

Vittorio Fanchiotti

La giustizia penale statunitense

Procedure v. Antiprocedure



Giappichelli

INTRODUZIONE

AMERIQUE. [...] L'exalter quand même, surtout quand on n'y a pas été.

L'indicazione di Gustave Flaubert, tratta dal *Dictionnaire des idées reçues*, sembra aver guidato in tante occasioni lo studio del processo penale statunitense che, troppo spesso, è stato affrontato unicamente *on the books*.

Il diritto comparato è, invece, una materia che va studiata frequentando non solo biblioteche e banche-dati ma soprattutto affrontata *in action*, recandosi *in situ* ad assistere a processi, parlando a lungo con giudici, *prosecutors*, avvocati, *cops*, vittime e, possibilmente, imputati e detenuti

Solo così, per esempio, si apprenderà che il mito tutto italiano (fortunatamente da alcuni non condiviso) del c.d. "B.A.R.D." (*beyond any reasonable doubt*) non esiste nella realtà dell'amministrazione quotidiana della giustizia *made in U.S.A.*

In "America" quasi nessun giurista, – salvo pochi colleghi che hanno dedicato al tema una monografia storica o redatto *hornbooks* per *undergraduate students* – conosce il significato dell'acronimo relativo allo standard probatorio da utilizzare per giungere al verdetto. Semplicemente, come viene spiegato ai giurati al termine del *trial*, deliberare *beyond any reasonable doubt* altro non significa che decidere con la stessa serietà con cui si dovrebbero affrontare le scelte più importanti della vita, come sposarsi, cambiare lavoro, emigrare ...

La giustizia penale statunitense, per il suo peculiare carattere multiforme, si rivela nella sua interezza solo esaminando le varie articolazioni e modalità in cui il sistema si configura sia nel suo profilo "formale-dogmatico" sia nel suo concreto funzionamento.

Si tratta di un'operazione di *ostrane(n)nie*, termine coniato da Viktor Sklovskij nel 1916 per definire il compito dello scrittore di accompagnare il lettore fuori dall'"automatismo della percezione", rendendone l'oggetto, appunto, "strano". Nelle pagine che seguiranno l'*ostrane(n)nie* non sarà unicamente un confronto con un oggetto estraneo quale necessariamente è un diverso ordinamento normativo, ma consisterà in un'operazione più complessa, in cui il lettore avrà a che fare contemporaneamente, oltre che con l'ordinamento italiano, con

altri due ordinamenti complementari, contrapposti ma “conviventi”. Una comparazione che, se si vuole ricorrere a questa terminologia, risulta “sincronica al quadrato” o, *si licet*, paragonabile ad un sistema di matriske.

Se da un lato, sotto il profilo del(la) *law on the books* davanti al lettore scorreranno più di cinquanta ordinamenti dall’altro lato, lo studio della materia, a livello istituzionale, sarà reso possibile dal fondamento del “cemento costituzionale”, rappresentato dall’amalgamarsi del *Bill of Rights* con la giurisprudenza della Corte suprema degli Stati Uniti, la quale peraltro molto spesso declina l’invito a pronunciarsi, moltiplicando le decisioni delle tredici Corti d’appello federali e rendendole *final*. Si ingigantisce così il profluvio dei *precedents*, arginato, ma solo in parte, dal loro valore relativamente vincolante, anche grazie alla facile duttilità e manipolabilità che li caratterizza a livello interpretativo, giocando spesso anche sull’ambiguità tra *question of law* e *of fact*.

Restano molte le varianti al modello “costituzionalizzato”, delle quali si è ritenuto opportuno dare conto, entro certi limiti, soprattutto per non ingenerare l’equivoco di credere di trovarsi davanti ad un’entità monolitica, come potrebbe essere quella rappresentata da uno stato nazionale anziché da una confederazione di stati e di comunità caratterizzati da culture e tradizioni sotto molti profili diverse, pur se (quasi) tutte riconducibili alla matrice di *common law*. Si pensi, anche solo per il profilo lessicale, all’influsso francese dall’Illinois alla Louisiana, peraltro ormai avvertibile quasi unicamente nel *civil law*.

