

la strada a qualsiasi condanna basata su prove ottenute ricorrendo all'*entrapment*<sup>209</sup>).

Il concetto americano di *fair play* e di giustizia vede nell'*entrapment* la negazione del principio del *due process of law* e considera ripugnante al senso di civile giustizia il fatto di creare una colpevolezza che altrimenti non si sarebbe manifestata.

Nel caso *Hampton v. United States* discusso nel 1976 la Suprema Corte<sup>210</sup> ha confermato le posizioni già assunte nei casi precedenti ma ha sottolineato il fatto che questa *defense* si incentra sull'*intent* e la predisposizione dell'imputato a commettere il reato piuttosto che sulla condotta dell'agente provocatore. In questa prospettiva, la Corte ha visto nella *defense* fondata sull'*entrapment* più una protezione del soggetto non incline alla condotta criminosa che una limitazione generica riguardante funzionari e agenti.

Si tratta di una interpretazione che si allontana da quella contenuta nelle precedenti decisioni anche se la Corte non lo ha ammesso. La Corte ha proposto un test per l'accertamento dell'*entrapment* basato sull'istigazione, da parte dell'agente, alla condotta criminosa di un soggetto che, altrimenti, non avrebbe avuto alcuna predisposizione verso il crimine. Quindi, l'elemento della predisposizione che si può desumere dalla precedente condotta del soggetto, può portare all'esclusione di questa difesa.

Il pericolo di un tale approccio consiste nel fatto di rappresentare un invito per funzionari e agenti ad istigare persone che probabilmente cadranno nella trappola e alla quale sarà vietato di eccepire la difesa fondata sull'*entrapment* a causa della loro predisposizione. A partire dal caso *Hampton*, questa eccezione si basa su fattori soggettivi e sulle pressioni che sono state esercitate sull'incauto accusato. Dipende, pertanto, dai fatti e dalle circostanze di ogni caso, e la ricerca si basa su alcuni fattori psicologici come: [1] la presenza o assenza di predisposizione criminosa nell'accusato, [2] l'abilità nell'agente provocatore di far sorgere nella mente del soggetto il disegno criminoso e [3] le relative perce-

zioni del soggetto provocatore e di quello istigato. Va però osservato che l'esistenza di quella propensione che esclude il ricorso a questa *defense* dipenderà, in ultima analisi, dalla credibilità dell'agente e dalla credibilità dell'accusato. La natura di questa *defense* è tale che l'accusato deve testimoniare sul proprio conto e eventuali precedenti penali possono essere usati per dimostrare la sua inattendibilità. Ma questo, ovviamente, è un rischio che l'imputato deve correre.

Se già dal materiale raccolto dall'accusa è evidente che si tratta di un caso di *entrapment*, l'imputato ha diritto ad essere assolto. Ma la Corte può anche non ritenere sufficiente la prova dell'*entrapment*, e allora spetterà all'imputato presentare gli elementi a sostegno della sua tesi. Nel prosieguo, la Corte può assolvere o dare istruzioni per un verdetto di assoluzione o dare istruzioni alla giuria sulla *defense* e investirla del verdetto.

#### " DOUBLE JEOPARDY "

Sezione 12

### 12.1. Evoluzione storica.

Il principio che nessuno può essere processato due volte per lo stesso reato era già presente nel diritto greco e romano e la dottrina del *double jeopardy* esiste nel diritto consuetudinario fin dal 1250. La Suprema Corte degli Stati Uniti ha affermato in proposito: « È saldamente radicata nel diritto spagnolo il quale afferma: dopo che un uomo, imputato di un reato, è stato assolto dal tribunale, nessuno potrà in seguito accusarlo per lo stesso crimine (ad eccezione di alcuni specifici casi) »<sup>211</sup>). Analogamente, per il diritto canonico è una fondamentale questione di giustizia che un soggetto non possa essere ritenuto responsabile due volte per una stessa condotta, *ne bis in idem*. (Questo principio è incluso nella Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo del

<sup>209</sup> Vedi i casi citati *supra* nota 213 and *infra* nota 216 e 220  
<sup>210</sup> 425 U.S. 484, 96 S. Cr. 1646, 1976.

<sup>211</sup> *Kepper v. U.S.*, 195 U.S. 100, at 120, 121, 1904.

1948, nella Convenzione Internazionale sui Diritti Civili e Politici, nella Convenzione Europea sui Diritti Umani e le libertà fondamentali del 1959, nella Organizzazione della Convenzione degli Stati Americani sui Diritti Umani del 1965).

Per il diritto consuetudinario, l'eccezione *autre fois acquis* rappresentava una massima universale <sup>212</sup>). Nel processo *King v. Thomas* celebrato nel 1662, l'imputato, dopo essere stato assolto da un tribunale del Galles, fece presente che « i gallesi godono delle stesse immunità dei cittadini nati in Inghilterra, che, una volta assolti, non possono essere processati un'altra volta » <sup>213</sup>). L'imputato fu assolto.

