dell'accusa è in una decisione della Corte Suprema, *Bordenkircher v. Hayes*³¹, che riguardava la legge sul delinquente abituale. Tale legge varia da giurisdizione a giurisdizione, ma solitamente si prevede una pena obbligatoria per l'imputato se egli è condannato per il crimine che gli viene contestato ed ha precedenti condanne — spesso tre precedenti condanne per delitti.

In *Hayes*, l'imputato era stato accusato di aver contraffatto ed emesso un

30. Cfr. *American Bar Association, Standards of Criminal Justice*, Standard 3-3.9, Discrezionalità nella decisione di procedere che statuisce:

(a) Un *prosecutor* non dovrebbe iniziare un procedimento penale, o fare in modo che sia iniziato, o consentire la pendenza di accuse penali quando egli sa che le accuse non sono supportate da *probable cause*. Un *prosecutor* non dovrebbe iniziare un procedimento penale, o fare in modo che sia iniziato, o consentire la pendenza di accuse penali in assenza di sufficienti ammissibili prove idonee a supportare la condanna.

31. 434 U.S. 357 (1978).

assegno per l'ammontare di \$ 88.30, reato per il quale la pena prevista va dai 2 ai 10 anni di reclusione. Il *prosecutor* propose una pena di cinque anni di reclusione se *Hayes* si fosse dichiarato colpevole per il reato contestato³². Ma il *prosecutor* avvertì *Hayes* che se egli avesse rifiutato l'offerta e « non avesse evitato alla Corte l'inconvenienza e l'ineluttabilità del dibattimento », sarebbe stata elevata a suo carico un'imputazione quale delinquente abituale e, in caso di condanna, gli sarebbe stata inflitta la pena dell'ergastolo³³.

Occorre notare che il *prosecutor* sarebbe stato d'accordo per una pena di cinque anni, da lui ritenuta adeguata in cambio dell'ammissione di colpevolezza, ma egli stesso asseriva la condanna a vita come il rischio da correre per andare a dibattimento. Il che è certamente un prezzo terribile da pagare per esercitare un diritto costituzionale.

Eppure non c'è nessuna regola che impedisca di esigere siffatto prezzo da parte degli imputati per voler essere giudicati in dibattimento. Gli *standards* dell'*American Bar Association* sulla giustizia penale al punto 3-3.9 (b) prevedono che un *prosecutor* « non è tenuto a presentare tutte le accuse che la prova potrebbe supportare [...] [e] può in alcune circostanze e per una giusta causa coerente con l'interesse pubblico rinunciare ad esercitare l'azione penale, nonostante vi sia una prova sufficiente che potrebbe fondare una condanna »³⁴.

Gli accennati *standards* precisano che uno dei fattori impeditivi per un *prosecutor* a intentare una causa sta nella « proporzione tra la pena prevista e la specifica natura del reato o la persona dell'autore »³⁵. Tuttavia, occorre rilevare come questa regola etica non vincola quel *prosecutor* a non elevare l'accusa laddove la pena appaia sproporzionata nel senso sopra indicato.

Hayes, naturalmente, scelse di andare a dibattimento, fu dichiarato colpevole di contraffazione, riconosciuto come delinquente abituale e condannato alla pena dell'ergastolo³⁶. La Corte Suprema confermò quanto accaduto, dichiarando che ciò era semplicemente una manifestazione del sistema del *plea bargaining* negli U.S.A.

6. Conclusioni – È possibile una riforma?

Questo saggio ha mostrato alcune delle ragioni per le quali i controlli tradizionali sulla discrezionalità del *prosecutor* nell'esercizio dell'azione penale sono andati indebolendosi e come, al contempo, le decisioni circa il modo in cui si eleva l'imputazione a carico di un imputato possano spesso produrre

32. Id. at 358.

33. Id. at 358-59.

34. *American Bar Association, Standards of Criminal Justice*, Standard 3-3.9 (b).

35. *American Bar Association, Standards of Criminal Justice*, Standard 3-3.9 (b)(iii).

36. Id. at 359.

conseguenze dirette in fase di *sentencing*. Il saggio ha anche trattato il modo in cui gli Stati Uniti sono stati attratti da una forma di *deterrence* che minaccia pene molto severe riguardo ad imputati condannati per taluni delitti.

La questione sul modo migliore per riformare il sistema è complessa. Ci si può rammaricare che non siano state intraprese strade che pure erano possibili. Il Canada, per esempio, ha manifestato in modo fermo la sua ostilità verso pene che integrino trattamenti disumani e degradanti nella *Canadian Charter of Rights and Freedoms*³⁷ per impedire che pene troppo rigorose possano trovare collocazione nel sistema. Così, in *R. v. Smith*³⁸, la Suprema Corte canadese ha censurato una norma che imponeva un minimo edittale obbligatorio di pena di 7 anni per chiunque importi droghe in Canada. Nella sua *opinion* in *Smith*, la Corte evidenziò che pene molto alte con funzione di “deterrente” possono dare all’accusa un ingiusto vantaggio nel *plea bargaining* posto che costituiscono un mezzo di “pressione” sugli imputati affinché si dichiarino colpevoli per reati meno gravi così evitando la temuta sanzione deterrente³⁹.

Gli Stati Uniti non hanno percorso la medesima strada nell’interpretare la nostra e spietata clausola. In *Harmelin v. Michigan*⁴⁰, la Corte non ha rilevato alcuna mancanza di proporzionalità a fronte di una sentenza di condanna all’ergastolo senza possibilità di rilascio anticipato imposta nei riguardi di un criminale non recidivo per il possesso di 672 grammi di cocaina.

