

LA DOUBLE JEOPARDY CLAUSE NEGLI U.S.A.: ORIGINE, SVILUPPI, CRITICITÀ E PROSPETTIVE IN OTTICA COMPARATA

Andrea De Lia¹

Abstract [ITA]: Il saggio sviluppa un'analisi della *double jeopardy clause* nel contesto dei sistemi giuridici statunitensi. La clausola, contemplata dal Quinto Emendamento, ha sollevato innumerevoli dubbi interpretativi e applicativi, che muovono dalla difficoltà di definizione del concetto di "*same offense*", nonché di *act* e *transaction*, nella proiezione di cumuli punitivi e del *multiple trial*. Dopo una breve premessa, nella quale si ricostruisce l'origine del *ne bis in idem* statunitense, la disamina prosegue attraverso l'analisi dei più importanti arresti giurisprudenziali nonché di alcuni tra i più significativi contributi al dibattito della dottrina d'oltreoceano. A valle della trattazione di diverse questioni che attengono tanto al diritto penale sostanziale e al concorso di reati, quanto alla dimensione processuale del principio, nonché dopo brevi cenni al *ne bis in idem* "Italian style", si conclude rilevando come il problema dei cumuli punitivi, negli States così come in Italia, nell'ottica del rispetto del principio di proporzionalità e delle funzioni moderne della pena, costituisca, eminentemente, un problema di interpretazione e di scelte di politica criminale attuate dal legislatore. Sicché proprio il legislatore dovrebbe impegnarsi a risolverlo, attraverso una complessiva opera di riduzione della materia penale e delle intersezioni tra diritto penale "classico" e diritto amministrativo/sanzionatorio, nonché con interventi tesi a regolare, attraverso clausole di riserva, singoli rapporti tra norme incriminatrici. Dal punto di vista del processo penale, invece, l'analisi comparata mostrerà delle rilevanti peculiarità dei sistemi nel prisma del *simultaneus processus*.

Abstract [ENG]: *The paper aims to define the double jeopardy clause in the context of US criminal law. The clause, contemplated by the Fifth affirm, arises innumerable interpretative and application doubts, which start from the difficulty of defining the concept of "same offense", as well as of "act" and "transaction", in the projection of punitive cumulations and multiple trials. After a brief introduction, in which the origin of the US ne bis in idem is focused, the examination continues through the analysis of the most important jurisprudential arrests as well as some of the most significant contributions to the debate on the doctrine overseas. Following the discussion of various issues which concern both substantive criminal law and the joinder of offenses, as well as the procedural dimension of the principle, also in the Italian context, we conclude by noting that the problem of punitive accumulations constitutes, eminently, a problem of interpretation and penal policy choices implemented by the legislator. Therefore, the legislator himself should undertake to resolve it, through an overall work of reducing the criminal matter and the intersections between "classic" criminal law and civil sanctions, as well as with interventions aimed at regulating, through reserve clauses, individual relationships between different offenses. From the point of view of the criminal trial, however, the comparative analysis will show the relevant peculiarities of the systems in the prism of the simultaneous trial.*

SOMMARIO: 1. Premesse. 2. L'origine storica del divieto. 2.1. Il Quinto Emendamento. 2.2. La "codificazione" della *double jeopardy clause* negli ordinamenti degli Stati federati. 3. La

¹ Avvocato cassazionista, Professore a contratto di Diritto penale presso l'Università Statale di Milano.