Nel 1808, il Giudice Marshall affermò: « se il porto di St. Domingo aveva la giurisdizione su questo caso, la sentenza è definitiva » <sup>214</sup>). Era stato deciso nel caso *United States v. Furlong* (1820) che pur se riconosciamo la giurisdizione di ogni Stato contro i pirati, « non ci può esser dubbio che l'eccezione *autre fois acquis* è valida, in ogni stato civile, purché fondata su un processo intentato nelle aule di giustizia di qualsiasi stato civile » <sup>215</sup>).

La Corte Suprema, nel caso *ex Parte Lange* del 1874 dichiarò: « Se c'è un principio inderogabile nella giurisprudenza inglese e americana è che nessuno può essere legittimamente punito di nuovo per lo stesso reato » <sup>216</sup>). E proseguì « il diritto comune non solo fa divieto di una seconda pena per lo stesso reato, ma si spinge fino a vietare un secondo processo per lo stesso fatto, sia che l'accusato abbia o meno scontato una pena o che nel precedente processo sia stato assolto o condannato » <sup>217</sup>). E Blackstone ha detto: « l'eccezione *autrefois acquit* si basa sulla massima universale di diritto consuetudinario inglese secondo la quale nessuno deve correre il rischio della vita più di una volta per uno stesso crimine » <sup>218</sup>).

<sup>212</sup>) Vedi 4 W. BLACKSTONE, *Commentaries*, a 335.

<sup>213</sup>) 1 Sid. 179, 82 Eng. Rep., K.B. 1662.

<sup>214</sup>) 8 U.S. (4 Cranch) 143, 164, 1807.

<sup>215</sup>) 18 U.S. (5 Wheat) 86, 1820.

<sup>216</sup>) 18 Wall. 103, 169.

<sup>217</sup>) *Id.* a 169.

<sup>218</sup>) 4 W. BLACKSTONE, *Commentaries*, a 335.

Sotto il profilo storico del *double jeopardy*, va posto nel dovuto rilievo il fatto che una previsione legislativa in merito a questo divieto è contenuta nelle Costituzioni di tutti gli Stati, ad eccezione di cinque che seguono i principi di diritto consuetudinario. Si tratta di un principio incluso nei codici di procedura penale della maggior parte delle Nazioni.

Radicato nel senso dell'equità e della giustizia, la protezione contro *double jeopardy* trova protezione costituzionale nel Federal Bill of Rights <sup>219</sup>) anche se è stato solo a partire dal 1969, nel caso *Benton v. Maryland* <sup>220</sup>) che si è ritenuto incluso nella clausola del *due process* del quattordicesimo emendamento e quindi applicabile agli Stati.

## 12.2. La dottrina delle sovranità distinte e della molteplicità dell'azione penale <sup>221</sup>).

Non c'è divieto contro l'esercizio di azioni penali successive da parte di più di un potere sovrano dal momento che ognuno di questi conserva la sua giurisdizione in merito ad ogni reato che può rappresentare una violazione delle proprie leggi commessa nella sua giurisdizione. La dottrina delle sovranità distinte non costituisce violazione del *due process of law*.

Quindi, un singolo atto criminoso può dar luogo a più di un reato ed ogni autorità sovrana può iniziare l'azione penale senza violare la Costituzione statale o federale <sup>222</sup>). Dal 1969, esiste un divieto costituzionale per gli Stati nei confronti di azioni penali

<sup>219</sup>) Vedi U.S. Constitution Amendments V. E tra i vari Stati che garantiscono tali diritti, vedi Ill. Const. Art. II, § 10: « nessuno deve... essere posto due volte in rischio per la stessa infrazione ».

<sup>220</sup>) 395 U.S. 784, 89 S. Ct. 2056, 1969.

<sup>221</sup>) *Fox v. State of Ohio*, 46 U.S. (5 How) 410, 12 L. Ed. 213; *Fisher, Double Jeopardy, Two Sovereigns and the Intruding Constitution*, 28 U. Chi. L. Rev. 591, 1961; *Bartkus v. Illinois*, 359 U.S. 121, 79 S. Ct. 676, 1959), revocato da *Benton v. Maryland*, 395 U.S. 784, 89 S. Ct. 2056, 1969.

<sup>222</sup>) *Cincci v. Illinois*, 356 U.S. 571, 78 S. Ct. 839, 1958; *Bartkus v. Illinois*, 359 U.S. 121, 79 S. Ct. 679, 1959; *Abbate v. United States*, 359 U.S. 187, 79 S. Ct. 666, 1959; *MAYERS and YARBROUGH, His Versari, New Trials and Successive Prosecutions*, 74 *How. L. Rev.* I, 1960.

« eccezione del  
double jeopardy  
non è prevista »

« regola universal  
apunta a un contri-  
do baricollato da  
« natura universal  
giudice »

multiple per uno stesso atto criminoso e l'eccezione del *ne bis in idem* prevista dalla Costituzione degli Stati Uniti si oppone alle multiple o successive azioni penali <sup>223)</sup>.