Emblematico, a tale proposito, è il termine *sheriff*, organo che trae origine non dallo *Sheriff* inglese né dal *De Sheriff*, legato al precedente dominio olandese sull’isola di Manhattan ma dall’istituto dello *Chérif*, risalente alla originaria colonizzazione francese, seguita alla “scoperta” di Giovanni da Verrazano nel 1527 per conto del Re di Francia.

Il sistema *adversary* statunitense offre spesso una vasta gamma di alternative tutt’altro che insignificanti nel dipanarsi dell’*iter* processuale, anzi dotate del potere di incidere profondamente sull’ulteriore corso del singolo caso. Si consideri, per restare nella fase del *pretrial*, all’esistenza di rimedi attinenti alla decisione adottata al termine del *preliminary hearing* circa il rinvio a giudizio, alla presenza o meno del *grand jury*, all’ampiezza della *discovery* ...

Dall’altro lato la giustizia statunitense sotto il profilo del(la) *law in action* si presenta come un’*antiprocedure*: una “cassetta degli attrezzi” dove il *prosecutor* trova una gamma ricchissima di arnesi che, grazie alla discrezionalità pressoché assoluta di cui gode, gli consentono di distorcere, forzare o tagliare snodi e giunture delle procedure per “convincere” l’imputato a dichiararsi colpevole anziché affrontare il *jury trial*, in cambio di sconti di pena quasi illimitati o altri benefici della più svariata natura (che addirittura possono portare a “archiviare” procedimenti diversi pendenti anche a carico di terzi, per esem-

pio, una “beloved one person” dell’imputato che si “arrenda” al *prosecutor*).

Dotato di tali strumenti e comunque sempre fornito del potere discrezionale di *vitae ac necis* sul procedimento, che praticamente funziona come una colla in grado di bloccare definitivamente ogni soluzione negoziata con l’imputato che non gli aggradi, il *prosecutor* è il *dominus* dell’intera scena processuale.

Un’ultima considerazione infine sulla scelta delle immagini di Giotto per la copertina. Per il giurista italiano il “caso” della giustizia penale statunitense, dove si fronteggiano *procedure v. antiprocedure* non può non richiamare le personificazioni della Giustizia e dell’Ingiustizia che, analogamente, si fronteggiano sulle pareti della Cappella degli Scrovegni.

In particolare se le due figure sembrano celebrate con la stessa solennità, solo la visione ravvicinata degli effetti rappresentati ai piedi dell’Ingiustizia permette di smascherarne l’autentica natura, così come solo l’analisi *in situ* dell’*antiprocedure* ne evidenzia difetti e distorsioni nel corretto funzionamento della giustizia.

PARTE I
PROCEDURE

CAPITOLO I

COSTITUZIONE FEDERALE E PROCESSO PENALE

SOMMARIO: 1. Le garanzie processuali del *Bill of Rights*. – 2. Le resistenze all'applicazione delle garanzie nei procedimenti statali. – 3. Dalla *selective incorporation* al *new federalism*.

1. *Le garanzie processuali del Bill of Rights.*

La struttura istituzionale degli Stati Uniti si articola in una pluralità di ordinamenti, ognuno dotato di una propria normativa penale, sostanziale e processuale, nonché di un'autonoma organizzazione giudiziaria: federale e dei singoli Stati¹.

In questo contesto i rapporti tra gli Stati membri si configurano in maniera simile a quelli intercorrenti tra nazioni sovrane, anche se la comune appartenenza alla confederazione facilita l'esistenza di specifici ed uniformi vincoli di mutua cooperazione e assistenza giudiziaria.

I rapporti tra gli Stati e l'Unione sono disciplinati nella Costituzione degli Stati Uniti, varata nel 1787, che sancisce, in proposito, due principi. Il primo, nell'art. VI, riguarda la gerarchia delle fonti: “La presente Costituzione e le leggi degli Stati Uniti che verranno emanate in conseguenza di essa [...] costituiranno la legge suprema del Paese; ed i giudici di ogni Stato saranno tenuti a conformarsi ad esse, quali che possano essere le disposizioni in contrario nella Costituzione o nella legislazione di qualsiasi singolo Stato” (c.d. *supremacy clause*).