Un’altra alternativa potrebbe essere rappresentata dal tentare di diminuire il ricorso al *plea bargaining*, magari limitando lo “sconto” che può essere offerto in esso ad un terzo della pena rispetto a quella prevista se l’imputato fosse condannato all’esito del dibattimento. L’Inghilterra ha tradizionalmente offerto agli imputati una riduzione di circa il 30% della pena che l’imputato potrebbe subire dopo il dibattimento qualora egli ammetta la propria colpevolezza in un momento immediatamente successivo a quello in cui è stato posto sotto accusa⁴¹. Questo sistema di riduzioni è stato ora formalizzato in un insieme di *guidelines* che prevedono una gamma di riduzioni che va da un massimo di un terzo per gli imputati che si sono dichiarati colpevoli alla prima opportunità loro offerta sino a scendere ad un decimo di riduzione della pena per quegli imputati che hanno ammesso la loro colpevolezza soltanto all’avvio del dibattimento⁴². Tuttavia se ciò è

37. Sezione 12 della *Canadian Charter of Rights and Freedoms* ove si prevede che “Ciascuno ha il diritto a non essere sottoposto a pene che integrino trattamenti disumani e degradanti ».

38. [1987] S.C.R. 1045

39. *R. v. Smith*, [1987] 1 S.C.R. 1045 at 73.

40. 501 U.S. 957 (1991).

41. Cfr., in generale, HERBERT KRITZER, *Courts, Justice and Politics in England*, in *Courts law & Politics in Comparative Perspective*, 81, III (Herbert Jacob et al. editors 1996).

42. Cfr. *Guidelines of the Sentencing Guidelines Council*, § 4.1, p. 431 in *Appendix K, First Supplement to Archbold 2006*. Tali *guidelines* furono emanate in seguito all’autorizzazione legislativa di cui al § 144,

piuttosto semplice da realizzare in un singolo sistema nazionale, potrebbe non essere altrettanto agevole da fare in un sistema federale quale quello statunitense. Inoltre, i precedenti tentativi di limitare il *plea bargaining* sono risultati inutili poiché è il sistema a volerne fortemente la pratica⁴³.

Forse il più promettente “primo passo” verso la riforma circa la discrezionalità dell’accusa negli Stati Uniti potrebbe attuarsi con la restrizione dei limiti etici del potere dei *prosecutors* negli *Standards of Criminal Justice* che sono proposti dall’*American Bar Association*. Questi *standards* sono spesso adottati dalle Corti supreme statali e resi applicabili in quegli Stati ai *prosecutors* ed agli avvocati della difesa.

Come accennato sopra, gli attuali *standards* sono piuttosto deboli per quanto riguarda l’esercizio discrezionale dell’azione penale da parte del *prosecutor*. Ma potrebbero essere rafforzati. Come modello per una riforma, si consideri la *Rule 6.3* del *Code for Crown Prosecutors* in Inghilterra:

« 6.3. I *Crown Prosecutors* non dovrebbero mai procedere con più accuse di quante siano necessarie nei riguardi di un imputato, mosse al fine di spingerlo ad ammettere la responsabilità relativamente ad alcune di quelle imputazioni. Allo stesso modo, essi non dovrebbero mai procedere con imputazioni più gravi, finalizzate a forzare l’imputato ad ammettere la colpevolezza per le imputazioni meno gravi »⁴⁴.

Questo sarebbe un modo appropriato per avviare una riforma negli Stati Uniti, poiché vi è bisogno di porre alcuni limiti al potere dei *prosecutors*, impedendogli di usare le severe pene previste dal legislatore e vincolanti l’autorità giurisdizionale come armi per costringere l’imputato ad accettare il *plea bargaining*.

Un sistema analogo alla *Rule 6.3* adottato come parte degli *standards* dell’*American Bar Association* per i *prosecutors* renderebbe non etico fare ciò che il *prosecutor* ha fatto in *Bordenkircher v. Hayes*⁴⁵, vale a dire, minacciare di elevare un’accusa contro un imputato per la esplicita e dichiarata ragione di creare pressioni nei suoi riguardi affinché si dichiarasse colpevole.

Questo sarebbe un inizio alquanto timido per una riforma e certamente non risolverebbe tutti i nostri problemi attuali. Tale strumento, infatti, impedirebbe ai *prosecutors* di ammettere in modo esplicito che essi aggiungono accuse esclusivamente per scopi afferenti al *plea bargaining*, ma i *prosecutors* potrebbero facilmente evitare tali problemi con l’essere meno franchi circa le ragioni per le quali elevano le accuse o con il dichiarare che l’imputato “merita veramente” pene severe.

Per quanto mite possa essere la riforma, non c’è, comunque, al momen-

to alcuna pressione affinché si intervenga sulla discrezionalità dell'organo rappresentante l'accusa. Il problema è che l'attuale impostazione funziona bene per i soggetti istituzionali che fanno parte del sistema. Oggi, i *prosecutors* vincono sempre o, forse, è meglio dire non perdono mai. I giudici sono spesso contenti di cedere ai *prosecutors* il controllo sulla fase di *sentencing*, poiché il *plea bargaining* risolve i problemi di sovraccarico dei ruoli d'udienza. Ed anche gli avvocati della difesa beneficiano dell'attuale sistema poiché possono di solito mostrare al loro assistito il "grande accordo" che hanno concluso con l'accusa e che consente all'imputato di risparmiare anni, a volte molti anni, di prigione.

Tuttavia, per essere chiari: il vero soggetto perdente in questo sistema è l'imputato che viene messo sotto enorme pressione al fine di rinunciare ai suoi diritti anche nel caso in cui ha una forte difesa. In altre parole, gli imputati nella realtà non riescono ad esercitare quell'elaborato apparato di diritti che in teoria posseggono.