La limitazione imposto dal *double jeopardy* contro successive iniziative di azione penale da parte di uno stesso potere sovrano per reati dipendenti da una stessa condotta criminosa, riguarda il fatto che ogni violazione che si intende perseguire deve contenere differenti elementi di fatto e di diritto. Il problema, tuttavia, resta quello di stabilire che cosa si intenda per "stesso reato". I criteri cui si fa ricorso per determinare se si possa eccepire la *defense* di *double jeopardy* sono i seguenti:

[1] avrebbero i fatti contestati nel successivo capo d'imputazione, se veri, giustificato una condanna nel precedente capo d'imputazione;

[2] ogniqualevolta i fatti giustificanti una condanna in un procedimento penale successivo sarebbero stati sufficienti per una condanna nel corso del primo processo, una sentenza definitiva resa nel corso del primo processo impedisce un successivo esercizio dell'azione penale. Se i fatti che portano alla condanna nel corso del successivo processo non avrebbero giustificato una condanna nel processo antecedente, non ci sarà identità di reati e, quindi, non si tratterà dello "stesso reato".

Il test sulla "identità dei reati" impedisce la suddivisione di un reato in separate violazioni e non consente una suddivisione dei reati che si concluderebbe nell'imposizione di una pena più severa. In conseguenza, l'esercizio dell'azione penale rispetto ad una qualsiasi parte di un singolo reato come violazione separata, impedirà l'azione penale basata sulla totalità o su parte dello stesso reato.

### 12.3. Finalità e requisiti della "defense".

La *defense* del *double jeopardy* riguarda essenzialmente tre situazioni:

<sup>223)</sup> Benton v. Maryland, 395 U.S. 784, 89 S. Ct. 2056, 1969.

[1] un nuovo processo per uno stesso reato dopo una sentenza di assoluzione <sup>224)</sup>;

[2] un nuovo processo per gli stessi fatti che interviene dopo una precedente condanna <sup>225)</sup>;

[3] pluralità di condanne per uno stesso reato a seguito di uno o più processi <sup>226)</sup>.

Questa *defense* ha lo scopo di:

[1] escludere la possibilità che un soggetto innocente, accusato di un reato, possa essere condannato unicamente a causa di ripetute azioni penali;

[2] garantire la definitività delle sentenze e dare ad una decisione definitiva la forza e l'effetto di *res judicata*;

[3] evitare l'imposizione di multiple e più severe condanne per un singolo reato e prevenire, in tal modo, successive disposizioni legislative riguardanti le pene da irrogare per specifici reati;

[4] assicurare la certezza e la fiducia nei confronti dell'*iter* giudiziario;

[5] prevenire i costi e le molestie di ripetute azioni penali per uno stesso fatto.

Questa *defense* consta dei seguenti elementi:

[1] l'esistenza di una legge in vigore che dichiara che la commissione di un dato atto costituisce reato;

[2] competenza giurisdizionale del tribunale sul fatto in questione e sulla persona dell'accusato;

[3] validità del capo di imputazione formulato contro l'imputato;

[4] il pericolo di una condanna (*jeopardy*) giuridicamente presente.

<sup>224)</sup> 61 A.L.R. 2d 1141, 1958; *Serfass v. United States* 419 U.S. 000 95 S. Ct. 1055, 1975 e *United States v. Dinitz*, 400 U.S. 000, 96 S. Ct. 1075, 1976.

<sup>225)</sup> L'idea sottostante è che lo Stato ha diritto ad un solo pagamento per ciascuna infrazione criminale. *Homer* (conviction and Premier Acquittal, 11 *Rangers L. Rev.* 487 (1957)). *In re Nielsen*, 131 U.S. 176, 9 S. Ct. 672, 1888.

<sup>226)</sup> *Vedi ex parte Lange*, 18 Wall. 103, 169; *United States v. Benz*, 282 U.S. 304, 51 S. Ct. 113, 1850; *United States v. Sacco*, 367, F. 2d 368, 2d Cir., 1966; *United States v. Adams*, 362 F. 2d 210, 6th Cir., 1966; *Kennedy v. United States*, 330 F. 2d 26, 9th Cir., 1964.

Il termine *jeopardy* fa riferimento al rischio di una condanna e punizione in un processo penale. Nel caso di collegio giudicante formato da magistrati, il rischio si materializza non appena il primo testimone ha prestato giuramento o è stata accolta una dichiarazione di colpevolezza<sup>227</sup>). In un collegio costituito da una giuria, la situazione di *jeopardy* sorge con il giuramento dei giurati<sup>228</sup>).

Se viene accolta la *defense del double jeopardy*, il tribunale dichiara la propria incompetenza sui fatti che sono stati già giudicati in precedenza. La regola generale prevede che un imputato deve essere protetto dal pericolo di un nuovo processo per uno stesso reato, ma ci sono alcune eccezioni. Lo Stato può sottoporre a nuovo giudizio un imputato la cui condanna è stata revocata in appello<sup>229</sup>). Anche se l'imputato aveva diritto a che alla giunta venisse rivolta una istruzione di assoluzione, perde la protezione contro *double jeopardy* a seguito di ricorso in appello<sup>230</sup>). Un'altra eccezione è quella riconducibile alla dottrina delle sovranità separate, sopra discussa.