Il secondo principio, enunciato nel X Emendamento della Costituzione, datato 1791, che delinea la ripartizione dei poteri tra i vari ordinamenti così reci-

¹ Ad essi vanno aggiunti il *District of Columbia* (sede della capitale federale, Washington), dotato di una propria organizzazione giudiziaria e di una propria legislazione penale sostanziale e processuale, emanata dal Congresso federale e le *Indian Reservations*, dotate di propri tribunali, le *tribal courts* competenti a conoscere solo reati minori.

ta: “I poteri non delegati dalla Costituzione agli Stati Uniti, o da essa non vietati agli Stati, sono riservati ai singoli Stati o al popolo”.

Circa l'applicazione dell'art. VI, la Corte suprema federale, in forza dell'art. III, sez. 2, della Costituzione², secondo il quale “il potere giudiziario si estenderà a tutti i casi di diritto e di equità nascenti dalla Costituzione”, rivendica a sé la competenza a dichiarare illegittime le norme confliggenti con la Costituzione stessa (c.d. *judicial review*). Inizialmente (1803) ciò avveniva con riferimento solo alle norme federali³ ma nel 1816 il controllo di costituzionalità si estese anche a quelle statali⁴.

Nell'ambito del processo penale statale il controllo in questione avrebbe potuto trovare un terreno assai fertile di intervento, poiché dei ventitré diritti sanciti nei primi dieci Emendamenti alla Costituzione, tutti ratificati nel 1791 con un unico documento, noto come *Bill of Rights*, ben quindici prevedono specifiche garanzie a tutela dell'imputato, segno del carattere “minimo” dello Stato, in cui il processo penale è uno dei pochi luoghi di *encounter* tra cittadino e autorità pubblica.

Le singole garanzie in questione sono le seguenti:

IV Emendamento: divieto di perquisizioni, sequestri e arresti non ragionevoli (*unreasonable search and seizure clause*);

V Emendamento:

- diritto al rinvio a giudizio ad opera del *grand jury* (*grand jury clause*);
- divieto di un secondo processo per lo stesso reato (*double jeopardy clause*);
- privilegio contro l'autoincriminazione (*privilege against self-incrimination*);
- divieto di condannare senza un previo *due process of law*;

VI Emendamento:

- diritto ad un processo rapido (*right to a speedy trial*);
- diritto ad un dibattimento pubblico (*right to a public trial clause*);
- diritto ad essere giudicati da una giuria imparziale nello Stato e nel di-

² Nel presente lavoro i termini “Costituzione” e “Corte suprema” saranno utilizzati in riferimento alla Costituzione e alla Corte suprema degli Stati Uniti.

³ *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803). Un chiarimento sulle citazioni giurisprudenziali: i due nomi, separati da “v.” (*versus*, “contro”), indicano le parti. La sigla “U.S.” fa riferimento alla raccolta ufficiale nella quale la decisione può essere reperita, l'*U.S. Report*, contenente tutte le sentenze della Corte suprema. Il numero che precede la sigla indica il volume della raccolta, quello che la segue la pagina, il numero tra parentesi l'anno. Le altre raccolte – peraltro non complete e non ufficiali – della giurisprudenza della Corte sono il *Supreme Court Reporter*, la cui sigla è *S.Ct.* e la *Lawyer's Edition of the Supreme Court Reports*, la cui sigla è *L.Ed.* (ed *L.Ed 2d* per la sua seconda serie, relativa alle decisioni più recenti).

⁴ *Martin v. Hunter's Lessee*, 14 U.S. 304 (1816).

stretto, individuato previamente, in cui il reato è stato commesso (*right to an impartial jury trial*);

– diritto a conoscere la natura e la causa dell'imputazione (*right to notice*);

– diritto a confrontarsi con i testimoni dell'accusa (*right to confrontation*);

– diritto ad ottenere coattivamente la presentazione dei testimoni a discarico (*right to compulsory process*);

– diritto all'assistenza difensiva (*right to counsel*);

VIII Emendamento:

– divieto di imporre sanzioni pecuniarie e cauzioni eccessive (*excessive fines and bails clause*);

– divieto d'imporre pene crudeli e inusitate (*cruel and unusual punishment clause*).

