

Il pubblico ministero negli Stati Uniti. Una figura ancora in cerca di identità

di Silvio Roberto Vinceti

Abstract: *The Prosecutor in the United States. A Figure Still in Search of an Identity* – With its almost unfettered discretion and different legal regimes between state and federal levels, the American prosecutor strikes as a peculiar institution in the realm of comparative public law. While discretion in charging is regarded as the main source for the prosecutor’s enormous power, other legal dimensions, such as the disciplinary regime, play a significant role: comparative inquiries should thus acknowledge the broader legal framework when contrasting foreign prosecutors with American ones. Moreover, the uncertainty as to the constitutional identity of the American prosecutor and the role it is supposed to fulfill points to a question of great comparative interest: the nature of the prosecutorial function and its place in the separation of powers.

Keywords: American prosecutor; prosecution function; prosecutorial discretion; prosecutorial misconduct; separation of powers.

523

1. Introduzione

In un celebre discorso ai responsabili degli uffici distrettuali l’allora vertice della prosecuzione penale federale Robert H. Jackson ebbe icasticamente a dire che il pubblico ministero «has more control over life, liberty, and reputation than any other person in America»¹. Benché già da tempo conscia dell’esuberante potere degli organi della repressione penale² la dottrina statunitense ha dato ulteriori ragioni, nelle decadi a venire, per confermare

¹ R.H. Jackson, *The Federal Prosecutor*, in 31 *J. Crim. L. & Criminology* 3, 3 (1940), su cui v. G. Di Federico, *Il pubblico ministero. Indipendenza, responsabilità, carriera «separata»*, in *L’indice penale*, 2, 1995, 426-427. Per l’inquadramento del sistema costituzionale statunitense si rimanda alle trattazioni generali di G. D’Ignazio (cur.), *Il sistema costituzionale degli Stati Uniti d’America*, Milano-Padova, 2020; C. Bassu, F. Clementi, M. Betzu, G. Coinu, *Diritto costituzionale degli Stati Uniti d’America. Una introduzione*, Torino, 2022; L. Stroppiana, *Stati Uniti*, Bologna, 2021; N. Dorsen, M. Rosenfeld, A. Sajo, S. Baer, S. Mancini, *Comparative Constitutionalism. Cases and Materials*, St. Paul, 2022. Sul sistema giudiziario si v. in particolare L. Mayers, *The American Legal System. The Administration of Justice in the United States by Judicial, Administrative, Military, and Arbitral Tribunals*, New York-Evanston-London, 1964, trad.it. *L’ordinamento processuale negli Stati Uniti d’America*, Milano, 1967.

² V. *ex plurimis* J.P. Bishop, *Commentaries on the Law of Criminal Procedure. Or, Pleading, Evidence, and Practice in Criminal Cases*, vol. I, Boston, 1866, 15 («This officer has great power in his hands»).

le preoccupazioni del futuro giudice della Corte Suprema, nonché *chief prosecutor* per gli Stati Uniti a Norimberga³. Così il lettore straniero è avvertito di pubblici ministeri che ometterebbero di rivelare prove a discarico dell'imputato⁴ — una vera e propria «epidemia», secondo un giudice federale⁵ — ricuserebbero i giurati in base al colore della pelle⁶ e anteporrebbero al dovere di giustizia⁷ la massimizzazione delle condanne e della loro severità per questioni di carriera⁸: il tutto con l'ulteriore aggravante di una impunità *de facto* della *prosecutorial misconduct* a causa di un apparato disciplinare sintomaticamente definito una «paper tiger»⁹. Per queste e altre ragioni un crescente numero di autori considera il pubblico ministero statunitense la chiave di volta di quel patologico processo di «mass

³ Sulla rilevanza dell'esperienza per la sua *jurisprudence* al ritorno nel ruolo v. J.D. Hockett, *Justice Robert H. Jackson, the Supreme Court, and the Nuremberg Trial*, in 1990 *Sup. Ct. Rev.* 257, 286-298 (1990).

⁴ C.d. «Brady violations» dalla celebre sentenza *Brady v. Maryland*, 373 U.S. 83, 87 (1963), in cui la Corte Suprema affermò che «the suppression by the prosecution of evidence favorable to an accused upon request violates due process where the evidence is material either to guilt or to punishment, irrespective of the good faith or bad faith of the prosecution». La dottrina maggioritaria traccia un bilancio negativo sull'effettività della pronuncia: v. B.L. Gershman, *Litigating Brady v. Maryland. Games Prosecutors Play*, in 57 *Case W. Res. L. Rev.* 531, 531 (2006) («prosecutors over the years have not accorded *Brady* the respect it deserves. Prosecutors have violated its principles so often that it stands more as a landmark to prosecutorial indifference and abuse than a hallmark of justice. Moreover, as interpreted by the judiciary, *Brady* actually invites prosecutors to bend, if not break, the rules, and many prosecutors have become adept at *Brady* gamesmanship to avoid compliances»). Nella letteratura italiana v. W.T. Pizzi, *Il dovere del pubblico ministero di comunicare alla difesa la prova a discarico nel processo penale americano*, in A. Gaito (cur.), *Accusa penale e ruolo del pubblico ministero. Atti del Convegno, Perugia 20-21 aprile 1990*, Napoli, 1991, 275 ss.

⁵ «There is an epidemic of *Brady* violations abroad in the land» (*United States v. Olsen*, 737 F.3d 625, 626 (9th Cir. 2013) (Kozinski, J., dissenting from denial of rehearing en banc)). Cfr. A. Kozinski, *Criminal Law 2.0 Preface*, in 44 *Geo. L.J. Ann. Rev. Crim. Proc.* iii, xl (2015).

⁶ Nonostante il *decisum* di *Batson v. Kentucky*, 476 U.S. 79, 86 (1986) («The Equal Protection Clause guarantees the defendant that the State will not exclude members of his race from the jury venire on account of race») il fenomeno persiste: cfr. J. Revesz, *Ideological Imbalance and the Peremptory Challenge Comment*, in 125 *Yale L.J.* 2535, 2535 (2016) («although the Supreme Court sought in *Batson v. Kentucky* to limit the problems of peremptory challenges by constraining parties' ability to strike jurors because of their race, *Batson's* rule is decried as "almost surely a failure" and an "enforcement nightmare"»).

⁷ «The primary duty of the prosecutor is to seek justice within the bounds of the law, not merely to convict» (*ABA Criminal Justice Standards for the Prosecution Function*, Standard 3-1.2(b)).

⁸ Cfr. D.A. Sklansky, *The Problems With Prosecutors*, in 1 *Ann. Rev. Criminology* 451, 453 (2018) («The career considerations have traditionally been thought to push prosecutors to more punitive behavior»). V. *amplius infra* § 2.2.2.

⁹ R.A. Rosen, *Disciplinary Sanctions against Prosecutors for Brady Violations. A Paper Tiger*, in 65 *N.C. L. Rev.* 693, 693 (1987).

incarceration»¹⁰ che giustificherebbe la descrizione degli Stati Uniti nei termini di un «carceral state»¹¹.

Il critico giudizio della dottrina statunitense sembrerebbe cozzare, all'apparenza, con la viva attenzione riservata al *prosecutor* statunitense nella scienza giuridica italiana¹², che anche di recente ha evocato la figura nel contesto dell'accesa discussione sullo status della magistratura requirente in Italia¹³. Dopo tutto, qualcuno potrebbe domandare, perché richiamare nel discorso giuspubblicistico italiano un'istituzione che, oltre ad appartenere ad altra famiglia della tradizione giuridica occidentale, è pure oggetto di un'aspra critica scientifica *in patria sua*? Certo, il fatto che il modello processualpenalistico statunitense sia stato considerato la quintessenza del sistema accusatorio può in parte spiegare la persistente considerazione per uno dei suoi protagonisti, così come non può escludersi l'influsso del formante, per così dire, "cinematografico"¹⁴, grazie a cui tutto il mondo ha

¹⁰ Cfr. A.J. Davis, *The Prosecutor's Ethical Duty to End Mass Incarceration*, in 44 *Hofstra L. Rev.* 1063, 1085 (2016) («Prosecutors have played a significant role in creating the crisis of mass incarceration, and they have an ethical duty to do whatever they can to fix it») e soprattutto J. Pfaff, *Locked In. The True Causes of Mass Incarceration—and How to Achieve Real Reform*, New York, 2017, 206 («Prosecutors have been and remain the engines driving mass incarceration. Acting with wide discretion and little oversight, they are largely responsible for the staggering rise in admissions since the early 1990s»). Ma v. *contra* J. Bellin, *Reassessing Prosecutorial Power Through the Lens of Mass Incarceration*, in 116 *Mich. L. Rev.* 835, 837 (2018) («While prosecutors can unilaterally open exits, it takes a village to incarcerate someone; and when it comes to incarceration, the criminal justice village is full of figures with as much or more power than prosecutors»).

¹¹ Cfr. M. Gottschalk, *The Prison and the Gallows. The Politics of Mass Incarceration in America*, Cambridge, 2006, 1.

¹² Cfr. senza pretese di esaustività V. Vigoriti, *Le responsabilità del giudice. Norme, interpretazioni, riforme nell'esperienza italiana e comparativa*, Bologna, 1984, 113 ss.; C. Guarnieri, *Pubblico ministero e sistema politico*, Padova, 1984, 62 ss.; G.M. De Vincenzi, *Procura in diritto comparato*, voce in *Dig. pen.*, 1987, 224-225; L. Marafioti, *Limiti costituzionali all'esercizio «improprio» dell'azione penale negli Stati Uniti d'America. I divieti di selective prosecution e di vindictiveness in charging*, in A. Gaito (cur.), *op. cit.*, 261 ss.; E. Bruti Liberati, *Potere e giustizia*, in E.B. Liberati, A. Ceretti, A. Giasanti (cur.), *Governo dei giudici. La magistratura tra diritto e politica*, Milano, 1996, 215-216; A. Gasparini, *Il prosecutor le scansioni dell'azione penale*, in R. Gambini Musso (cur.), *Il processo penale statunitense. Soggetti ed atti*, Torino, 2009, 39-42; R.A. Ruggiero, *Scelte discrezionali del pubblico ministero e ruolo dei modelli organizzativi nell'azione contro gli enti*, Torino, 2018, 96-102; V. Fanchiotti, *La giustizia penale statunitense. Procedure v. Antiprocedure*, Torino, 2022, 43-55.

¹³ V. di recente G. Di Federico, *L'indipendenza e la responsabilità del pubblico ministero italiano in prospettiva comparata. Proposte di riforma*, in *Diritto di difesa*, 2 maggio 2022, 14-15, 26 nota 43; E. Bruti Liberati, *Giustizia e politica nell'Italia repubblicana. Circoli virtuosi, intersezioni e conflitti*, in Aa.Vv., *Riflessioni sulla giustizia penale. Studi in onore di Domenico Pulitanò*, Torino, 2022, 74; N. Rossi, *Il caso Delmastro e il ruolo del pubblico ministero. Le lezioni "americane" del governo*, in *Quest. giust.*, 25 luglio 2023.

¹⁴ L'allegorica immagine "formante cinematografico" non va, evidentemente, presa alla lettera, l'elemento filmico potendo al massimo costituire uno degli elementi culturali che concorrono alla produzione dei formanti in senso proprio. Sul rapporto tra formante culturale e formante normativo v. L. Pegoraro, *La codificazione dei diritti. Dal formante culturale a quello normativo. Metodologia e linee per una ricerca*, in G. Cimbalo, F. Botti

familiarizzato con gli istituti giuridici processuali statunitensi¹⁵. Ma al netto di queste *spiegazioni* dell'interesse per la figura, quali possono essere oggi le *giustificazioni* per una sua ennesima trattazione nella letteratura italiana?