L'esistenza di tante eccezioni e limitazioni ha indotto un commentatore ad affermare che « l'enigma del *double jeopardy* appare oggi come una delle più comunemente riconosciute e tuttavia più malintese massime legali e il passare del tempo non ha fatto che aggiungere confusione a confusione »<sup>231</sup>).

<sup>227</sup>) *Serfass v. United States*, 419 U.S. 000, 95 S. Ct. 1055, 1975; *Markiewicz v. Black*, 138 Colo. 128, 330 P. 2d 539, 1958; *Wade v. Hunter*, 336 U.S. 684, 69 S. Ct. 834, 1949; *McCarthy v. Zebst*, 85 F. 2d 640, 10th Cir. 1946.

<sup>228</sup>) *Corners v. United States*, 48 F. 2d 69, 9th Cir., 1931. *Vedi* anche, 38 St. Johns Law Rev. 1958, 1963; *Model Penal Code § 1.08, P.O.D. 1962*; *Donohum v. United States*, 372 U.S. 734, 83 S. Ct. 1033, 1964; *Illinois v. Simmerville*, 410 U.S. 458, 93 S. Ct. 1066, 1973.

<sup>229</sup>) *United States v. Ball*, 163 U.S. 662, 672, 1896. Per un dibattito dei fondamenti logici che le corti hanno usato per spiegare perché un nuovo giudizio dopo una revoca di una condanna in appello non costituisce *double jeopardy*, vedi *MAYERS and YARBROUGH, Big Vexari, New Trials and Successive Prosecutions*, 74 *Harv. L. Rev.* 1, 1960. *Vedi* inoltre *Peters v. Hobby*, 349 U.S. 331, 75 S. Ct. 790, 1954; *Kepler v. United States*, 195 U.S. 100, 24 S. Ct. 797, 1903; *Green v. United States*, 355 U.S. 184, 78 S. Ct. 221, 1957.

<sup>230</sup>) *Byran v. United States*, 338 U.S. 552, 70 S. Ct. 317, 1950.

<sup>231</sup>) *Nota*, 24 *Minn. L. Rev.* 522, 1940.

Resta però un problema essenziale determinare quali siano i reati che non sono perseguibili per la *defense* contro il *double jeopardy*.

12.3.1. *Reati non perseguibili per la defense dei double jeopardy: identità di reati.*

I tribunali hanno riconosciuto che il *double jeopardy* riguarda sia i reati strettamente connessi che a quelli aventi stessa identità. Quindi, i reati non devono essere identici per quanto attiene ai requisiti formali o tecnici ma basta che siano identici nella sostanza. I criteri usati per determinare se la *defense di double jeopardy* sia applicabile si dividono in due categorie, a seconda che prendano in esame gli aspetti probatori o di contenuto.

I criteri probatori prendono in esame:

[1] se gli elementi di un reato sono sufficientemente simili agli elementi di un altro reato<sup>232</sup>);

[2] se c'è sufficiente analogia tra gli elementi probatori dei due capi d'imputazione<sup>233</sup>);

[3] se c'è sufficiente analogia tra i mezzi di prova concretamente presentati nel corso dei due processi<sup>234</sup>).

Il *somme evidence test* fu enunciato per la prima volta nel caso *Vandercomb*<sup>235</sup> quando il giudice *Buller* rilevò che, dal momento che la prova del reato di cui al secondo atto d'accusa non avrebbe portato ad una condanna nel primo atto d'accusa, i reati erano diversi e, pertanto, legittima la seconda accusa<sup>236</sup>). Questa interpretazione della regola è stata estesa fino ad includere i reati riconducibili ad una stessa fattispecie e a quelli di minore gravità nel senso che la condanna per un reato di maggiore gravità preclude il successivo esercizio dell'azione penale per il reato meno grave.

<sup>232</sup>) *United States v. Brinson*, 233 F. Supp. 510, 1958.

<sup>233</sup>) *People v. Brannon*, 70 Cal. App. 225, 233 Pac. 88, 1924.

<sup>234</sup>) *People v. Martinis*, 46 Misc. 2d 1066, 26 N.Y.S. 2d 642, 1965.

<sup>235</sup>) *The King v. Vandercomb and Abbot*, 2 Leach 707, 720, 168 Eng. Rep. 555, 461, 1976.

<sup>236</sup>) *Vedi* *Brinson*, *Criminal Law*, § 1052, 8th ed., 1892.

no caso di *double jeopardy* se il rischio di punizione è già stato esaurito con la condanna o l'assoluzione  
 nel caso di *double jeopardy* il rischio di punizione è già esaurito con la condanna o l'assoluzione  
 in un numero limitato di casi  
 o garanzia

analisi del contenuto  
 criteri probatori



stanze<sup>245</sup>). È un caso che va tenuto distinto da quello del *double jeopardy* che si riferisce all'esercizio dell'azione penale per più di una volta per lo stesso reato<sup>246</sup>).