2. Le resistenze all'applicazione delle garanzie nei procedimenti statali.

A fronte di così ampie prospettive d'intervento, la Corte suprema nel 1833 sancì che il *Bill of Rights* costituiva solo una limitazione dei poteri federali, non estendibile agli ordinamenti statali⁵.

La rinuncia della Corte ad intervenire nei procedimenti statali era dovuta in gran parte ad una concezione rigida del federalismo, animata dalla preoccupazione di non intromettersi, se non in misura minima, nella gestione dei poteri dei singoli Stati, i quali, dal canto loro, si mostravano molto insofferenti alla *judicial review* federale.

Di conseguenza, ogni Stato restò “sovrano” nel campo della giustizia penale: le norme processuali, inattuabili dal *Bill of Rights*, dovevano conformarsi solo alle singole Costituzioni statali.

Nel 1868, al termine della guerra civile, il varo del XIV Emendamento, il quale, tra l'altro, stabiliva che “nessuno Stato priverà alcuna persona della vita, della libertà o della proprietà senza un *due process of law*” cioè “senza un regolare processo secondo il diritto”, ripropose il problema dell'applicabilità del *Bill of Rights* a livello statale.

Il principio del *due process* (già previsto nel V Emendamento e presente anche nelle costituzioni statali) si prestava, infatti, ad una duplice lettura: accanto a quella tradizionale che lo configurava come mero diritto ad un processo celebrato nel rispetto delle norme vigenti, stava avanzando, sia pur molto lentamente, la tesi che fosse comprensivo di “determinati principi immutabili di giustizia, inerenti all'essenza di ogni Stato libero che gli Stati membri del-

⁵ *Barron v. the Mayor & City Council of Baltimore*, 32 U.S. 243 (1833).

l'Unione non possono trascurare". La tesi, c.d. *fundamental rights interpretation*, propugnava l'estensione dei "diritti fondamentali" federali ai processi statali. Ne derivava che le garanzie del *Bill of Rights*, se ed in quanto espressione di "fundamental rights", avrebbero dovuto applicarsi, ex XIV Emendamento, anche in sede statale.

La Corte suprema, pur accettando astrattamente la tesi, non ne dedusse però l'applicazione in questione, sostenendo che le regole del *Bill of Rights* dovevano essere considerate solo esemplificazioni del *due process of law*: il loro mancato rispetto non implicava di per sé la violazione di un diritto fondamentale. Inoltre non tutti i diritti fondamentali erano contenuti nel *Bill of Rights* e l'appartenenza di un determinato diritto alla sfera del *due process* andava valutata caso per caso.

In pratica nei rari interventi relativi al settore statale (il primo è del 1884⁶), la Corte osservò che, nei casi specifici portati alla sua attenzione, la mancata applicazione di una clausola del *Bill of Rights* non integrava la violazione di un *fundamental right*. Solo nel 1932 si ebbe la prima decisione che sancì l'ingresso di una garanzia costituzionale federale nell'ambito statale⁷. Si trattava di un caso di mancata assegnazione di un difensore d'ufficio ad un gruppo di coimputati in un processo conclusosi con la loro condanna alla pena capitale. La Corte chiarì che la violazione di un *fundamental right* e, quindi, del *due process*, era dovuta non solo alla pura e semplice mancata nomina del difensore, ma anche e soprattutto all'insieme delle circostanze presenti nel caso specifico. In particolare risultò che gli imputati, tutti giovani afroamericani, "ignorant and illiterate", accusati in uno Stato del Sud di violenza ai danni di due donne *caucasian* (bianche) vennero sottoposti ad un processo sbrigativo in un ambiente così ostile che la loro "custodia" fu affidata all'esercito. In altre parole, la Corte non intese inserire nella *due process clause* del XIV Emendamento l'intero diritto di difesa, ma solo un determinato aspetto di esso, quello specificamente proposto dal caso esaminato: in tutti gli altri il diritto restava estraneo alla disciplina costituzionale federale. L'orientamento fu ribadito dieci anni dopo, quando la Corte ritenne non "fondamentale" il diritto alla nomina del difensore in un procedimento statale per rapina⁸.

⁶ *Hurtado v. California*, 110 U.S. 516 (1884).

⁷ *Powell v. Alabama*, 287 U.S. 45 (1932).