Le cose, ovviamente, sono più complesse di come appaiono. Da una parte, il reciso giudizio della dottrina locale è un fatto “semanticamente sottodeterminato”, astrattamente indicativo tanto dell'effettivo stato patologico della figura quanto di — meritorie e auspicabili — elevate aspettative della scienza giuridica autoctona, che può legittimamente considerare inaccettabili i problemi di un'istituzione che, ad uno sguardo transnazionale, potrebbe comunque godere di migliore salute rispetto agli omologhi di diritto comparato. In fondo, il giudizio della dottrina su di un'istituzione dice qualcosa e sull'istituzione e sulla dottrina stessa¹⁶. Dall'altra parte, anche qualora effettivamente dimostrativo di una ulteriore «fundamentally broken institution» del diritto costituzionale statunitense¹⁷ è possibile pensare che il giudizio critico non tolga significatività ad una indagine che, più che alla ricerca di avventurosi trapianti giuridici in una prospettiva *de iure condendo*, sia interessata a rimarcare la necessità di ripensamento teorico evidenziata dall'esperienza del *prosecutor* statunitense: è infatti in quest'ottica che la fenomenologia del pubblico ministero statunitense è qui ripercorsa, alla ricostruzione di diritto positivo accompagnandosi alcune osservazioni sulle criticità che la figura appalesa per la teoria costituzionale e, in particolare, la dottrina della separazione dei poteri.

Più che dalla persuasione che lo stato del pubblico ministero statunitense effettivamente impedisca ragionamenti *de lege ferenda*, questo taglio d'indagine discende da due altri ordini di ragioni. Innanzitutto non ripetere quanto con maggiori capacità e competenze altri hanno scritto sulla figura, specie in riferimento al controverso tema della discrezionalità nell'esercizio dell'azione penale e al connesso fenomeno del *plea bargaining*, che da tempo catalizzano l'attenzione della *scientia iuris* italiana, non solo processualpenalistica¹⁸. Al tempo stesso, sostenere la necessità di una

(cur.), *Libertà di coscienza e diversità di appartenenza religiosa nell'est Europa*, Bologna, 2008, 35 ss.

¹⁵ Come del resto ricorda la significativa testimonianza di I.J. Patrone, *Il prosecutor negli Stati Uniti. Un esempio da seguire?*, in *Quest. giust.*, 11 marzo 2021. Sullo «stereotipo del “processo all'americana” nella cultura di massa» e le sue «deformazioni *in bonam* o *in malam partem*» v. E. Amodio, *Il modello accusatorio statunitense e il nuovo processo penale italiano. Miti e realtà della giustizia americana*, in E. Amodio, M.C. Bassiouni (cur.), *Il processo penale negli Stati Uniti d'America*, Milano, 1988, viii-xii.

¹⁶ In un senso analogo v. la considerazione dell'autore di un importante studio comparativo tra la procura statunitense e quella giapponese: «the Japanese procuracy—as mirror—reveals as much about myself as an American as about the subject of this study» (D.T. Johnson, *The Organization of Prosecution and the Possibility of Order*, in *32 Law Soc. Rev.* 247, 300 (1998)).

¹⁷ Come da più parti si sostiene sarebbe oggi la Corte Suprema, nota criticamente, tra gli altri, B. Beaton, *The Ginsburg Court? A Contrarian View*, in *121 Colum. L. Rev.* 589, 598 (2021).

¹⁸ Fatto verosimilmente ascrivibile alla centralità assunta dalla questione dell'obbligatorietà dell'esercizio dell'azione penale in Italia: in questo senso v. J. Mazzuri, *Uno sguardo oltre l'Europa. La discrezionalità nell'esercizio dell'azione penale negli Stati Uniti e la prospettiva del controllo politico sul pubblico ministero. Limiti di un modello e*

riconduzione dell'istituto di diritto positivo ai "principi primi" rappresenta una vera e propria scelta di campo: la convinzione, esplicitata da alcuni autori e condivisa da chi scrive, è che molto di ciò che appare "rotto" o "deviato" negli organi dell'amministrazione della giustizia repressiva — "i problemi dell'oggi" — derivi da più fondamentali incertezze intorno alla strutturazione della funzione di repressione penale — "le ambiguità di ieri" — rispetto cui uno sforzo teorico-dottrinale potrebbe risultare utile anche a chi, poi, voglia incamminarsi sui sentieri della politica costituzionale. E dal momento che una certa «promiscuità» funzionale sembra attanagliare pure la posizione del pubblico ministero italiano¹⁹ — avvinto nella tensione tra il modello processuale del 1989 e l'inalterata cornice costituzionale²⁰ — del rilancio della discussione sulla natura della *prosecution function* dovrebbero sperabilmente beneficiare, se non altro euristicamente, anche il contesto nazionale e comparato.

2. Profili ricostruttivi

2.1 Origine ed evoluzione storica

Nella genealogia delle istituzioni del diritto pubblico statunitense il *prosecutor* statunitense appare una «anomalous figure»²¹. Tre sono i principali modelli che sarebbero potuti allignare nell'immaginario giuridico dei legislatori prerivoluzionari²²: è venuto dapprima in considerazione,

brevissimo spunto di comparazione, in *Quest. giust.*, 2, 2021, 182. Insieme agli altri contributi che si discuteranno nel testo, sulla figura del *prosecutor* statunitense cfr. V. Vigoriti, *Pubblico ministero e discrezionalità dell'azione penale negli Stati Uniti d'America*, in G. Conso (cur.), *Pubblico ministero e accusa penale. Problemi e prospettive di riforma*, Bologna, 1979, 261-168; A. Mura, M. Patrono, *La giustizia penale in Italia. Un processo da sbloccare. La lezione americana*, 2011, 49 ss.; W.T. Pizzi, *Una tempesta perfetta. La discrezionalità del prosecutor negli Stati Uniti d'America*, in *Archivio penale*, 2, 2012, 553 ss.; R.A. Ruggiero, *op. cit.*, 96-102.

¹⁹ «Il codice del 1989, infatti, ha accentuato la natura di parte del pubblico ministero, ma, sul piano ordinamentale, ne ha tenuto ferma la contiguità con la funzione giurisdizionale: stesso reclutamento, stessa carriera e, soprattutto, facile transito dalla funzione requirente a quella giudicante (e viceversa). Una promiscuità che ha creato situazioni di grave attrito fra autorità giudiziaria e classe forense» (R. Orlandi, *Pubblico ministero (ufficio del)*, voce in *Enc. dir.*, Ann. II, 2008, 945-946).

²⁰ «[I]l fallimento sia delle proposte di riforma costituzionale sia delle più circoscritte riflessioni in tema di ordinamento giudiziario ha esasperato le tensioni venutesi a creare tra il nuovo modello processuale, comunque improntato agli schemi in senso lato del processo accusatorio, ed un'organizzazione dell'ordine giudiziario nel suo complesso e del pubblico ministero in particolare ancora profondamente segnata dall'esperienza napoleonica» (F. Ruggieri, *Pubblico ministero (diritto processuale penale)*, voce in *Enc. dir.*, Ann. II, 2008, 1014).

²¹ W.S. Van Alstyne Jr., *The District Attorney. A Historical Puzzle Comment*, in 1952 *Wis. L. Rev.* 125, 138 (1952). Sul tema, nella letteratura italiana, v. C. Guarnieri, *op. cit.*, 70-71; V. Fanchiotti, *Origini e sviluppo della giustizia contrattata*, in *Riv. dir. proc. pen.*, 1984, 77-81.

²² È stato adombrato anche un influsso scozzese — da J.M. Kress, *Progress and Prosecution*, in 423 *Annals Am. Acad. Pol. & Soc. Sci.* 99, 104 (1976) — ma senza sostanziali riverberi nella letteratura.

inevitabilmente, il paradigma della prosecuzione penale britannica²³ rispetto a cui, si è detto, i coloni americani avrebbero precorso un processo di pubblicizzazione dell'accusa già *in nuce* nel diritto inglese del tempo²⁴. Insoddisfatti dalla ricostruzione altri hanno deciso di guardare al di fuori della famiglia di *common law*: si sono all'uopo evocati lo *schout* olandese, in forza della presenza della colonia del New Netherland²⁵, e il *ministère public* francese — più per il generale favore di cui godevano presso i coloni le istituzioni francesi in contrapposizione a quelle della “oppressiva” Madrepatria che per un improbabile influsso della Louisiana²⁶. Ognuna di queste ricostruzioni sconta tuttavia importanti ostacoli storiografici²⁷, a partire dall'effettivo spazio occupato dalla prosecuzione privata dei reati negli Stati Uniti²⁸, la cui maggiore rilevanza sarebbe ancor oggi appalesata dalle vestigia di un diritto a nominare pubblici ministeri “privati”²⁹, nonché dal fenomeno del «prosecution outsourcing», in cui le funzioni requirenti sono delegate, per casi specifici o periodi definiti, ad avvocati, che dunque

²³ «Criminal prosecutions in colonial America mirrored the early English experience. Before the American Revolution, the crime victim maintained sole responsibility for apprehending and prosecuting the criminal suspect» (A.J. Davis, *Arbitrary Justice. The Power of the American Prosecutor*, New York, 2007, 9).

²⁴ V. criticamente J.M. Kress, *op. cit.*, 101-102. Solo con il *Prosecution of Offences Act* del 1879 verrà istituito l'ufficio del *Director of Public Prosecutions*: v. P.B. Kurland, D.W.M. Waters, *Public Prosecutions in England, 1854-79. An Essay in English Legislative History*, in 1959 *Duke L.J.* 493, 559 (1959). Sul pubblico ministero anglogallese si v. il contributo di Serio e Vanni di San Vincenzo nella presente Sezione monografica.

²⁵ Benché l'contemplata da altri, la tesi è stata articolata e difesa per la prima volta da W.S. Van Alstyne Jr., *op. cit.*, 138. Sul pubblico ministero olandese si v. il contributo di Turfboer, Mevis e Nan nella presente Sezione monografica.

²⁶ La tesi è riconducibile al *Report on Prosecution* della Wickersham Commission: cfr. National Commission on Law Observance and Enforcement, *Report on prosecution*, Washington (DC), 1931, 7 («The influence of the French *procureur du roi* in giving final shape to the American institution of an official prosecutor is obvious. After the Revolution, especially in the era of rising Jeffersonian democracy, things English were for a season discredited and things French regarded with enthusiastic interest»). Sul pubblico ministero francese si v. il contributo di Dechepy-Tellier nella presente Sezione monografica.

²⁷ Cfr. J.M. Kress, *op. cit.*, 102-104, e J.E. Jacoby, *The American Prosecutor. A Search for Identity*, Lexington, 1980, 4-5

²⁸ Cfr. J.E. Jacoby, *op. cit.*, 36-37 («The rejection of the British common law system of private prosecution was quickly achieved. [...] By the advent of the American revolution, private prosecution had been virtually eliminated in the colonies, and a new breed, the local prosecutor, had been created») e *contra* R.A. Fairfax Jr., *Delegation of the Criminal Prosecution Function to Private Actors*, in 43 *U.C. Davis L. Rev.* 411, 422 (2009) («the system of private prosecution [was] prominent in the United States from the colonial era well into the nineteenth century»).

²⁹ «[S]everal jurisdictions in the United States still allow the use of privately retained prosecutors for interested parties. These prosecutors are usually employed by victims or their families (or by those interested in collateral civil lawsuits) to assist the district attorney in the criminal proceeding. Although private prosecutors are supposed to remain under the direction and control of the public prosecutor, such prosecutors often play significant roles at trial or during pre-trial activities. At trial, for example, private prosecutors often examine key witnesses, make objections, or conduct opening and closing arguments» (J. Bessler, *The Public Interest and the Unconstitutionality of Private Prosecutors*, in 47 *Ark. L. Rev.* 511, 512 (1994)).

operano come «independent contractors»³⁰. Alla luce delle persistenti incertezze non sembra irragionevole concludere che il *prosecutor* sia il frutto di una sperimentazione normativa autonoma delle colonie americane³¹.