Anche se lo Stato può avere facoltà di imputare separati reati per azioni separate, può sorgere un problema quando un singolo atto produce più di un evento criminoso e ci si può chiedere se lo Stato sia o meno autorizzato ad ottenere più di una "soddisfazione" perseguendo separatamente ogni fattispecie criminosa. Alcuni tribunali hanno tentato di interpretare il concetto di *double jeopardy* secondo un criterio che fa riferimento al concetto della globalità della condotta criminosa e cioè quello del *single criminal transaction test*. Secondo questo test, se un'azione causa più di un evento dannoso, il promovimento dell'azione penale per uno di tali eventi impedirà altre azioni penali rispetto agli altri eventi.

Un caso molto controverso è stato quello *Ciucci v. Illinois*<sup>247</sup>). Erano stati emessi nei confronti dell'imputato quattro capi d'imputazione per l'assassinio della moglie e di tre bambini. La morte era stata causata da ferite da arma da fuoco e dall'incendio dell'edificio in cui furono rinvenute le vittime. L'imputato fu condannato, in processi separati, per ciascun reato e la Corte respinse un'eccezione di *double jeopardy*. Secondo la Corte Suprema dell'Illinois: « la garanzia costituzionale contro il *double jeopardy* riguarda l'identità delle violazioni e non quella dell'atto e quando due o più persone vengono uccise da una stessa azione, si verificano altrettante violazioni »<sup>248</sup>).

<sup>245</sup>) Questo non vuol dire che la pubblica accusa deve addebitare tutte le infrazioni conosciute, ma solamente che se le addebita, deve farlo in un unico processo. La riunione è suggerita in *Ali, Model Penal Code § 1.08 (2) (Tent. Draft N° 5, 1956)*.

<sup>246</sup>) *Ill. Rev. Stat. ch. 38 § 3-31, 1961*: I commenti del Comitato indicano che la riunione deve essere richiesta per tutte le infrazioni derivanti dallo stesso comportamento. *People v. Golsen, 32 Ill. 2d 398, 207 N.E. 2d 68, 1965*; *People v. Mullenhoff, 32 Ill. 2d 398, 211 N.E. 2d 744, 1965*.

<sup>247</sup>) *356 U.S. 571, 78 S. Ct. 839, 1958*.

<sup>248</sup>) *People v. Ciucci, 8 Ill. 2d 619, 137 N.E. 2d 40, 1956* e *Ciucci v. Illinois, 356 U.S. 571, 78 S. Ct. 839, 1958*. I commenti all'Illinois Rev. Stat. ch. 38 § 3-3 indicano che il risultato del caso *Ciucci* non deve essere più a lungo permesso nell'Illinois.

Il giudice Douglas, dissentendo dalla decisione della Corte Suprema degli Stati Uniti che aveva confermato la sentenza precedente, osservò: « questo caso offre un esempio di esercizio dell'azione penale che tormenta un imputato con ripetuti processi e condanne basate su identici elementi probatori fino al raggiungimento dell'auspicato risultato della condanna capitale. Si tratta di un uso indecoroso e vessatorio del processo penale che viola il principio del *due process* contenuto nel quattordicesimo emendamento »<sup>249</sup>).

Con queste ed altre decisioni, la Corte Suprema degli Stati Uniti ha chiarito che il criterio della protezione costituzionale non è quello del "singolo disegno criminoso" che dà luogo ad imputazioni per una serie di reati, ma piuttosto « se lo stesso atto o condotta costituisca violazione di due distinte previsioni normative. Il criterio per determinare se ci si trova in presenza di due reati o di uno soltanto, consiste nell'accertare se c'è coincidenza probatoria tra le due disposizioni di legge »<sup>250</sup>).

Dal 1969, la sola limitazione valevole per questo criterio sembra quella del *due process* e delle sue esigenze di equità enunciate nel caso *Palko v. Connecticut* e cioè che lo Stato « è costituzionalmente legittimato a perseguire questi soggetti individualmente in processi separati e ad utilizzare tutti gli elementi probatori in assenza di una prova che dimostri che questo modo di procedere è contrario all'equità »<sup>251</sup>).

Il fatto che, tecnicamente, in base ad una rigida semantica giuridica, possano essere elevate due distinte imputazioni, non contribuisce a conferire equità a questa pluralità di processi, né cambia il fatto che l'imputato è, in realtà, colpevole di una sola condotta sanzionata. Oggi molti Stati esigono dall'accusa la riunione in un unico processo dei vari reati riconducibili ad uno "stesso atto" ad uno stesso disegno criminoso. La valutazione globale della criminalità insita nella condotta dell'imputato ga-

<sup>249</sup>) *356 U.S. 571, 78 S. Ct. 839, 1958*.

<sup>250</sup>) *Gore v. United States, 356 U.S. 386, 78 S. Ct. 827, 1958*; *Green v. United States, 355 U.S. 184, 78 S. Ct. 221, 1957*.

<sup>251</sup>) *Palko v. Connecticut, 302 U.S. 319, 58 S. Ct. 149, 1937*, annullato da *Benton v. Maryland, 395 U.S. 784, 89 S. Ct. 2056, 1969*.