⁸ *Betts v. Brady*, 316 U.S. 455 (1942).

3. Dalla selective incorporation al new federalism.

Alcuni anni dopo, anche in seguito ad un atteggiamento di “interventismo” federale sempre più generalizzato in campi precedentemente riservati all’esclusivo controllo statale, si sviluppano nuove teorie sui rapporti tra *Bill of Rights* e XIV Emendamento.

La prima, *total incorporation interpretation*, sostiene che il XIV Emendamento postuli l’estensione a livello statale di tutte le garanzie del *Bill of Rights*: la tesi, “adottata” anche da due giudici della stessa Corte⁹, non ha fortuna. La seconda, *selective incorporation interpretation*, non propugna l’*incorporation* globale del *Bill of Rights* (dove la qualificazione come *selective*), ma solo delle clausole costituenti espressione di *fundamental rights*, sostenendo però che un determinato diritto, se riconosciuto fondamentale, debba essere incorporato nel XIV Emendamento *whole and intact* (completo e intatto), assumendo in campo statale la stessa ampiezza dispiegata in quello federale, differenziandosi dalla *fundamental rights interpretation*, che limita l’*incorporation* ad un solo aspetto specifico di un determinato diritto.

La *selective incorporation interpretation* viene adottata, sia pur implicitamente, dalla Corte suprema negli anni Sessanta, quando, sotto la guida di E. Warren, quasi tutti i diritti del *Bill of Rights* vengono considerati “fondamentali” e resi finalmente operanti a livello statale¹⁰. Restano tuttora esclusi il diritto al *grand jury* e quello ad una cauzione non eccessiva: il primo perché non previsto in tutti gli Stati all’epoca del *Bill of Rights*, il secondo perché già previsto in tutte le Costituzioni.

La *due process revolution*, com’è chiamato l’operato della *Warren Court*, ha costituito una tappa fondamentale nella storia del processo penale statuni-

⁹ Cfr., per es., *Poe v. Ullmann*, 367 U.S. 467 (1961) (Douglas J., *diss.*). L’ultima parentesi indica che la citazione si riferisce alla *dissenting opinion* – a proposito della quale cfr. *infra*, cap. IV § 1 – del giudice (“J.” sta per *Justice*: la denominazione completa è *Associated Justice*, abbreviabile in *Assoc. J.*) Douglas.

¹⁰ L’*incorporation* ha inizio nel 1961 con la decisione *Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643 (1961), relativa al IV Emendamento, cui fa seguito nel 1962 *Robinson v. California*, 370 U.S. 660 (1962), relativa alla *cruel and unusual punishment clause*, nel 1963 *Gideon v. Mainright*, 372 U.S. 335 (1963), relativa al *right to counsel*, nel 1964 *Malloy v. Hogan*, 378 U.S. 1 (1964), relativa al *privilege against self-incrimination* nel 1965 *Pointer v. Texas*, 380 U.S. 400 (1965), relativa alla *confrontation clause*, e *Griffin v. California*, 380 U.S. 605 (1965), relativa al *right to counsel* in grado d’appello, nel 1967 *Klopfer v. North Carolina*, 386 U.S. 213 (1967), relativa al *right to a speedy trial*, *Washington v. Texas*, 388 U.S. 14 (1967), relativa alla *compulsory process clause*, nel 1968 *Duncan v. Louisiana*, 391 U.S. 145 (1968), relativa al *right to a jury trial* e nel 1969 *Benton v. Maryland*, 395 U.S. 784 (1969) relativa alla *double jeopardy clause*.

tense, creando una sorta di “diritto processuale costituzionale” uniforme per tutta la nazione¹¹, di ispirazione marcatamente “liberal”.