Mentre l'indagine sulle origini continua a dividere gli studiosi, vi è sostanziale concordia nel ritenere che, insieme alla natura pubblicistica della figura, alcune evoluzioni costituzionali siano risultate determinanti nel rendere il *prosecutor* statunitense quell'istituzione con «no equal throughout the world»³² che si presenta a noi oggi. Entrambi riconducibili al processo di democratizzazione delle cariche pubbliche intervenuto sotto alla presidenza Jackson³³, momenti decisivi sono stati il passaggio da un inquadramento giurisdizionale ad uno esecutivo-amministrativo — plasticamente rappresentato dallo spostamento, nelle carte costituzionali statali, dalla sezione dedicata al potere giudiziario a quella amministrativa³⁴ — e la contemporanea affermazione del reclutamento elettorale³⁵: trattasi di passaggi chiave, interconnessi eppure non logicamente dipendenti, come dimostra il fatto che nello stesso torno di tempo troverà affermazione anche il reclutamento elettorale dei giudici³⁶ senza che per questo ne sia stata mutata la collocazione costituzionale. Saldandosi al lascito britannico della discrezionalità dell'azione penale — costantemente riaffermata nella giurisprudenza di fine Ottocento³⁷ — il combinato disposto della fuoriuscita dagli schemi del potere giudiziario e dell'indipendenza “politica” —

³⁰ Cfr. R.A. Fairfax Jr., *op. cit.*, 417-419.

³¹ «The amalgam of these many different alternatives and procedures fostered an environment in which people were not afraid to try out new ideas, to adopt or to modify. The very diversity that existed nurtured innovation and change. Out of this rich soil emerged the American prosecutor» (J.E. Jacoby, *op. cit.*, 39).

³² Cfr. J.L. Worrall, *Prosecution in America. A Historical and Comparative Account*, in J.L. Worrall, M.E. Nugent-Borakove (Eds), *The Changing Role of the American Prosecutor*, Albany, 2008, 4.

³³ Cfr. J.E. Jacoby, *op. cit.*, 22 («The increased stature and power of the prosecuting attorney arrived, not with the changes in the legal code in the first 30 years of the republic, but rather as an outgrowth of a wider and more dynamic movement that began about 1820, was highlighted by the presidency of Andrew Jackson, and culminated prior to the Civil War»).

³⁴ Cfr. *ivi*, 23-24 («Even in states where separate articles were written for local and county officers, the prosecuting attorney, for the first half-century at least, was relegated to a subsection of those articles establishing the structure and officers of the state court systems. Never was he listed as a member of the executive branch; never was he described as an officer of local government. [...] As a subsidiary of the courts, he was considered merely an adjunct to the real powers of the courts, the judges») e *ivi*, 25 («By the time of the Civil War, [...] the District Attorney had been listed, for the first time, in the executive article along with other county officers, the sheriff, the coroner, and the clerk. His new elective status and independence placed him in another light. The public had begun to perceive that his position was actually executive and that there should be a clear and distinct separation between the duties and powers of the prosecutor as an advocate for the public and those of the courts»).

³⁵ Cfr. *ivi*, 22-26.

³⁶ Cfr. *ivi*, 23-24 («The popular election of judges was a key element in the development of the locally elected prosecutor. [...] It was only after it became acceptable to elect judges that it became regular practice to elect the prosecuting attorney»).

³⁷ Cfr. *ivi*, 29.

guadagnata mediante l'assoggettamento al voto popolare — ha gettato le basi costituzionali di quell'esorbitante potere oggi detenuto dal *prosecutor*.

2.2 L'ufficio di pubblico ministero

2.2.1 Federalismo

Delle attività di repressione penale negli Stati Uniti d'America possono considerarsi cifre definitorie il *federalismo* e la *discrezionalità*: dal momento che di quest'ultima si dirà diffusamente nel prosieguo³⁸, appare utile una premessa sul profilo dell'articolazione territoriale, da ricondursi del resto al più ampio quadro del federalismo giudiziario statunitense³⁹ — nettamente contrapposto, dunque, all'ordinamento costituzionale italiano⁴⁰. Benché la distinzione fondamentale rimanga quella tra ordinamento federale e ordinamenti statali — lungo cui scorre, almeno tendenzialmente, il riparto di giurisdizione⁴¹ — nella manualistica l'organizzazione della *prosecution*

³⁸ V. *infra* § 2.3.

³⁹ Oltre a L. Mayers, *op. cit.*, sull'ordinamento giudiziario statunitense cfr., nella letteratura italiana, J.H. Merryman, *Judicial Responsibility in the United States*, in A. Giuliani, N. Picardi (cur.), *L'educazione giuridica*, vol. III, Perugia, 1978, 263 ss.; M.C. Bassiouni, *The Judicial System of The United States. An Overview*, in N. Picardi, A. Giuliani (cur.), *L'ordinamento giudiziario*, vol. II, Rimini, 1983, 433 ss.; M.C. Bassiouni, S. Cunningham, *Il sistema giudiziario*, in E. Amodio, M.C. Bassiouni (cur.), *op. cit.*, 3 ss.; A. Pizzorusso, *Sistemi giuridici comparati*, Milano, 1998, 228-231; L. Spadacini, *Separazione dei poteri e funzione giurisdizionale. L'esperienza nordamericana e il divergente approccio delle democrazie europee*, Brescia, 2012, 85-156; A. Gambaro, R. Sacco, *Sistemi giuridici comparati*, Milano, 2018, 140-141; A. Sperti, *Il potere giudiziario*, in G. D'Ignazio (cur.), *op. cit.*, 327-352; U. Mattei, E. Ariano, *Il modello di common law*, Torino, 2018, 119-176; V. Varano, V. Barsotti, *La tradizione giuridica occidentale. Testo e materiali per un confronto civil law common law*, Torino, 2021, 323-330; C. Bassu, M. Betzu, F. Clementi, G. Coinu, *op. cit.*, 75-93.

⁴⁰ V. diffusamente E. Gianfrancesco, *Le Regioni italiane e la giurisdizione*, in *Teoria del diritto e dello Stato*, 1-2-3, 2006, 400 ss.

⁴¹ Il riparto di competenze tra i livelli di governo della repressione penale dovrebbe rispettare le linee della potestà legislativa criminale, con i reati federali perseguiti dagli *U.S. attorney* nei diversi distretti federali — più raramente, dallo stesso dipartimento centrale o da altre agenzie federali — e i reati statali perseguiti dai *prosecutor* statali. Il quadro competenziale è tuttavia abbastanza fluido anche in ragione dell'ipertrofia del legislatore federale, che ha invaso ambiti tradizionalmente ritenuti di piena competenza statale (si permette il rimando sul punto a S.R. Vinceti, *La clausola necessaria e propria. Flessibilità e garanzia del federalismo statunitense e ruolo della dottrina*, in *Italian Papers on Federalism*, 3, 2021, 88-89). Rilevanti, peraltro, gli effetti indiretti della sovrapposizione competenziale, con i *prosecutor* che agitano lo spettro delle pene federali — spesso più severe, a causa all'assenza di sufficienti termini di paragone punitivi per i reati federali (cfr. R.E. Barkow, *Our Federal System of Sentencing*, in 58 *Stan. L. Rev.* 119, 126-127 (2005)) — per indurre gli imputati ad accettare il patteggiamento: v. W.J. Stuntz, *The Collapse of American Criminal Justice*, Cambridge-London, 2011, 66. Tradizionalmente ritenuta un difetto da correggere, la sovrapposizione delle competenze (*overlap*) è invece definita un «essential ingredient of criminal federalism» da E.C. Blondel, *The Structure of Criminal Federalism*, in 98 *Notre Dame L. Rev.* 1037, 1040 (2023).

function è spesso concettualizzata attorno a quattro livelli di governo⁴²: a livello federale, la competenza è del *Department of Justice*, che la esercita a livello centrale e a livello decentrato, attraverso la rete di *U.S. attorney* dislocati nei novantaquattro distretti federali; a livello statale, invece, v'è innanzitutto uno *state attorney general* con cognizione estesa all'intero territorio dello Stato, benché materialmente limitata ai reati di alcuni pubblici ufficiali apicali e spesso *de facto* concentrata sulla tutela dei consumatori⁴³; è tuttavia a livello endostatuale — in articolazioni territoriali a seconda della giurisdizione chiamate *county*, *judicial district* o *judicial circuit* — che si colloca il cuore effettivo della repressione penale “ordinaria” negli Stati Uniti, i cui responsabili — variamente denominati *district attorney*, *state's attorney*, *commonwealth's attorney*, *county attorney*, *prosecuting attorney*, *attorney general* o semplicemente *solicitors*⁴⁴ — dirigono i propri uffici in autonomia rispetto allo *state attorney general*⁴⁵; esiste infine, per completezza, anche un ulteriore livello locale costituito dall'attività di *city attorney* che, benché generalmente deputati a rappresentare l'amministrazione nelle controversie civili, esercitano una minima competenza penale riferibile ad illeciti “minori”⁴⁶.

2.2.2 Reclutamento e progressione in carriera

Reclutamento e carriera dei pubblici ministeri variano grandemente in funzione del livello costituzionale — federale o statale — e in riferimento al grado gerarchico — vertice dell'ufficio ovvero *prosecutor* “di linea”. I vertici degli uffici federali e statali — ricompresi in letteratura entro la nozione di *chief prosecutor* — sono selezionati secondo due metodi di reclutamento: l'elezione o la nomina. A livello federale, tanto l'*Attorney General* quanto i singoli *U.S. attorney* distrettuali — che operano sotto la sua direzione⁴⁷ — sono nominati dal Presidente degli Stati Uniti secondo il ben noto procedimento di *advice and consent* del Senato⁴⁸. A livello statale, sia lo *state attorney general* che i *district attorney* concorrono invece, nella quasi totalità dei casi, in competizioni elettorali in cui è la comunità della giurisdizione di riferimento a determinare l'elezione alla carica⁴⁹. Gli Stati si dividono poi tra quanti — la maggioranza — permettono l'esplicitazione di una affiliazione partitica del candidato e altri che la proibiscono⁵⁰, benché in entrambi casi,

⁴² V. ad es. D.W. Neubauer, S.S. Meinhold, *Judicial Process. Law, Courts, and Politics in the United States*, Boston, 2010, 250.

⁴³ *Ibidem*.

⁴⁴ Cfr. National Commission on Law Observance and Enforcement, *op. cit.*, 10, nonché la tabella in S.W. Perry, *Prosecutors in State Courts*, 2005, Washington (DC), 2006, 11.

⁴⁵ D.W. Neubauer, S.S. Meinhold, *op. et loc. cit.*, nonché J.M. Kress, *op. cit.*, 105.

⁴⁶ D.W. Neubauer, S.S. Meinhold, *op. et loc. cit.*

⁴⁷ Cfr. B.A. Green, F.C. Zacharias, *The U.S. Attorneys Scandal and the Allocation of Prosecutorial Power*, in 69 *Ohio St. L.J.* 187, 196-200 (2008).

⁴⁸ U.S. Const. art. 2, § 2, cl. 2.

⁴⁹ Cfr. R.F. Wright, *Beyond Prosecutor Elections*, in 67 *SMU L. Rev.* 593, 598 (2014).

⁵⁰ Cfr. R.F. Wright, J.L. Yates, C. Byrne Hessick, *Electoral Change and Progressive*, in 19 *Ohio St J. Crim. L.* 125, 141-142 n.89 (2021).

almeno fino a tempi recentissimi⁵¹, la diversa appartenenza politica non sembra aver fatto molta differenza dal punto di vista operativo, con tutti i *prosecutor* tesi ad apparire «as tough as possible»⁵². Dal modello del reclutamento elettorale si distaccano tuttavia cinque Stati in cui il pubblico ministero è nominato da un altro soggetto istituzionale, sulla falsariga del modello federale: Alaska⁵³, Connecticut⁵⁴, Delaware⁵⁵, New Jersey⁵⁶ e Rhode Island⁵⁷. Del tutto diversamente dai vertici degli uffici, il reclutamento dei pubblici ministeri “di linea” — c.d. *assistant, deputy o line prosecutor* — è invece fiduciario, con conseguente possibilità di licenziamento *ad nutum*⁵⁸: l'applicabilità della «at will doctrine» agli *assistant prosecutors* discende infatti dal loro inquadramento in un “normale” rapporto di lavoro anziché in una carica pubblica⁵⁹.