Critica di autori  
sulla possibilità  
di unire in un  
unico processo  
due reati diversi  
che si verificano  
in momenti  
diversi. Il  
problema è  
se si può  
considerare  
che si tratta  
di un unico  
atto.

ranisce un verdetto che riflette esattamente il reato nella sua interezza e impone una pena che corrisponde in modo adeguato alla gravità dell'offesa e alla capacità criminosa dimostrata dal reo <sup>253</sup>). In questo modo, può anche essere meglio presa in considerazione la possibilità di riabilitazione del colpevole.

#### 12.4. "Res judicata" e preclusioni ("Collateral Estoppel").

Anche se i principi del *double jeopardy* e della *res judicata* sono distinti, è il concetto di *res judicata* che costituisce il fondamento della *defense del double jeopardy* <sup>253</sup>).

La preclusione dell'azione penale per questioni già giudicate trova il suo fondamento nei principi dell'*equity*, ma nel caso *Ashe v. Swenson* <sup>254</sup>), la Corte Suprema ha interpretato questa dottrina come ricompresa nella garanzia offerta dal quinto emendamento contro i rischi di *double jeopardy*. Secondo la definizione della Corte, si intende per *collateral estoppel* una questione procedurale fondata sul concetto che quando un punto è stato deciso a seguito di un giudizio valido e definitivo, la stessa questione non può più formare oggetto di controversia tra le stesse parti in ulteriori processi <sup>255</sup>). Questo istituto trova peculiare applicazione alla pluralità di rinvi a giudizio derivanti da uno stesso insieme di circostanze anche se la Corte, in un primo tempo, ha escluso la sua applicazione ai casi penali <sup>256</sup>).

Nel caso *Ashe*, la Corte ha sostenuto che tale istituto deve riguardare circostanze limitate ed ha osservato che la sua applicazione deve essere improntata a "realismo e razionalità" e che il tribunale è tenuto ad "esaminare le risultanze del processo precedente con particolare attenzione alle prove, capi di imputazione ed altri dati rilevanti ed accertare se una giuria avrebbe potuto

fondare il suo verdetto su una questione diversa da quella che l'imputato cerca di precludere all'esame » <sup>257</sup>).

I requisiti per l'applicazione di questo istituto sono <sup>258</sup>):

- [1] identità delle parti;
- [2] sentenza definitiva;
- [3] accertamento di un dato di fatto.

L'accoglimento della *defense di collateral estoppel* ha effetto preclusivo se la questione decisa in precedenza risulterebbe decisiva per l'esito del successivo procedimento o può solo precludere ulteriori vertenze giudiziarie relative a fatti o questioni decise nel corso del primo procedimento <sup>259</sup>).

#### 12.4.1. Former jeopardy, res judicata e la dottrina della *necessità manifesta*.

Nella sua tradizionale applicazione, il divieto del *double jeopardy* ha carattere definitivo ed è inteso a proteggere l'imputato da ulteriori disagi e a consentirgli di considerare la questione chiusa per poter dare ordine alla propria vita futura mettendo al riparo sia il pubblico che l'imputato dai costi di ripetuti processi <sup>(260)</sup>.

Vi sono, tuttavia, circostanze in cui la rigida applicazione di questo divieto porterebbe a risultati altrettanto iniqui dal punto di vista della giustizia. Nel caso di nuovo processo a seguito di un primo processo invalido, trovano applicazione i principi del *ne bis in idem* e della *necessità manifesta (manifest necessity)*.

Il concetto di *former jeopardy* si iscrive in quello di *double jeopardy*. Come è stato già osservato, il pericolo di condanna (*jeopardy*) diventa reale e concreto con l'inizio del processo. Il problema che sorge è quello di stabilire in quali circostanze è pre-

<sup>253</sup>) Anche nota *United States v. Chandler*, 72 F. Supp. 230, 1947, aff'd, cert. denied, and reh. denied, in 336 U.S. 947, 69 S. Ct. 640, 1949.

<sup>254</sup>) *Duvall v. State*, 111 Ohio St. 657, 669, 146 N.E. 90, 93, 1924.

<sup>255</sup>) 397 U.S. 436, 90 S. Ct. 1189, 1970.

<sup>256</sup>) *People v. Cornier*, 42 Misc. 2d 963, 967, 249 N.Y.S. 2d 521, 526, 1964.

<sup>257</sup>) *Vedi Hoag v. New Jersey*, 356 U.S. 464, 78 S. Ct. 829, 1958, dove la corte si trovò di fronte ad una situazione reale molto simile a quella di *Ashe*, ma rifiutò di applicare la *defense di collateral estoppel*.

<sup>258</sup>) 397 U.S. 436, 444, 90 S. Ct. 1189, 1970. La corte annullò *Hoag v. New Jersey*, ed inoltre ritenne che *Waller v. Florida*, 397 U.S. 387, 90 S. Ct. 1184, 1970, era in vigore per quanto concerneva il contenuto del reato. *Vedi* inoltre nota *supra* 262.

<sup>259</sup>) *Id.*

<sup>260</sup>) *Vedi* commento, 48 *Denver L.J.* 262, 1965; U.S. v. *Martin Linen Supply Co. et al.*, 97 S. Ct. 1349, 1977.