limitazione per “materia”. 4. Il concetto di “*same offense*”. Il *Blockburger test*. 4.1. Le evoluzioni e gli *overruling* nella giurisprudenza della Corte suprema degli Stati Uniti. 4.2. Gli orientamenti più recenti della giurisdizione federale. 4.3. Gli orientamenti nelle giurisdizioni degli Stati federati. 4.4. Criticità emergenti dalla casistica giurisprudenziale. 5. Il fenomeno dell’*overlapping punishment*. La *dual sovereignty doctrine*. 6. Le *continuing offenses*. 7. Le preclusioni processuali. La disciplina delle impugnazioni. 7.1. Il *retrial* e il *mistrial*. 7.2. Il c.d. “*collateral estoppel*”. 8. Le posizioni dottrinali. 8.1. La ricostruzione di Jay Sigler. 8.2. La teoria dell’azione di Michael Moore. 8.3. La tesi di George Thomas. 8.4. Il problema della *overcriminalization* e l’impostazione di Douglas Husak. 9. Un rapido cenno alla questione italiana del *ne bis in idem*. 9.1. Gli orientamenti della giurisprudenza sul *ne bis in idem*. 9.2. Le soluzioni proposte dalla dottrina nostrana. 10. Conclusioni: “*the moral of the story*”.

1. Premesse.

Il codice di procedura penale italiano, all’art. 649 c.p.p., sancisce, come risaputo, il principio del *ne bis in idem* che, tuttavia, non è esplicitamente contemplato a livello costituzionale né esso è richiamato da specifica disposizione nel settore del diritto penale sostanziale.

Per altro verso, il concorso di reati è governato, nella parte generale del codice penale, dal principio di specialità, dall’istituto del reato complesso, del concorso formale e del reato continuato, nonché da regole che limitano il cumulo sanzionatorio nell’ipotesi di concorso materiale di reati; singole disposizioni incriminatrici contengono, poi, delle clausole di riserva, che escludono l’applicabilità di talune norme convergenti; altre recano discipline *ad hoc* del concorso tra taluni reati.

Dottrina e giurisprudenza, poi, hanno elaborato il concetto di “reato di durata” (a fronte di un sistema positivo che contempla, come categoria generale, soltanto il reato permanente), con l’assorbimento in un’unica fattispecie di condotte plurime realizzate nel tempo (o caratterizzate da un “evento frazionato”), nonché altri (assai controversi) costrutti che hanno la funzione di limitare la responsabilità in relazione all’*idem factum* (come, ad esempio, il criterio di sussidiarietà e quello di consunzione).

Quanto, invece, ai sistemi giuridici statunitensi, il concetto di *ne bis in idem* è espresso dalla diversa formula “*double jeopardy*”, oggetto di una specifica *clause* contenuta nel Quinto Emendamento, oltre che dalle Costituzioni di numerosi Stati federati.

Si tratta di un principio che esplica efficacia sul piano processuale ma che, per quanto si illustrerà in questa sede, spiega (seppur limitati) riflessi anche sul terreno del diritto penale sostanziale, nell’ambito del concorso di reati (c.d. “*joinder of offenses*”), con funzione di argine al cumulo di responsabilità in relazione a plurime contestazioni, anche in seno allo stesso processo.

D’altra parte, però, le parti generali dei codici penali statunitensi, inserite negli statuti, di massima non prevedono un sistema organico di norme atte a “regolare il traffico” nelle ipotesi di confluenza di norme incriminatrici, mentre nei codici di rito (pure parte degli

statuti) si rintracciano disposizioni che determinano innumerevoli sbarramenti, sancendo un *ne bis in idem* "allargato" di natura processuale.

Si tratta di disposizioni che mirano, attraverso la previsione di improcedibilità dell'azione pubblica, anche a sostenere l'idea del *simultaneus processus* e che si affiancano ad un vasto e peculiare strumentario, ovverosia:

- alla *discretion* che connota l'esercizio dell'azione penale da parte degli organi d'accusa, che può estendersi fino alla scelta del *prosecutor* di omettere la contestazione di taluni reati;

- al *plea bargain*, ovverosia l'accordo tra accusa e difesa, che può condurre a sostanziali "sconti" per il reo, derivanti anche dalla rinuncia da parte del *prosecutor* alla contestazione di alcuni reati;

- alla discrezionalità decisoria attribuita al giudice nella fase di *sentencing*. Ciò non solo attraverso manovre sul *quantum* di pena (nel contesto di sistemi penali che non di rado compendiano fattispecie incriminatrici che presentano forbici edittali particolarmente ampie e ove le *sentencing guidelines* lasciano, comunque, ampi spazi alla discrezionalità delle corti), ma anche per via della possibilità di prevedere "*consecutive sentences*" (nel qual caso le pene per ciascun reato sono scontate dal reo una dopo l'altra) o "*concurrent sentences*" (per cui le pene, pur della stessa natura, vengono eseguite, in maniera sotto certi aspetti virtuale, contemporaneamente).