Seppur minore al dibattito sull'elezione dei giudici⁶⁰, anche il reclutamento elettorale dei *chief prosecutor* statali è oggetto di discussione dottrinale. Secondo un noto commentatore, infatti, «prosecutor elections do not deliver on their promise»⁶¹ in quanto il basso numero di *incumbent* scalzati dal ruolo e la penuria di sfidanti dimostrerebbero la natura non effettivamente competitiva delle elezioni⁶², mentre l'analisi dei dibattiti elettorali denoterebbe l'assenza di reali discussioni sulle capacità

⁵¹ Complice l'ascesa della *progressive prosecution* — su cui *amplius* sempre in questo paragrafo — negli ultimi anni la situazione è cambiata: v. L.M. Ouziel, *Prosecutors as Partisans*, in 50 *Fordham Urb. L.J.* 1093, 1100-1101 (2023).

⁵² R.E. Barkow, *Federalism and Criminal Law. What the Feds Can Learn from the States*, in 109 *Mich. L. Rev.* 519, 539 (2011).

⁵³ Ove lo *state attorney general* nomina i *district attorney*. Cfr. R.F. Wright, *op. cit.*, 598 nota 22.

⁵⁴ I *district attorney* sono qui scelti da una *Criminal Justice Commission* composta dallo *state attorney general* e sei altri membri nominati dal Governatore, di cui due giudici. Cfr. *ivi*, 598 nota 23.

⁵⁵ Come in Alaska, in Delaware i *district attorney* sono nominati dallo *state attorney general*. Cfr. *ivi*, 598 nota 25.

⁵⁶ Nel New Jersey il Governatore nomina i *district attorney*. Cfr. *ivi*, 598 nota 26.

⁵⁷ L'organizzazione del Rhode Island è peculiare, nel senso che qui tutti i *district attorney* partecipano di un unico ufficio alle dipendenze dello *state attorney general* e si spostano lungo tutto il territorio statale per seguire singoli casi: cfr. *ivi*, 508 nota 24.

⁵⁸ Così leggiamo nella terza edizione dei «National Prosecution Standards» adottata nel 2009 dalla *National District Attorneys Association*: «Assistant and deputy prosecutors, by whatever title, should be selected by the chief prosecutor and should serve at the chief prosecutor's pleasure, unless otherwise provided by law or contract» (§ 1-5.2). Benchè questi standard siano un modello normativo, il dato è confermato dalla letteratura: «Assistants are hired by chief prosecutors and in many states are “employees at will”. They lack civil service protections and can be fired if the chief prosecutor so wishes (wholesale firings of line staff are uncommon; dismissals of more senior staff are more common when a new elected prosecutor takes office)» (M. Tonry, *Prosecutors and Politics in Comparative Perspective*, in 41 *Crime & Just.* 1, 17 (2012)).

⁵⁹ «The rule that employers may fire employees for almost any reason, and without having to give a justification, seems natural and perhaps necessary in American culture» (J.E. Slater, *The American Rule That Swallows the Exceptions*, in 11 *Em. Rts. & Emp. Pol'y J.* 53, 54 (2007)).

⁶⁰ Su cui v., per un'introduzione, C.G. Geyh, *Who is to Judge? The Perennial Debate Over Whether to Elect or Appoint America's Judges*, New York, 2019.

⁶¹ R.F. Wright, *How Prosecutor Elections Fail Us*, in 6 *Ohio St. J. Crim. L.* 581, 591 (2009).

⁶² *Ivi*, 592-597 e *Id.*, *Beyond Prosecutor*, *cit.*, 599-604.

professionali dei candidati e una blanda contrapposizione ideologica⁶³. Ciò detto, qualsiasi cosa si pensi dell'elezione dei pubblici ministeri — che si ritiene generalmente guardata con sfavore nel diritto comparato⁶⁴ — il giudizio sul “fallimento” del reclutamento elettorale rischia di apparire severo o se non altro indimostrato⁶⁵: è stata infatti sottolineata la ristrettezza del campione impiegato da questi studi⁶⁶, laddove altre indagini hanno mostrato una maggiore contendibilità della carica⁶⁷. Inoltre, l'ascesa negli ultimi anni della *progressive prosecution* — movimento d'opinione che si prefigge di contrastare la punitività del sistema penale perorando l'elezione di candidati di orientamento, appunto, progressista⁶⁸ — sembrerebbe confermare la ricettività dello strumento elettorale, almeno con riferimento alle aree cittadine: l'elezione di *progressive prosecutor* in città come Boston, Chicago, Philadelphia e San Francisco — contro *prosecutor* più tradizionali — smentisce l'idea per cui le elezioni dei pubblici ministeri sarebbero «rarely more than empty exercises» in cui «incumbents virtually always win»⁶⁹.

Non meno importante per la dinamica istituzionale del *prosecutor* è il profilo della progressione in carriera. Mentre i *chief prosecutor* possono rimanere nella carica per diverso tempo⁷⁰ — troppo secondo le analisi critiche appena menzionate — per gli *assistant prosecutor* la prosecuzione penale è

⁶³ Id., *How Prosecutor*, cit., 597-606, e Id., *Beyond Prosecutor*, cit., 604-605.

⁶⁴ Cfr. M. Tonry, *op. cit.*, 27-28, e D.A. Sklansky, *op. cit.*, 464.

⁶⁵ Si noti, peraltro, che lo stesso Wright non arriva a sostenere l'opportunità di un passaggio dal metodo elettivo a quello della nomina (R.F. Wright, *Beyond Prosecutor*, cit. 605-608), perorando invece il rinnovamento dello strumento elettorale mediante il potenziamento del «feedback loop» tra gli uffici e la popolazione — a sua volta asseritamente conseguibile attraverso il rafforzamento delle modalità della «community prosecution» e la creazione di veri e propri *rating* della qualità dei *prosecutor* (cfr. *ivi*, 609-615).

⁶⁶ Cfr. C. Byrne Hessick, M. Morse, *Picking Prosecutors*, in 105 *Iowa L. Rev.* 1537, 1544 (2020).

⁶⁷ Cfr. S.C. Gordon, G.A. Huber, *The Political Economy of Prosecution*, in 5 *Ann. Rev. Law Soc. Sci.* 135, 142 (2009).

⁶⁸ L'idea che anima la *progressive prosecution* è quella di sfruttare la discrezionalità di cui godono i pubblici ministeri al fine di realizzare una maggiore giustizia sociale: «they hope to harness the prosecutorial power which helped to create our system of mass incarceration in order to dismantle it» (C. Byrne Hessick, M. Morse, *op. cit.*, 1541-1542). Il fenomeno, beninteso, non è esente da controversie per il rischio di una eccessiva politicizzazione dell'istituzione: il fatto che una delle recenti incriminazioni dell'ex Presidente Donald J. Trump sia provenuta da un pubblico ministero eletto grazie anche al contributo di un noto attivista filantropo — George Soros è infatti uno dei più importanti sostenitori del movimento (cfr. *ivi*, 1584-1586) — ha inevitabilmente contribuito a infiammare ancor di più la vicenda giurisdizionale: v. ad es. J. Weisman, A. Higgins, *Behind Trump Indictment, the Right Wing Finds a Familiar Villain in Soros*, in *New York Times* (April 5, 2023), 17.

⁶⁹ C. Byrne Hessick, M. Morse, *op. cit.*, 1543. Nello stesso senso v. D.A. Sklansky, *The Changing Political Landscape for Elected Prosecutors Commentaries*, in 14 *Ohio St. J. Crim. L.* 647, 670 (2017) («The election results in these places suggest that the voting booth can be an important tool for overseeing prosecutors and making them accountable»).

⁷⁰ Circa l'85% dei *chief prosecutor* statali è eletto per un mandato quadriennale (cfr. S.W. Perry, *op. cit.*, 3). Nel 2007 — data di rilevazione dell'ultimo report della serie *Prosecutors in State Courts* — la durata media della permanenza in carica era di 9 anni e ben il 38% dei *prosecutor* era nel ruolo da più di 10 anni (cfr. S.W. Perry, D. Banks, *Prosecutors in State Courts, 2007 – Statistical Tables*, Washington (DC), 2011, 2).

generalmente un breve preludio ad altri ruoli professionali, in particolare l'avvocatura⁷¹. Benché manchi una dimostrazione “a tutto tondo”⁷², è incontrovertibile affermare che buona parte della dottrina ritenga le considerazioni di carriera dei *prosecutor* correlate ad un loro approccio maggiormente punitivo⁷³, più orientato alla ricerca di elementi utili all'incriminazione che all'obiettivo di rendere effettiva giustizia⁷⁴. Se infatti per il *chief prosecutor* un alto numero di condanne, possibilmente severe, rappresenta un dato importante da offrire ad un'opinione pubblica decisamente sensibile a politiche «tough on crime»⁷⁵, per gli *assistant prosecutor*, più che per la valutazione interna da parte del responsabile dell'ufficio — assai limitata⁷⁶ — un *track record* punitivo è un viatico per le future posizioni lavorative in ragione della malintesa quanto diffusa idea che

⁷¹ V. H. Abadinsky, *Law, Courts and Justice in America*, Long Grove, 2021, 174 («Most assistant prosecutors are recent law school graduates who use the prosecutor's office as an opportunity to gain trial experience. A typical assistant prosecutor works for three or four years and then enters private practice, often to do criminal defense work. The prosecutor's office, then, is characterized by a great deal of turnover, sometimes due to electoral politics, but often as a result of assistants leaving for more lucrative opportunities in private legal practice»).

⁷² Nella sua fondamentale trattazione Sklansky afferma che la «punitive ideology of American prosecutors» è generalmente attribuita, tra l'altro, ad una «workplace culture that prizes victory above all else» e che «career considerations have traditionally been thought to push prosecutors to more punitive behavior» (D.A. Sklansky, *The Problems*, cit., 458, 459). La sua fonte è Tonry, il quale per il vero perviene a questa conclusione con un ragionamento *a fortiori* dalla dimostrata maggiore asprezza delle pene comminate dai giudici che si approssimano alle elezioni: «If judges, whose professional ethos includes impartiality, become more severe before elections, it would be astonishing if prosecutors did not» (M. Tonry, *op. cit.*, 4). Per quanto sia senz'altro un'argomentazione ragionevole e persuasiva, non si tratta ad ogni buon conto di una dimostrazione empirica. Gli studi empirici si sono limitati a evidenziare correlazioni più semplici, come il fatto che ai fini della progressione in carriera l'irrogazione di lunghe pene detentive è più importante della percentuale di condanne (cfr. R.T. Boylan, *What Do Prosecutors Maximize? Evidence from the Careers of U.S. Attorneys*, in 7 *Am. L. & Econ. Rev.* 379, 396 (2005)).

⁷³ Cfr. D.C. Richman, *Old Chief v. United States. Stipulating Away Prosecutorial Accountability*, in 83 *Va. L. Rev.* 939, 967 (1997) («the need to maximize convictions will be an inescapable environmental constraint»), e E. Luna, M. Wade, *Plea Bargaining and Other «Consensual Procedures». Introduction*, in Id. (Eds.), *The Prosecutor in Transnational Perspective*, New York, 2012, 87 («an American prosecutor might offer a substantial sentence reduction in exchange for a guilty plea. This resolves the case quickly and ensures a conviction, thereby reducing the prosecutor's caseload while adding to his conviction rate, which is viewed as critical to his career prospects»). V. anche S.C. Gordon, G.A. Huber, *Citizen Oversight and the Electoral Incentives of Criminal Prosecutors*, in 46 *Am. J. Pol. Sci.* 334, 335 (2002).