<sup>261</sup>) Nota, *Twice in Jeopardy*, 75 *Yale L.J.* 262, 1965.

cluso un nuovo processo quando quello iniziale è stato sospeso prima di arrivare alla sentenza e senza il consenso dell'imputato<sup>261)</sup>.

Per cercare di risolvere questo problema, la Corte Suprema, nel caso *United States v. Perez*<sup>262)</sup>, ha enunciato il criterio della "manifesta necessità".

La Corte ha ritenuto che un imputato in un processo che può concludersi con la pena capitale può essere rilasciato dopo che il giudice di merito, senza il consenso dell'imputato, ha sciolto una giuria che si è dichiarata incapace di raggiungere l'accordo.

Il giudice Story, motivando la decisione della corte ha scritto: « A nostro giudizio, in tutti i casi di questa natura, la legge ha investito le Corti di Giustizia del potere di esonerare una giuria dall'emettere un verdetto ogni qualvolta, a loro avviso, alla luce delle circostanze, esiste la manifesta necessità di farlo o altrimenti ne verrebbero compromesse le finalità della giustizia »<sup>263)</sup>.

Si è fatto ricorso a questo criterio per sostenere la proponibilità di una nuova azione penale a seguito di invalidità, per una serie di ragioni, del precedente giudizio<sup>264)</sup>. Nel caso *United States v. Jorn*<sup>265)</sup> la Corte ha rilevato una evidente assenza di "manifesta necessità" e ha osservato che il proseguimento sarebbe stato più opportuno.

La più recente interpretazione del caso *Perez* è contenuta nel caso *Illinois v. Summerville*<sup>266)</sup>, nel quale il giudice Rehnquist, esprimendo il pensiero della Corte, ha rilevato che la decisione del giudice di merito di dichiarare la nullità del processo per la presenza di una nullità insanabile per la legge dell'Illinois nel de-

<sup>261)</sup> Se l'imputato eccipisce l'invalidità del processo, la teoria è chiaramente applicabile.

<sup>262)</sup> 22 U.S. (9 Wheat) 579, 6 L. Ed. 165, 1824.

<sup>263)</sup> *Id.*, a 580.

<sup>264)</sup> Vedi *Simmons v. United States*, 142 U.S. 148, 12 S. Ct. 171, 1891; *Logan v. United States*, 144 U.S. 263, 12 S. Ct. 617, 1892; *Wade v. Hunter*, 336 U.S. 684, 69 S. Ct. 834, 1949. Vedi inoltre l'annotazione: *Double jeopardy*, 39-47, 1969; comment, *Reprosecution and Double Jeopardy*, 69 N.W.L. Rev. 887, 1975; vedi anche *United States v. Means*, 513 F. 2d 1329, 8th Cir., 1975.

<sup>265)</sup> 400 U.S. 470, 91 S. Ct. 547, 1971.

<sup>266)</sup> 410 U.S. 458, 93 S. Ct. 1066, 1972. Vedi *United States v. Dintz*, 000 U.S. 000, 96 S. Ct. 1075, 1976.

creto di rinvio a giudizio, era una decisione giusta intesa a dare applicazione ad una legittima politica dello Stato.

## 12.5. Pluralità di condanne.

Non c'è discussione sul fatto che la clausola *double jeopardy* riguardi principalmente il problema di una pluralità di condanne<sup>267)</sup>. La Corte Suprema ha ribadito il divieto, in base alla clausola del *double jeopardy* di più condanne per uno stesso reato nel corso di un singolo processo. Fin dal 1874, la Corte Suprema, nel caso *ex parte Lange* aveva affermato che « la Costituzione era intesa a prevenire sia che il reo venisse punito due volte per lo stesso reato sia che venisse processato due volte... »<sup>268)</sup>.

La pluralità di condanne può assumere molte forme: la pena può essere inflitta al reo, responsabile di più reati, da una pluralità di sentenze, da una successione di sentenze o da una unica sentenza aggravata. È piuttosto confuso il modo in cui le Corti hanno applicato la dottrina del *double jeopardy* ai casi di una molteplicità di condanne. Nel caso *Ciucci v. Illinois*<sup>269)</sup>, la Corte ha ridotto la protezione contro *double jeopardy* quando ha consentito all'accusa di scegliere tra tre condanne per uno stesso reato.

Nelle Corti federali e in molti Stati, al giudice di merito è vietato di infliggere una pluralità di condanne quando una stessa condotta criminosa da luogo a più di un reato<sup>270)</sup>. Alcuni tribunali<sup>271)</sup> non la vedono in questo modo e altri limitano il loro potere di pluralità punizioni per "reati simili" in un modo che consente di far ricorso ad una pluralità di pene non appena sussistano piccole differenze tra i reati<sup>272)</sup>.

<sup>267)</sup> Il primo progetto di Madison dice: « Nessuno può essere soggetto... a più di una punizione o di un processo per la stessa infrazione ». 1 *Annals of Congress* (1789-91), a 433, 1834.

<sup>268)</sup> 85 U.S. (18 Wall.) 163, 1874. Vedi *Morgan v. Devine*, 237 U.S. 632, 641, 35 S. Ct. 712, 1915; *Gavieres v. United States*, 220 U.S. 338, 341-42, 31 S. Ct. 421, 1911; *Burton v. United States*, 202 U.S. 344, 378-81, 26 S. Ct. 688, 1906; *Carter v. McClaughry*, 183 U.S. 365, 388-90, 22 S. Ct. 181, 1902.