Si tratta di un panorama ampio e del tutto peculiare, dunque. In questa sede, però, l'attenzione si incentrerà sulla *double jeopardy clause*, attraverso un'analisi che tenterà di porre in luce le molte criticità teoriche ed applicative che essa involge, al fine di trarne delle considerazioni utili all'approccio al *ne bis in idem* nel sistema nostrano.

2. L'origine storica del divieto.

Il concetto di "*jeopardy of life or limb*" (tradotto letteralmente: "pericolo per la vita o l'incolumità fisica") ha radici profonde nella storia del diritto anglosassone; esprimendo il divieto del *doppio processo* e della *doppia sanzione* sulla c.d. "*same offense*"², esso è informato sull'idea del pericolo (*jeopardy*) della condanna dell'innocente e sul principio del giusto processo, già sancito dalla *Magna Carta* del 1215 che, elaborando l'*habeas corpus*, professò l'esigenza di difesa del cittadino rispetto all'abuso di potere dell'autorità pubblica³.

Si tratta di una visione che è stata "importata" negli *States* e che è stata più volte ribadita dalla giurisprudenza d'oltreoceano, anche in tempi moderni. Così, ad esempio, con la sentenza *Green v. United States*, 355 U.S. 184 (1957) la Corte suprema degli Stati Uniti ha affermato: «l'idea di fondo, assai radicata almeno nei sistemi anglo-americani, è che lo Stato con tutte le sue risorse e il suo potere non dovrebbe essere autorizzato a tentare ripetutamente di condannare un individuo per un presunto reato, sottoponendolo così a

2 P. WESTEN-R. DRUBEL, *Toward a general theory of double jeopardy*, in *Supreme Court Review*, 1978, 1, 81 ss; J. KING, *Portioning punishment: constitutional limits on successive and excessive penalties*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 1995, 1, 101 ss; C.F. STUCKEMBERG, *Double jeopardy and ne bis in idem in common law and civil law jurisdictions*, in AA.VV., *The Oxford handbook of criminal process*, 2019, 457 ss. Sul concetto di "*same offense*", vd. *infra*.

3 G. HINDLEY, *A brief history of Magna Carta. The origins of liberty from Runnymede to Washington*, London, 2015, *passim*. In precedenza, M. EDGELY, *Truth or justice? Double jeopardy reform for Queensland: rights in jeopardy*, in *Queensland University Technology, Law & Justice Journal*, 2007, 1, 108 ss.

imbarazzo, spese e oneri probatori e costringendolo a vivere in un continuo stato di ansia e insicurezza, oltre che a implementare il pericolo che, pur essendo innocente, egli possa essere giudicato colpevole»⁴.

Siffatto principio ben si sposa con l'idea *liberal* americana, con la necessità, avvertita da molti filosofi e politologi, che lo Stato limiti il proprio raggio d'azione per evitare d'invasione la sfera di libertà dei cittadini⁵, nonché con quella, strettamente interconnessa, di un *criminal law* "ridotto"⁶.

Sebbene la dottrina abbia individuato un qualche collegamento tra la *double jeopardy clause*, in termini di *ne bis in idem* di matrice processuale, e un'antichissima tradizione continentale⁷, si può osservare come dai documenti risalenti all'epoca medievale e ai regni anglosassoni (dal V all'XI secolo) non emergano riferimenti al suddetto principio e che, anzi, la cumulabilità, *illo tempore*, tra l'azione esercitata dal re (c.d. "*kings indictment*") e dalla vittima ("*appeal of felony*") sembrerebbe addirittura deporre per la sua radicale negazione⁸.