Nel 1969 il *turnover* dei giudici della Corte e in particolare la nomina di W. Burger a *Chief Justice* al posto di Warren, determinerà la fine della *due process revolution* e l’inizio di una significativa inversione di rotta. La teoria della *selective incorporation*, pur non ripudiata espressamente, viene, in pratica, notevolmente ridimensionata da una serie di interventi che respingono la *whole and intact incorporation* delle singole previsioni del *Bill of Rights*, cioè la loro estensione ai processi statali nella configurazione identica a quella federale, sostenendo che non è da considerarsi “costituzionalizzata” tutta la disciplina di un diritto prevista a livello federale. Al suo interno va distinto il contenuto privo di rilevanza costituzionale non estensibile ai procedimenti statali in quanto espressione di fonti normative “ordinarie” operanti solo nell’ordinamento federale. Appaiono indicative della nuova tendenza due decisioni del 1970 e del 1972 ove, pur ribadendosi l’afferenza alla *due process clause* del *right to jury trial*, del VI Emendamento, si afferma che le regole federali, per cui la giuria dev’essere composta da dodici membri¹² e può addivenire ad un verdetto di colpevolezza solo all’unanimità¹³, esulano nel nucleo “costituzionalizzato” del diritto al *jury trial*, ma sono *accidental features*, elementi accidentali di esso. I singoli Stati sono quindi liberi, in base alla Costituzione degli Stati Uniti, di derogare a tali regole, come è libero di conservarle immutate o di modificarle il legislatore federale.

Le decisioni citate sono discutibili in quanto le regole in questione, vigenti al momento del varo del *Bill of Rights*, hanno radici tanto profonde nella *common law* da poter essere considerate aspetti “fondamentali” del diritto al *jury trial*. Inoltre le due decisioni allontanano il modello processuale federale da quelli statali, da pochi anni “riunificati” dalla *Warren Court*, e indeboliscono la posizione dell’imputato rendendone più facile l’accertamento della colpevolezza con giudizi davanti a giurie con meno di dodici membri e che decidono a maggioranza ove è più facile raggiungere lo *standard* di convincimento “al di là di ogni ragionevole dubbio” richiesto per condannare l’imputato, incidendo, così, sulla stessa presunzione d’innocenza.

La tendenza, c.d. *selective disincorporation*, si muove anche verso un’altra linea che, introducendo nuove eccezioni a specifiche garanzie, operanti anche in campo federale, ne limita l’ambito complessivo, specie in tema di inutiliz-

¹¹ Ciò si riflette nella didattica in materia i cui manuali si dividono in capitoli dedicati ai singoli diritti del *Bill of Rights*.

¹² *Johnson v. Louisiana*, 406 U.S. 356 (1972).

¹³ *Apodaca v. Oregon*, 406 U.S. 404 (1972). Il 20 aprile 2020 in *Ramos v. Louisiana*, 590 U.S. 2020, la Corte ha deciso che il verdetto della giuria deve essere adottato all’unanimità.

zabilità di prove illegittimamente raccolte. Non bisogna però pensare che la tendenza prevalga sempre nella Corte, che non ha mancato, anche in tempi recenti, di mostrarsi attenta a specifici aspetti dei diritti dell'imputato pur se, specialmente dal 1981, è innegabile una sua complessiva inclinazione conservatrice, espressa in una forte simpatia verso esigenze di *law and order*, di efficientismo, di economia processuale a scapito della tutela dell'imputato.

In particolare nel 1986 sarà l'ascesa a Chief Justice di W. Rehnquist, espressione emblematica del conservatorismo, a consolidare tale orientamento.

La tendenza nel "dopo-Warren" a limitare l'intervento nella giustizia statale – conseguente alla *disincorporation*, parte di una generale inversione di rotta rispetto al "centralismo" e all'"interventismo" degli anni Sessanta –, genera il *new federalism*, consistente nel limitare il controllo federale sui poteri statali – cui fa riscontro un mutamento nel ruolo di molte Corti supreme statali che, messe in secondo piano dall'attivismo della *Warren Court*, diventano protagoniste nella tutela delle garanzie dell'imputato, assolvendo a quella funzione cui la Corte suprema federale ha in buona parte abdicato. Si moltiplicano così decisioni di Corti statali che interpretano le garanzie delle rispettive Costituzioni in modo diverso e più ampio di quello dato dalla Corte federale alle analoghe garanzie del *Bill of Rights*: gli Stati, tenuti al rispetto dei principi della Costituzione federale, secondo l'interpretazione dei giudici federali, sono liberi, nell'ambito dei propri ordinamenti, di far derivare dalla propria Costituzione statale – di cui sono interpreti esclusivi – garanzie più ampie di quelle federali.