<sup>269)</sup> Vedi nota *supra* 259 e sezione corrispondente.

<sup>270)</sup> Vedi *supra* nota 257 e Ill. Rev. Stat. ch. 38 § 1005-8-4.

<sup>271)</sup> Vedi *O'Neil v. Vermont*, 144 U.S. 323, 12 S. Ct. 693, 1892.

<sup>272)</sup> Vedi *United States v. Brauer*, 198 F. Supp. 753, D.D.C. 1961.

Un altro aspetto di questo problema riguarda le limitazioni imposte dalla Costituzione al potere del giudice di appello di infliggere una pena più severa di quella irrogata in primo grado. Tuttavia, nel caso *North Carolina v. Pearce* <sup>273</sup>) la Suprema Corte ha osservato che né la clausola *double jeopardy* né quella *equal protection* rappresentano un assoluto ostacolo ad un aggravamento della condanna in secondo grado. Ma la Corte ha concluso che rappresenterebbe una flagrante violazione del 14° emendamento per un tribunale statale seguire la pratica di aggravare tutte le condanne confermate in secondo grado al fine di punire l'imputato per aver adito senza successo il giudice d'appello <sup>274</sup>). Ogni volta che un giudice aggravava una condanna a seguito di nuovo processo, le ragioni devono risiedere negli atti del processo ed essere basate su fatti oggettivi riguardanti la condotta dell'imputato successiva al tempo in cui si è svolto il processo di primo grado <sup>275</sup>).

## 12.6. Double jeopardy e politica giudiziaria.

Questa analisi del concetto di *double jeopardy* mette in luce i problemi connessi ai tentativi fatti dal potere giudiziario di definire i criteri di applicazione. In un momento in cui sofisticazione del reato e aumento della criminalità coincidono, non è infrequente che una data condotta criminosa configuri più di un reato e riguardi più di uno Stato. Il problema che si pone è di decidere se il potere giudiziario debba guardare alla globalità del disegno criminoso e ritenere che tutti i reati che ne conseguono debbano essere oggetto di un unico o di più processi.

Nel caso di una molteplicità di procedimenti, su quali basi si deve operare la divisione? Facendo ricorso a più capi d'accusa o a più azioni penali? A prescindere dal fatto che ci sia una condanna

<sup>273</sup>) 395 U.S. 711, 89 S. Ct. 2072, 1969.

<sup>274</sup>) Vedi W. VANALSTING, *In Gideon Wake: Harsher Penalties and the «Successful» Criminal Appellate*, 74 *Yale L.J.* 606, 1965.

<sup>275</sup>) *Price v. Georgia*, 398 U.S. 323, 90 S. Ct. 1757, 1970 (se il primo verdetto è limitato all'infrazione inclusa minore, il giudizio di seconda istanza deve essere limitato a detta minore infrazione). Ma vedi *Chaffin v. Styrchcombe*, 412 U.S. 17, 93 S. Ct. 1977, 1973.

singola o multipla? E nel caso di un unico procedimento, si farà luogo ad una o a più condanne e, nel caso di una pluralità, le condanne saranno concorrenti o consecutive? Nel caso di una molteplicità di procedimenti da parte di più Stati o di azione penale federale in aggiunta a quella statale, le condanne inflitte dall'uno saranno riconosciute dall'altro?

Questi problemi non hanno ancora trovato risposta a livello costituzionale anche se molti Stati hanno adottato decisioni in merito. Di solito, le questioni vengono decise sulla base di precedenti che risentono delle scelte politiche del tempo. Così, procedimenti o condanne plurime inflitte da un altro Stato o dalla magistratura federale, non sono riconosciute da oltre la metà degli Stati. Pertanto, c'è bisogno di una nuova politica che esiga la riunione di tutti i reati ricompresi in uno stesso disegno criminoso. Al termine "stesso disegno criminoso" dovrebbe essere data una interpretazione la più estesa possibile. Questa politica si basa sulla necessità di economia di giudizi, prontezza di decisione, minimizzazione di inutili difficoltà all'imputato e a testimoni, e sulla necessità di dare ad uno stesso giudice la possibilità di valutare la criminalità del reo in rapporto alla globalità della sua condotta.

Una tale politica dipenderà, in larga misura, dai criteri generali penali cui si ispira lo Stato.

Se l'orientamento è verso una filosofia penale retributiva e di deterrenza, questa nuova linea politica sarà difficile da adottare; sarà più agevole, nel caso in cui i criteri dello Stato si fondino su una visione orientata in senso riabilitativo. Questi risultati divergenti si verificano perché le condanne multiple, e certamente quelle ad andamento consecutivo, riflettono un approccio retributivo e servono da deterrente contro la commissione di una pluralità di reati, sempre che, naturalmente, si assuma l'effetto deterrente di una tale punizione. Al contrario, un'unica condanna, riflette un approccio più orientato in senso riabilitativo.