⁷⁴ Nella dottrina italiana enfatizzava già questo aspetto del *prosecutor* E. Amodio, *op. cit.*, xix («La sua elettività, prevalente come sistema di accesso alla carica negli ordinamenti degli stati federati, rende quasi inevitabile il ricorso al patteggiamento per raggiungere quei livelli di *conviction rate* (percentuale delle condanne ottenute) che gli assicurano *chances* di rielezione o di ingresso in circuiti giudiziari di maggior prestigio»).

⁷⁵ Cfr. S.C. Gordon, G.A. Huber, *op. ult. cit.*, 335; P.K. Enns, *The Public's Increasing Punitiveness and Its Influence on Mass Incarceration in the United States*, in 58 *Am. J. Pol. Sci.* 857, 859 (2014).

⁷⁶ V. *infra* § 2.2.3.

un alto numero di condanne sia indice di elevate capacità professionali⁷⁷. Al tempo stesso, rimettendo al giudice e alla giuria la responsabilità ultima sul giudizio di colpevolezza la stessa “logica di sistema” del modello accusatorio statunitense, insieme all’asserita natura non giurisdizionale del *prosecutor*, concorrerebbe a giustificare un approccio tendenzialmente ostile dell’organo dell’accusa penale⁷⁸.

2.2.3 Gerarchia, organizzazione del lavoro e rapporto con l’autorità di polizia

Le previsioni nel «law on the books» di un vertice selezionato e al contempo legittimato dalla prova elettorale — ovvero nominato da parte degli organi dei *gubernacula* federali e statali — e di un potere di licenziamento *ad nutum* dei “sottoposti” sembrerebbero delineare una relazione di sostanziale eterodirezione dei membri dell’ufficio da parte del *chief prosecutor*: non a caso, di rapporto gerarchico unanimemente si parla nella letteratura⁷⁹. Il «law in action» risulta tuttavia di segno decisamente diverso, con i singoli *assistant prosecutor* in molti casi *de facto* svincolati da ogni controllo da parte dei superiori, risultando quantomai sporadiche sia la supervisione in concreto delle singole vicende da parte del superiore gerarchico sia l’adozione di linee guida per l’ufficio⁸⁰, con le rare ed eventuali avocazioni o riassegnazioni di

⁷⁷ Cfr. E. Rasmusen, M. Raghav, M. Ramseyer, *Convictions versus Conviction Rates. The Prosecutor’s Choice*, in 11 *Am. Law Econ. Rev.* 47, 47 (2009) («It is natural to suppose that a prosecutor’s conviction rate — the ratio of convictions to cases prosecuted — is a sign of his competence») e E. Luna, M. Wade, *Looking Back and at the Challenges Ahead*, in Id. (Eds), *op. cit.*, 434 («case outcomes can be very personal for prosecutors [...] where convictions are seen as “wins” and acquittals as “losses” that reflect their abilities as advocates. In addition to prestige within the office and legal community, prosecutors with the highest conviction and sentencing statistics may be in the best position for promotion and higher compensation within the office or to make a lateral move to a better-paying job in the private sector»). Benché circoscritta, la controversa previsione di *bonus* al raggiungimento di determinate soglie di incriminazione appalesa la diffusione di una simile mentalità: cfr. P.A. Joy, K.C. McMunigal, *Contingent Rewards for Prosecutors Ethics*, in 26 *Crim. Just.* 55, 55 (2011). V. altresì R.E. Barkow, *Organizational Guidelines for the Prosecutor’s Office*, in 31 *Cardozo L. Rev.* 2089, 2115 (2010) («Most prosecutors stay in office for relatively short periods of time, so they are likely to be more concerned with short-term success as measured by obtaining convictions than by the long-term budget impact of aggressive prosecutorial tactics»).

⁷⁸ Cfr. D.K. Brown, *American Prosecutors’ Powers and Obligations in the Era of Plea Bargaining*, in E. Luna, M. Wade (Eds), *op. cit.*, 202-203.

⁷⁹ Cfr. R.B. Flemming, P.F. Nardulli, J. Eisenstein, *The Craft of Justice. Politics and Work in Criminal Court Communities*, Philadelphia, 1992, 37-40; D.T. Johnson, *op. cit.*, 252; M.H. Belsky, *On Becoming and Being a Prosecutor*, in 78 *Nw. U. L. Rev.* 1485, 1508 (1984). Pur cercando di ridimensionarlo, in modo invero più euristico-stipulativo che dimostrativo, finiscono per confermare il giudizio K.L. Levine, R.F. Wright, *Prosecution in 3-D*, 102 in *J. Crim. L. & Criminology* 1119, 1136-1138 (2012).

⁸⁰ Cfr. M.L. Miller, R.F. Wright, *Reporting for Duty. The Universal Prosecutorial Accountability Puzzle and an Experimental Transparency Alternative*, in E. Luna, M. Wade (Eds), *op. cit.*, 403 («The bureaucratic controls so ubiquitous in the civil-law system are harder to find in the United States. [...] Use of general written guidelines is sporadic. Even strong internal policies do not create enforceable rights. Most prosecutor offices do not ask their attorneys to record any reasons for their decisions. Prosecutors’ offices

casi che risultano meglio spiegabili in forza dell'eco mediatica suscitata da un determinato procedimento piuttosto che come l'esito di un processo di supervisione interna⁸¹. In forza di questo "annacquamento fattuale" della dimensione gerarchica alcuni autori preferiscono pertanto descrivere il sistema di *prosecution* statunitense — anche a livello federale, che pure in astratto dovrebbe essere connotato da più nitide forme di «hierarchical review» rispetto agli uffici statali⁸² — nei termini di una «adhocracy», più che una «bureaucracy»⁸³.

In parte, peraltro, l'indipendenza *de facto* degli *assistant prosecutor* è l'esito di una scelta nell'organizzazione dell'ufficio. Si usa spesso al riguardo distinguere tra due modelli fondamentali: nella «horizontal prosecution» ogni caso è gestito da diversi pubblici ministeri nelle successive fasi processuali, mentre nella «vertical prosecution» è lo stesso *prosecutor* a gestire il medesimo caso dall'inizio alla fine⁸⁴. Evidentemente, l'organizzazione verticale dell'ufficio — praticabile solo negli uffici di piccole dimensioni — attribuisce al singolo *prosecutor* una indipendenza decisionale superiore rispetto a quella riconoscibile nell'organizzazione orizzontale — non a caso tipica dei sovraccaricati uffici metropolitani — dove ciascun pubblico ministero risulta invece vincolato, *bon gré mal gré*, alle valutazioni dei colleghi che hanno seguito in precedenza la vicenda: accade così che i *prosecutor* deputati a gestire il *plea bargaining* conducano il negoziato sulla base di foglietti di sintesi (*card*) redatti dai pubblici ministeri istruttori, senza qualsiasi previa conoscenza della vicenda processuale⁸⁵. In un simile scenario è inevitabile che il *prosecutor* "negoziatore" possa agevolmente ignorare la richiesta del difensore di rivalutare un determinato fatto processuale — anche in ipotesi dirimente — trincerandosi dietro alle osservazioni racchiuse nel foglietto⁸⁶.

Ma pure nella «vertical prosecution» il *prosecutor* non è del tutto autonomo nella formazione del proprio convincimento processuale, in quanto una significativa influenza sulla ricostruzione penale è esercitata dall'autorità di polizia, che è l'unica entità istituzionale con cui gli uffici di

in the United States have no habit of regular reviews or audits outside a few priority categories») e E. Luna, M. Wade, *Looking Back*, cit., 431 («American prosecutors tend to have enormous autonomy in their decision making [...] with relatively weak hierarchical supervision»). Chi ha studiato sul campo il funzionamento degli uffici ha addirittura registrato l'insofferenza del responsabile dell'ufficio — o di chi ne fa le veci in una articolazione interna — alla richiesta di supervisione da parte dei *prosecutor* sottordinati: v. D.T. Johnson, *op. cit.*, 248.

⁸¹ Cfr. D.T. Johnson, *op. cit.*, 255 («front-line prosecutors [...] in fact are required to consult with the chief, the deputy chief, and other office superiors, but only in a small group of high-profile cases that are identified in an ad hoc manner as "anything likely to attract media attention or criticism"»).

⁸² D.T. Johnson, *op. cit.*, 255 nota 5.

⁸³ Cfr. D. Burnham, *Above the Law. Secret Deals, Political Fixes, and Other Misadventures of the U.S. Department of Justice*, New York, 1996, 83-84 («the Justice Department is not a bureaucracy, but an "adhocracy"»).

⁸⁴ Cfr. diffusamente R.B. Flemming, P.F. Nardulli, J. Eisenstein, *op. cit.*, 50-51, D.A. Sklansky, *The Problems*, cit., 452-453, e H. Abadinsky, *op. cit.*, 175-176.

⁸⁵ Cfr. D.T. Johnson, *op. cit.*, 248-250.

⁸⁶ Cfr. D.T. Johnson, *op. cit.*, 250 («Look man, [...] I don't know what the truth actually is. I'm just going by the cards»).

pubblico ministero instaurano un rapporto *lato sensu* di interdipendenza. Nonostante sia infatti talvolta descritto come il «leader of law enforcement in the community»⁸⁷, il *prosecutor* non esercita attività di direzione sulle forze di polizia, che dunque conducono in autonomia la fase investigativa fin al momento in cui vi siano i presupposti per l'incriminazione⁸⁸ — evidentemente delibati *ex parte subjecti*. Benché la separatezza delle due istituzioni goda di un positivo giudizio nella dottrina⁸⁹ non mancano le tensioni⁹⁰ né la formazione di comportamenti strategici e opportunistici, come la tolleranza del *prosecutor* verso eventuali abusi delle forze dell'ordine per il timore di perderne la piena collaborazione⁹¹, ovvero la ricerca da parte delle stesse di *prosecutor* più adesivi alle risultanze investigative⁹². E se per un verso l'indisponibilità della polizia giudiziaria costituisce un salutare limite al potere del pubblico ministero, per l'altro il restringimento della sua cognizione al perimetro fattuale tracciato dalle investigazioni di polizia — seppur congiunte alle osservazioni del difensore — rischia di enfatizzare⁹³ la tendenza del *prosecutor* a comportarsi da mero «case processor»⁹⁴ che trasforma in linguaggio giuridico un convincimento di polizia⁹⁵, a detrimento della sua teorica obbligazione di «rendere giustizia» (*seek justice*) mediante l'analisi critica delle ipotesi criminali delle forze dell'ordine ed il loro eventuale rigetto in caso di inconsistenza⁹⁶.

2.2.4 Responsabilità

Se rispetto ai profili fin qui discussi le critiche dottrinali non arrivano all'invocazione di radicali stravolgimenti dell'assetto esistente, la disciplina della responsabilità disciplinare del pubblico ministero appare più inequivocabilmente deficitaria. Il catalogo delle violazioni denunciate entro la categoria della *prosecutorial misconduct* permette infatti di tracciare un bilancio abbastanza netto: oltre ai diffusi fenomeni, già richiamati, del nascondimento delle prove a discarico (*Brady violation*) e dell'abuso del potere di ricusazione dei membri delle giurie (*peremptory challenge*) al fine di

⁸⁷ Così negli standard ABA del 1971 leggibili in J.M. Kress, *op. cit.*, 107.

⁸⁸ Cfr. D.A. Harris, *The Interaction and Relationship Between Prosecutors and Police Officers in the United States, and how this Affects Police Reform Efforts*, in E. Luna, M. Wade (Eds), *op. cit.*, 54-56. V. altresì G.F. Cole, *Politics and the Administration of Justice*, Beverly Hills-London, 1973, 131.

⁸⁹ Cfr. D.A. Harris, *op. cit.*, 55.

⁹⁰ Cfr. *ivi*, 56-57, nonché R.F. Wright, *Prosecutor Institutions and Incentives*, in 18 *Criminology, Crim. Just. L. & Soc'y* 85, 88 (2017) («In other locations, prosecutors and police pursue their own conflicting agendas with neither deferring to the other; in those settings, prosecutors routinely decline to prosecute high percentages of the cases that the police deliver to them»).

⁹¹ D.A. Harris, *op. cit.*, 57, 62.

⁹² Cfr. G.F. Cole, *op. cit.*, 132-133.

⁹³ Sulle altre cause dell'abdicazione del *prosecutor* dal suo «fact-finding role» v. sempre D.T. Johnson, *op. cit.* 284-285, nonché R.F. Wright, *op. ult. cit.*, 89.

⁹⁴ Su questo archetipo v. diffusamente C.M. Coles, *Evolving Strategies in 20th-Century American Prosecution*, in J.L. Worrall, M.E. Nugent-Borakove (Eds), *op. cit.*, 182-191.

⁹⁵ Cfr. R.F. Wright, *op. ult. cit.*, 88.

⁹⁶ Cfr. G.F. Cole, *op. cit.*, 132.

escludere individui di colore⁹⁷ la letteratura riporta casi di pubblici ministeri che interrogano testimoni in modo palesemente intimidatorio, violano il *nemo tenetur se detegere* e presentano prove false in giudizio⁹⁸. E se rispetto all'Italia la questione del rispetto della presunzione di innocenza — solo lambita nei modelli disciplinari⁹⁹ — risulta stemperata alla luce del modello marcatamente accusatorio del processo¹⁰⁰, rimane comunque problematico il rapporto con i media, che per il *prosecutor* rappresentano il principale canale di collegamento con la propria *constituency* e, proprio per questo, diventano spesso luogo di dichiarazioni incendiarie¹⁰¹. Da questo punto di vista, la diffusione dei social media sembra dunque destinata esacerbare un quadro già particolarmente complesso¹⁰².

Benché non manchino difficoltà “di sistema” — in un modello fortemente accusatorio essendo difficile, ad es., sondare la correttezza dei procedimenti decisionali interni agli uffici del pubblico ministero¹⁰³ — la diffusione di comportamenti inappropriati presso i pubblici ministeri è in parte senz'altro ascrivibile al deficitario regime della responsabilità disciplinare. Al fine di contestualizzare la problematicità dell'organizzazione dell'illecito del *prosecutor* si rende necessaria una breve premessa. In forza del federalismo giudiziario, infatti, negli Stati Uniti la responsabilità disciplinare dei professionisti del diritto — giudici, avvocati e pubblici ministeri — potrebbe astrattamente essere disciplinata in modo del tutto autonomo nei cinquantuno sistemi giudiziari. La forte convergenza che si registra confrontando i diversi standard di comportamento professionali si deve alla predisposizione da parte dell'*American Bar Association (ABA)* di modelli di codificazione, che fungono da prototipo per la legislazione statale e federale, con le occasionali divergenze tra codici disciplinari che risultano spesso meglio spiegabili in forza dell'aggiornamento, o meno, del codice statale o federale all'ultima edizione del modello ABA, piuttosto che in ragione di vere e proprie scelte ordinamentali differenti, comunque esistenti¹⁰⁴. Nel caso dei *prosecutor*, inoltre, l'uniformità potrebbe essere ancora maggiore dal momento che in forza del *Citizen Protection Act* del 1998 lo *U.S. attorney* è assoggettato alle medesime regole disciplinari dello Stato in cui è dislocato¹⁰⁵.

⁹⁷ V. *supra* § 1, nota 6.

⁹⁸ Per una discussione della casistica e le relative fonti v. D.A. Sklansky, *The Problems*, cit., 457-458.

⁹⁹ Cfr. *ABA Model Rules of Professional Conduct*, Rule 3.8(f).

¹⁰⁰ In forza del quale il principio della presunzione di innocenza si declinerebbe, per i *prosecutor*, nel solo divieto di comprometterne il pieno rispetto da parte degli organi decidenti: v. R.L. Lippke, *The Prosecutor and the Presumption of Innocence*, in 8 *Crim. L. & Phil.* 337, 344-345 (2014).

¹⁰¹ Cfr. K.B. Howell, *Prosecutorial Misconduct. Mass Gang Indictments and Inflammatory Statements*, in 123 *Dick. L. Rev.* 691, 701-704 (2019).

¹⁰² Cfr. A.B. Long, *Of Prosecutors and Prejudice (or “Do Prosecutors Have an Ethical Obligation Not to Say Racist Stuff on Social Media?”)*, in 55 *U.C. Davis L. Rev.* 1717 (2022). Sul punto di permette anche il rimando a S.R. Vinceti, *Magistrati e social media. Una riflessione alla luce dell'esperienza statunitense*, in *Media Laws*, 2, 2023, 182 nota 1.

¹⁰³ Cfr. A.J. Davis, *op. cit.*, 143.

¹⁰⁴ Cfr. C.G. Geyh, J.J. Alfini, J. Sample, *Judicial Conduct and Ethics*, New York, 2020, § 1.03.

¹⁰⁵ Cfr. 28 U.S.C. § 530B(a).

Da questo primo punto di vista, diversamente da quanto avviene per i giudici — soggetti ad una regolamentazione disciplinare *ad hoc*¹⁰⁶ — per i *prosecutor*, tanto federali quanto statali, non è stato predisposto un apposito modello disciplinare e viene dunque loro applicato “residualmente” l’*ABA Model Rules of Professional Conduct (MRPC)* modellato sulla figura dell’avvocato — *rectius*, del «lawyer»¹⁰⁷ — con un evidente problema di sovrapposibilità tra le due figure¹⁰⁸. L’unica previsione ivi contenuta appositamente dedicata ai pubblici ministeri — la *Rule 3.8* («*Special Responsibilities of a Prosecutor*») — risulta infatti sostanzialmente riassuntiva di obblighi già delineati dalla giurisprudenza ovvero vigenti in forza delle disposizioni di procedura: ad es., l’astensione dal porre in essere procedimenti che si sanno sprovvisi di «probable cause»¹⁰⁹, l’impegno a rendere edotto l’imputato dei suoi diritti di difesa¹¹⁰, il dovere di rivelare le prove a discarico¹¹¹, l’obbligo di attivarsi per la revisione di una condanna che si venga in seguito sapere erroneamente irrogata¹¹². Non stupisce, in questo contesto, l’incalzante richiesta dottrinale di modelli comportamentali *ad hoc* per i *prosecutor*¹¹³.

Detto del *quid*, egualmente problematico appare poi il profilo dell’*auctoritas* della giustizia disciplinare. A livello federale, al netto dell’assoggettamento degli *U.S. attorney* alla gravosa ed impervia procedura di *impeachment* in quanto «civil officers of the United States»¹¹⁴, esiste un *Office of Professional Responsibility* deputato a investigare le notizie di illeciti da parte dei *prosecutor* o di altro personale del *Department of Justice* al fine della successiva adozione da parte dell’*Attorney General* degli eventuali provvedimenti, tra cui anche il licenziamento: una diffusa percezione di “perdonismo interno”¹¹⁵ e l’assenza di una effettiva trasparenza¹¹⁶ sembrano tuttavia infirmare l’efficacia dell’organo. La situazione è tuttavia ancor più complicata a livello statale: mentre infatti i giudici rispondono ad apposite *permanent disciplinary commission*¹¹⁷ non esiste un corrispondente organo per

¹⁰⁶ *ABA Model Code of Judicial Conduct*.

¹⁰⁷ Benché senz’altro il profilo professionale delineato e disciplinato dall’*MRPC* sia il «lawyer» inteso come “avvocato di parte privata”, vale la pena precisare che tecnicamente sono «lawyers» anche i giudici e i pubblici ministeri: l’applicazione di un regime disciplinare *ad hoc* per i giudici evita tuttavia il problema di dover applicare ai giudici gli standard disciplinari pensati per gli avvocati.

¹⁰⁸ Cfr. A. Sherikar, *Prosecuting Prosecutors. A Need for Uniform Sanctions*, in 25 *Geo. J. Legal Ethics* 1011, 1023 (2012).

¹⁰⁹ *MRPC*, Rule 3.8(a).

¹¹⁰ *MRPC*, Rule 3.8(b).

¹¹¹ *MRPC*, Rule 3.8(d).

¹¹² *MRPC*, Rule 3.8(h).

¹¹³ Cfr. A. Sherikar, *op. et loc. cit.*, («the ABA should promulgate a separate set of sanctions to serve as guides for the states»), A.B. Long, *op. cit.*, 1752, e A.J. Davis, *op. cit.*, 161.

¹¹⁴ U.S. Const. art. II, § 4. Cfr. sul punto G. Bognetti, *La responsabilità per tort del funzionario e dello stato nel diritto nordamericano*, Milano, 1963, 126.

¹¹⁵ Cfr. A.J. Davis, *op. cit.*, 158

¹¹⁶ Cfr. *ivi*, 160.

¹¹⁷ Cfr. E.J. Schoenbaum, *A Historical Look at Judicial Discipline*, in 54 *Chi.-Kent L. Rev.* 1, 19 (1977), e S. Volterra, *L’indipendenza del giudice negli Stati degli Stati Uniti*

i *prosecutor* statali, che rimangono dunque soggetti alla sola sanzione del «disbarment» in quanto «members of the bar»¹¹⁸ — esattamente come gli avvocati — ed in modo invece ambiguamente simmetrico ai giudici ritengono invece una «absolute immunity» dalla responsabilità civile¹¹⁹. La diffusa riluttanza dei *bar* a sanzionare i *prosecutor*¹²⁰, evidentemente percepiti come altro dal “normale” avvocato su cui esercitano l’ordinaria giurisdizione disciplinare¹²¹, spiega la convinzione dottrinale sull’inesistenza di organi di effettiva giustizia disciplinare per i pubblici ministeri statali.

2.3 Discrezionalità senza contrappesi

Non essendo qui possibile ripercorrere tutti gli aspetti problematici che affliggono l’istituzione¹²², pare opportuno concentrarsi sull’aspetto che rende il pubblico ministero «the dictator of the criminal process»¹²³, conferendogli «this immense power to strike at citizens, not with mere individual strength, but with all the force of government itself»¹²⁴: si tratta, come noto, della «almost limitless discretion» riconosciuta nell’esercizio dell’azione penale al *prosecutor* statunitense¹²⁵, che se appare svincolato da

d’America, Milano, 1970, 141-161. Per una più ampia discussione si permette sempre il rimando a S.R. Vinceti, *Magistrati e social media*, cit., 190-195.

¹¹⁸ Cfr. L.A. Adlerstein, *Ethics, Federal Prosecutors, and Federal Courts. Some Recent Problems*, in 6 *Hofstra L. Rev.* 755, 755 (1978) («The prosecutor is, in all instances, an attorney admitted to the bar of at least one state»).

¹¹⁹ Cfr. R.E. Barkow, *Organizational Guidelines*, cit., 2094, e A. Sherikar, *op. cit.*, 1013.

¹²⁰ Cfr. B.A. Green, S.J. Levine, *Disciplinary Regulation of Prosecutors as a Remedy for Abuses of Prosecutorial Discretion. A Descriptive and Normative Analysis*, in 14 *Ohio St. J. Crim. L.* 143, 144 (2016) («Studies have concluded that prosecutors are rarely disciplined, even when a judge presiding over a criminal case finds that the prosecutor acted improperly. Further, many observers have asserted that in the rare cases of discipline, courts typically let prosecutors off too lightly»).

¹²¹ Cfr. A. Kozinski, *op. cit.*, xl («By and large, however, professional organizations are exceedingly reluctant to impose sanctions on prosecutors for misconduct in carrying out their professional responsibilities», dimostrando «the futility of getting bar disciplinary boards to impose professional discipline for misconduct committed in the course of criminal prosecutions»).

¹²² Si pensi, ad es., al fenomeno dei *prosecutor* “part-time” nelle aree rurali — ove il contemporaneo esercizio della professione forense pone evidenti problemi di conflitto di interessi (cfr. J.M. Kress, *op. cit.*, 106) — alla scarsa considerazione delle ragioni delle persone offese da parte dei *prosecutor* (v. *ivi*, 107) e alla nomina di *special counsel* (v. F. Clementi, *L’Etica pubblica negli Stati Uniti. Un quadro d’insieme*, in R. Cavallo Perin, F. Merloni (cur.), *Al servizio della Nazione. Etica e statuto dei funzionari pubblici*, Milano, 2010, 388-389, e L. Melica, «Mai licenziare uno *Special Counsel*». *Una lezione di storia costituzionale per il Presidente Trump*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, n. spec., 2019, 447 ss.). Sdrammatizzato rispetto all’esperienza italiana è invece il problema dell’elezione a giudice del *prosecutor* su cui v. R. Gambini Musso, *Bias, prejudice e disqualification. L’incompatibilità del giudice nell’esperienza statunitense*, Torino, 2001, 51-60.

¹²³ R. Moley, *Politics and Criminal Prosecution*, New York, 1929, 46.

¹²⁴ R.H. Jackson, *op. cit.*, 3.

¹²⁵ Cfr. diffusamente E. Luna, M. Wade, *Prosecutors as Judges*, in 67 *Wash. & Lee L. Rev.* 1413, 1415 (2010).

ogni reale controllo nel decidere di agire contro qualcuno¹²⁶ risulta ancor più libero nella decisione di non farlo¹²⁷. Alla *prosecutorial discretion* sono peraltro ricondotte numerose altre patologie che affliggerebbero l'istituzione: la tendenza ad individuare gli imputati da punire più che i reati da perseguire¹²⁸, l'arbitrarietà e la disomogeneità nell'applicazione della legge¹²⁹, la discriminatorietà razziale della repressione penale¹³⁰, l'uso massivo del patteggiamento e delle sue annesse storture¹³¹.

Invece che il prodotto di una specifica volontà costituzionale, la discrezionalità è innanzitutto un lascito dell'influenza processuale britannica: il fisiologico diritto del cittadino offeso di decidere se agire o meno contro l'offensore in un regime di prosecuzione privata si è infatti tralazionalmente trasfuso nella neoistituita figura pubblicistica¹³². Le ragioni che hanno poi nel tempo giustificato il mantenimento della discrezionalità sono state trovate e nell'impossibilità di perseguire tutti i reati con la stessa intensità¹³³ e nell'idea che un *prosecutor* democraticamente legittimato debba poter decidere quale attività repressiva sia in concreto utile e quale vada invece meglio negletta per la più efficace tutela dell'ordine pubblico¹³⁴. Questo secondo aspetto è particolarmente importante, in quanto apparentemente assente nella discussione italiana — dove il *focus* rimane invece la prima ragione: l'impossibilità “naturalistica” «di perseguire tutti i reati»¹³⁵ — e chiama i sostenitori della discrezionalità nell'esercizio dell'azione penale a verificare che la sua introduzione possa avvenire sul semplice presupposto “naturalistico”, senza l'ulteriore riconoscimento di un ruolo *lato sensu* politico del pubblico ministero, che in tal ipotesi non potrebbe essere legittimato da una mera valutazione tecnico-concorsuale¹³⁶.

¹²⁶ Il divieto di prosecuzione discriminatoria (*selective prosecution*) non trova infatti reale effettività a causa della sostanziale inconoscibilità dei processi decisionali interni agli uffici: v. A.J. Davis, *op. cit.*, 127, nonché L. Marafioti, *op. cit.*, 266.

¹²⁷ Cfr. N.F. Baker, *Criminal Prosecution in the United States*, in 1 *J. Crim. L.*, 1937, 288 («If he decides not to prosecute, there is no practicable way to force him to prosecute even though justice demands it»).

¹²⁸ Cfr. R.H. Jackson, *op. cit.*, 5, e D.A. Sklansky, *The Problems*, cit., 454-455.

¹²⁹ Cfr. D.A. Sklansky, *op. ult. cit.*, 456.

¹³⁰ Cfr. A.J. Davis, *op. cit.*, 101-103.

¹³¹ La Corte Suprema candidamente riconosce «the reality that criminal justice today is for the most part a system of pleas, not a system of trials» (*Lafler v. Cooper*, 566 U.S. 156, 170 (2012)). A parte la persistente «public impression that there is just “something dirty” about the whole notion of bartered justice» (J.M. Kress, *op. cit.*, 111), la sistemica risoluzione delle cause penali mediante patteggiamento — che dice di un indebolimento del diritto costituzionale ad un regolare processo — si spiega con l'enorme potere contrattuale di cui godono i *prosecutor* in ragione della loro discrezionalità, complice anche l'ipertrofia penale (v. D.A. Sklansky, *op. ult. cit.*, 459).

¹³² Cfr. J.M. Kress, *op. cit.*, 112.

¹³³ Cfr. *ivi*, 113.

¹³⁴ Cfr. *ibidem*, nonché D.T. Johnson, *op. cit.*, 253 («The overlapping objectives of order, regularity, consistency, and uniformity of dispositions — of treating like cases alike — must be sacrificed in order to enable prosecutors to learn, adapt, innovate, and thereby individualize justice».)

¹³⁵ G. Di Federico, *L'indipendenza*, cit., 10. Cfr. sul punto J. Mazzuri, *op. cit.*, 183.

¹³⁶ Come coerentemente infatti teorizza Di Federico, che immagina una responsabilità diretta verso il Parlamento di un vertice della prosecuzione penale o l'immedesimazione

Nonostante le critiche, deve tuttavia registrarsi come quasi nessun autore contempra l'abbandono della discrezionalità penale¹³⁷: anzi, come si è accennato, i più sferzanti critici delle degenerazioni del sistema penale statunitense intendono far leva proprio sulla *prosecutorial discretion* al fine di riformarlo¹³⁸. Come spiegare questa apparente incoerenza? La risposta risiede nella diffusa consapevolezza che gli eccessi e gli sviamenti di cui si sono resi responsabili i *prosecutor* non promanano dalla previsione della facoltatività nell'esercizio dell'azione penale in sé e per sé, quanto piuttosto dall'inadeguato funzionamento di quegli istituti che dovrebbero fungere da contrappesi: il riferimento è, in particolare, all'insufficiente impianto disciplinare¹³⁹ e alla scarsa e disinformata partecipazione alle elezioni dei pubblici ministeri¹⁴⁰. E se questa consapevolezza interessa l'agenda del riformatore statunitense, il suo significato è certo anche comparato: qualora infatti si volesse percorrere il sentiero di una più accentuata discrezionalità dei pubblici ministeri in Italia, sarebbe *a fortiori* necessario riprogettare l'istituzione in tutti i suoi profili costituzionali; al contempo, ciò pure significa che quella stessa discrezionalità *de facto* esercitata, secondo eminente dottrina, dagli uffici del pubblico ministero — in modo per di più incontrollato¹⁴¹ — può essere imbrigliata non tanto, o non solo, tirando un rigo sull'art. 112, Cost.¹⁴², quanto piuttosto mantenendo il regime del reclutamento, dell'organizzazione ovvero, e per chi scrive soprattutto, della responsabilità disciplinare.

3. Per una ridefinizione della funzione costituzionale di prosecuzione penale

Pur non dovendosi accogliere, a parere di chi scrive, radicali giudizi di incomparabilità del *prosecutor* statunitense — vuoi basati sulla incolmabile diversità dei sistemi, vuoi sulla condizione patologica della figura — e dunque ferma restando la legittimità di comparazioni *de iure condendo* con il

organica, ritenuta preferibile, di tutti pubblici ministeri nella gerarchia del Ministero della Giustizia (cfr. G. Di Federico, *L'indipendenza*, cit., 24).

¹³⁷ Cfr. A.J. Davis, *op. cit.*, 12 («Prosecutorial discretion is essential to the operation of our criminal justice system, despite the potential for abuse»).

¹³⁸ Cfr. il riferimento alla *progressive prosecution* § 2.2.2, spec. nota 68.

¹³⁹ Cfr. A.J. Davis, *op. cit.*, 143 ss.

¹⁴⁰ Cfr. R.F. Wright, *Beyond Prosecutor*, cit., 608-615.

¹⁴¹ Cfr. G. Di Federico, *Obbligatorietà dell'azione penale, coordinamento delle attività del pubblico ministero e loro rispondenza alle aspettative della comunità*, in A. Gaito (cur.), *op. cit.*, 175-181.

¹⁴² G. Di Federico, *L'indipendenza*, cit., 23. Altra nota, dibattuta soluzione consiste nella fissazione di criteri di priorità dell'esercizio dell'azione penale, su cui v. da ultimo G. Tarli Barbieri, *Stato di diritto e funzione requirente in Italia. Un unicum europeo?*, in *Quest. giust.*, 2, 2021, 49-52; F. Donati, *Indipendenza e responsabilità dei pubblici ministeri. Principi europei e modello italiano*, in *Quest. giust.*, 2, 2021, 56; J. Mazzuri, *op. cit.*, 197-198; S. Panizza, *Se l'esercizio dell'azione penale diventa obbligatorio... nell'ambito dei criteri generali indicati dal Parlamento con legge*, 4, 2021, 105 ss.; S. Catalano, *Quando perseguire. Aspetti costituzionali delle scelte sui criteri di priorità nell'esercizio dell'azione penale*, Torino, 2023; S. Lonati, *I criteri di priorità nell'esercizio dell'azione penale. Verso un sistema ad azione pilotata legislativamente?*, in *Arch. pen.*, 1, 2023, 1 ss.

pubblico ministero italiano in una prospettiva, appunto, di politica del diritto, nel presente contributo si vuole piuttosto portare l'attenzione sul problema teorico che il *prosecutor* statunitense mette in evidenza: la necessità di una ridefinizione della funzione di repressione penale nella teoria costituzionale. Per chi scrive, infatti, uno dei portati più evidenti dell'esperienza del pubblico ministero statunitense è proprio la sua capacità di illuminare la persistente inadeguatezza della concettualizzazione della funzione di prosecuzione penale nella *Staatslehre* tradizionale, confermando le perplessità già espresse dalla comparatistica nazionale discutendo il pubblico ministero italiano¹⁴³. Lungi dall'assolvere ad una semplice necessità sistemologica, di una simile opera di riconcettualizzazione potrebbe euristicamente giovare anche il costituzionalista straniero, come si dirà appresso in riferimento al contesto italiano.

La collocazione della *prosecution function* rimane infatti ancora altamente problematica nella teoria costituzionale. Negli Stati Uniti, l'inquadramento esecutivo-amministrativo di una funzione altrove ritenuta giurisdizionale sembra più riuscito sulla carta che nella pratica: se infatti ci viene detto, da una parte, che l'impronta esecutiva del *prosecutor* statunitense «rejects the apolitical, bureaucratic concept of the role found elsewhere in the world»¹⁴⁴ e che «prosecutorial power is lodged in the executive branch of the government»¹⁴⁵, dall'altra la dottrina è altresì ferma nel ricordare che i «prosecutors are ethically bound to seek justice first and not to act solely in the interest of securing a conviction»¹⁴⁶. La stessa Corte Suprema, del resto, ha famosamente escluso che il pubblico ministero possa essere concettualizzato come una mera parte processuale deputata a sconfiggere l'ipotesi di innocenza perorata della difesa¹⁴⁷. Al riguardo, non è un caso se, anche a dispetto di quanto si è detto sopra¹⁴⁸, nel 1909 il *prosecutor* fosse ancora inquadrato nel potere giudiziario¹⁴⁹. E che al contempo la *prosecutorial function* non sia nemmeno riconducibile a quella eterodossa forma di potere

¹⁴³ Cfr. A. Pizzorusso, *Per un collegamento fra organi costituzionali politici e pubblico ministero* (1979), ora in Id., *L'ordinamento giudiziario*, vol. II, Napoli, 2019, 631-642, nonché Id., *L'organizzazione della giustizia in Italia* (1990), ora in Id., *L'ordinamento giudiziario*, cit., vol. I, 170-171.

¹⁴⁴ R.F. Wright, *Reinventing American Prosecution Systems*, in 46 *Crim. & Jus.* 395, 403 (2017).

¹⁴⁵ D.A. Harris, *op. cit.*, 58.

¹⁴⁶ C.P. Banks, D.M. O'Brien, *The Judicial Process. Law, Courts, and Judicial Politics*, St. Paul, 2021, 336. Nello stesso senso v. *ex plurimis* R.F. Wright, *op. ult. cit.*, 401 («the ingrained expectations that prosecutors must serve justice and not just evaluate the legal sufficiency of individual cases»).

¹⁴⁷ *V. Berger v. United States*, 295 U.S. 78, 88 (1935) («The United States Attorney is the representative not of an ordinary party to a controversy, but of a sovereign whose obligation to govern impartially is as compelling as its obligation to govern at all; and whose interest, therefore, in a criminal prosecution is not that it shall win a case, but that justice shall be done. As such, he is in a peculiar and very definite sense the servant of the law, the twofold aim of which is that guilt should not escape or innocence suffer»).

¹⁴⁸ *V. supra* § 2.1, nota 34.

¹⁴⁹ H.M. Bates, *Prosecuting and District Attorneys*, voce in W. Mack (Ed.), *Cyclopedia of Law and Procedure*, 1909, 689 («Prosecuting and district attorneys are judicial officers of the state»). Oggi la figura è invece definita come «quasi judicial»: v. J.M. Kress, *op. cit.*, 108.

esecutivo che sono le autorità indipendenti lo dimostra l'assenza dei corrispondenti standard di controllo sui processi decisionali¹⁵⁰.

Se emerge dunque nitidamente la doppia anima, a un tempo giudiziaria ed esecutivo-amministrativa, del *prosecutor*, nemmeno può dirsi che manchino aspetti di rilevanza rispetto alla funzione legislativa. Benché infatti il *prosecutor* sia evidentemente privo di capacità, per così dire, nomopoietico-generalì — se non nella forma indiretta di una pur cospicua attività di *lobbying* sugli organi legislativi¹⁵¹ — la facoltà di disapplicare discrezionalmente la legge con la scelta dell'inazione, decidendo quando e verso chi la norma penale debba trovare applicazione, non può che considerarsi una facoltà eminentemente politico-normativa, del cui "buon uso" il pubblico ministero coerentemente risponde al popolo sovrano — direttamente nel caso di uffici reclutati elettoralmente o in via mediata nel caso dell'interposizione dell'organo politico-rappresentativo nominante¹⁵². Questa natura paralegislativa del *prosecutor* è del resto riconosciuta nella letteratura statunitense¹⁵³ e deve essere tenuta di conto da parte di chi prospetti un superamento dell'obbligatorietà dell'azione penale in altri ordinamenti.

Appaiono dunque evidenti le difficoltà nell'accomodare un posto preciso al *prosecutor* all'interno della classica teorica montesquieuana¹⁵⁴, ponendosi dunque l'esigenza di un alternativo percorso euristico per l'inquadramento della funzione di prosecuzione penale nella dottrina dello Stato. La riconduzione della figura alle categorie dello Stato-apparato e dello Stato-comunità da parte della costituzionalistica italiana può essere considerato un eminente esempio di un tentativo di superamento dell'*impasse* concettuale¹⁵⁵. Benché rimanga utile approfondire questa strada, suggestiona chi scrive la contrapposizione statunitense tra due interessi di

¹⁵⁰ Cfr. R.E. Barkow, *Separation of Powers and the Criminal Law*, in 58 *Stan. L. Rev.* 989, 1028 (2006) («unlike an administrative agency's policies, the prosecutor's policies are not openly disclosed to the public and are not subject to arbitrary and capricious review for reasoned consistency»).

¹⁵¹ Cfr. D.A. Sklansky, *The Problems*, cit., 454.

¹⁵² Questo punto è implicitamente notato da V. Fanchiotti, *Processo penale statunitense*, voce in *Enc. dir.*, Ann. II, Milano, 2008, 813, quando parla di «facoltà di dare o no applicazione nel caso concreto alla legge, cioè al prodotto del potere legislativo, la cui legittimazione popolare è analoga a quella del *prosecutor*».

¹⁵³ V. H.W. More, *Principles and Procedures in the Administration of Justice*, New York, 1975, 230 («As a legislator, he selects charges and grants plea-bargaining concessions to reflect what he thinks the law should be or how it should be applied in individual cases»), e W.J. Stuntz, *The Pathological Politics of Criminal Law*, in 100 *Mich. L. Rev.* 505, 506 (2001) («prosecutors [...] are the criminal justice system's real lawmakers»). V. anche la testimonianza di R. Traver, *Small town D.A.*, New York, 1958, 107 («I must confess that while all during my time as prosecutor I had cracked down hard on all forms of public commercial gambling, at the same time I deliberately closed my eyes to "church" gambling. There is no warrant in the law for making this distinction and it is a beautiful example of the prosecutor as legislator»).

¹⁵⁴ Cfr. R.E. Barkow, *op. ult. cit.*, 993 («the existing approach to separation of powers in criminal matters cannot be squared with constitutional theory or sound institutional design»).

¹⁵⁵ Cfr. A. Pizzorusso, *op. ult. cit.*, 170, e N. Zanon, *Pubblico ministero e costituzione*, Padova, 1996, 85-141.

rilievo costituzionale, «order» e «justice», che il *prosecutor* sarebbe chiamato a soddisfare: da una parte, il conseguimento di “ordine” mediante la trattazione di casi eguali in modo eguale¹⁵⁶, che evidentemente afferisce al principio della certezza del diritto; dall'altra, l'“individualizzazione della giustizia”¹⁵⁷, intesa come necessità di evitare che dall'applicazione uniforme della legge discendano ingiustizie fattuali — *summum ius, summa iniuria* — facendo così prevalere la dimensione di equità sostanziale. Mentre l'esperienza statunitense avrebbe dunque prioritizzato la prevalenza dell'equità sostanziale¹⁵⁸, rendendo il *prosecutor* compartecipe della funzione di indirizzo politico, con la scelta di obbligatorietà dell'azione penale l'ordinamento italiano avrebbe invece ambito a dare piena tutela alla certezza giuridica.

Quello appena esposto è evidentemente un accenno di riflessione, tutto da espandere e verificare. Ciò che piuttosto preme sottolineare qui, in conclusione, è la portata comparata di un'opera di riconcettualizzazione della funzione di prosecuzione penale. Il giudizio cui giocoforza perviene la dottrina statunitense — che gli organi dell'accusa penale assumano «multiple and often contradictory roles»¹⁵⁹ — sembra difatti perfettamente riproponibile in riferimento al pubblico ministero italiano¹⁶⁰. La circostanza è importante e depone a favore di due conclusioni, logicamente interconnesse: da una parte, il fatto che anche il *prosecutor* statunitense, pur coerentemente inserito in un contesto costituzionale accusatorio, sia affetto da “equivocità funzionale” significa che la «promiscuità»¹⁶¹ presente nel pubblico ministero italiano non discende esclusivamente dal conflitto tra il modello accusatorio e l'immutato titolo IV, Cost., ma deriva — almeno in parte — da incertezze più profonde e transnazionali sullo scopo della *prosecutorial function*; dall'altra, viene altresì adombrata la possibilità che eventuali interventi di riforma costituzionale — anche in ipotesi condivisibili — finiscano per lasciare insoddisfatti i loro promotori qualora non accompagnati da una più netta definizione del primario interesse costituzionale che si vuole assolto dalla prosecuzione penale¹⁶².

4. Conclusione

¹⁵⁶ Cfr. D.T. Johnson, *op. cit.*, 253.

¹⁵⁷ Cfr. *ibidem*.

¹⁵⁸ Cfr. D.T. Johnson, *op. cit.*, 253, 256, 302.

¹⁵⁹ Cfr. J.M. Kress, *op. cit.*, 107. Nello stesso senso v. D.A. Sklansky, *The Problems*, cit., 461 («Prosecutors face conflicting expectations. They are asked to be impartial ministers of justice but also forceful advocates; officers of the court but also leaders of law enforcement; sticklers for the law but also agents of mercy and discretion »)

¹⁶⁰ Oltre ai contributi richiamati *supra* note 19-20 v. diffusamente *ex plurimis* M. Caianiello, *The Italian Public Prosecutor. An Inquisitorial Figure in Adversarial Proceedings?*, in E. Luna, M. Wade (Eds), *op. cit.*, part. 250-251, 254-255, 266-267, e N. Zanon, F. Biondi, *Il sistema costituzionale della magistratura*, Bologna, 2019, 256-264.

¹⁶¹ R. Orlandi, *op. et loc. cit.*

¹⁶² Considerazioni non dissimili sembrano a chi scrive espresse da L. Violini, *Separazione delle carriere e indipendenza della magistratura. Riflessioni di diritto comparato*, in *Dir. pen. cont.*, 1, 2011, 62.

Sotto molteplici punti di vista il pubblico ministero statunitense appare una figura sfuggente, le cui attuali deformazioni, a partire dall'esuberante potere, sembrano affondare le proprie radici nella genesi spontanea e, per così dire, "sperimentale" dell'istituzione: dove le "ambiguità di ieri", in altre parole, sono strettamente legate ai "problemi dell'oggi". Così è *ictu oculi* della discrezionalità nell'esercizio dell'azione penale, ma lo stesso può dirsi dei profili del reclutamento, dell'organizzazione interna e della responsabilità del *prosecutor*. Comparare l'esperienza dell'accusa penale statunitense con le altre, ivi compresa quella italiana, significa allora, per lo meno, prendere in considerazione il quadro generale dell'organizzazione del pubblico ministero negli Stati Uniti, evitando riduzionismi eziologici, come l'ascrizione a singoli, pur cruciali profili — ad es. la discrezionalità nell'esercizio dell'azione penale — di esiti — ad es. l'abnorme potere del *prosecutor* — che appaiono ad ogni buon conto il prodotto multifattoriale di una intelaiatura costituzionale ampia e articolata.

Al tempo stesso, il pubblico ministero statunitense non rappresenta solo un termine di paragone per il dibattito sull'architettura costituzionale interna, ma invita a porre la discussione in termini più ampi. Con l'evidente divisione tra un'anima giurisdizionale e una esecutivo-amministrativa — quando non, s'è sottolineato, paralegislativa — il *prosecutor* statunitense appare tanto recalcitrante alla sussunzione entro le categorie montesquieuane quanto il pubblico ministero italiano: è dunque lecito pensare che le "ambiguità identitarie" della figura in Italia non derivino solo dalla tensione tra il modello codicistico del 1989 e l'immutato quadro costituzionale, quanto piuttosto da radicali e persistenti incertezze intorno alla natura della funzione di prosecuzione penale nella dottrina dello Stato.

Al riguardo, un possibile percorso euristico, qui solo accennato, risiede nella riconduzione della figura a più fondamentali "bilanciamenti ordinamentali", come ad esempio quello qui richiamato tra certezza del diritto ed equità sostanziale, tra «order» e «justice»: si tratta, in ogni caso, di una ipotesi di lavoro, che dovrà essere debitamente approfondita. Ciò che più pianamente sembra dimostrare la parabola del *prosecutor* statunitense è che qualsiasi visione di riforma positiva — anche in ipotesi condivisibile — rischia di mostrarsi claudicante, all'atto pratico, in assenza di una più chiara definizione del primario interesse costituzionale che la prosecuzione penale è chiamata ad soddisfare — il suo, per così dire, "valore definitorio". Come si è del resto efficacemente sottolineato, «[t]hinking clearly about what we want from prosecutors is an important step toward getting what we want»¹⁶³.

Silvio Roberto Vinceti
Dipartimento di Giurisprudenza
Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia
silvioroberto.vinceti@unimore.it

¹⁶³ D.A. Sklansky, *The Problems*, cit., 467.