La questione si affacciò nel panorama inglese dopo il dominio normanno (1066-1154) e, in particolare, nel XII secolo, che fu teatro dei rapporti conflittuali tra il re Henry II il Plantageneto (che regnò tra il 1154 ed il 1189) e Thomas Becket, arcivescovo di Canterbury, *id est* tra potere secolare ed ecclesiastico; in quel periodo, difatti, il *benefit of clergy* (*privilegium*

4 Sul fondamento garantista del principio, finalizzato a scongiurare l'abuso della potestà pubblica oltre che il rischio di condanna dell'innocente, nonché ad assicurare la parità delle armi tra accusa e difesa, messa a rischio dalla sperequazione delle risorse di cui possono godere la parte pubblica e quella privata, vd. anche M.E. LUGAR, *Criminal law, double jeopardy, and res judicata*, in *Iowa Law Review*, 1954, 2, 845 ss; J. BIGELOW, *Former conviction and former acquittal*, in *Rutledge Law Review*, 1956, 487 ss; E.I. GRINBERG, *Double jeopardy: its history, rational and future*, in *Dickinson Law Review*, 1966, 3, 377 ss; M.L. FRIEDLAND, *Double jeopardy*, Oxford, 1969, 4. In argomento, vd. anche W.T. FISCHER, *Double jeopardy, two sovereignties and the intruding constitution*, in *University of Chicago Law Review*, 1961, 4, 591 ss (spec. 592): «*in fact, on the fanciful hypothesis of an unlimited number of prosecutions the ultimate conviction of an innocent man approaches a mathematical certainty*». Più di recente, M.G. MCKAY, *Double jeopardy: are the pieces the puzzle?*, in *Washburn Law Journal*, 1983, 1, 1 ss; D.E. BURTON, *A closer look at the supreme Court and the double jeopardy clause*, in *Ohio State Law Journal*, 1986, 2, 799 ss (spec. 803); S.R. KLEIN, *Double jeopardy's demise*, in *California Law Review*, 2000, 4, 1001 ss. In questo senso, in giurisprudenza, vd., tra le tante, anche *Tibbs v. Florida*, 457 US 31, 457 US 41 (1982), per la quale «la clausola del doppio rischio intende proteggere il cittadino dall'oppressione governativa». Si tratta di una pronuncia intervenuta sul tema del *retrial* a seguito dell'annullamento della sentenza di condanna, su cui ci si soffermerà da qui a breve.

5 Che si può far risalire a J. LOCKE, *Second treatise of government*, Londra, 1689. Su questa stessa linea, nella sterminata letteratura, vd. T. PAINE, *Common sense*, Filadelfia, 1776; J.S. MILL, *On liberty*, London, 1859; L. SPOONER, *No treason: the constitution of no authority*, Boston, 1870; F.A. HAYEK, *The road to serfdom*, Chicago, 1944; M. FRIEDMAN, *Capitalism and freedom*, Chicago, 1962; D. FRIEDMAN, *The machinery of freedom*, New York, 1973; M. ROTHBARD, *For a new liberty: the libertarian manifesto*, New York, 1973; R. NOZICK, *Anarchy, State and utopia*, New York, 1974; D. GAUTHIER, *Morals by agreement*, Oxford, 1986; R. PAUL, *The Revolution: a manifesto*, New York, 2008.

6 Su questo tema, vd. H.M. HART JR., *The aims of the criminal law*, in *Law and Contemporary Problems*, 1958, 3, 401 ss; H.L. PACKER, *The limits of the criminal sanction*, Stanford, 1968; N. MORRIS, *The future of imprisonment*, Chicago, 1974; A. VON HIRSCH, *Doing justice: the choice of punishments*, New York, 1976; S.H. KADISH, *Blame and punishment: essays in the criminal law*, New York, 1987; D. HUSAK, *Overcriminalization: the limits of the criminal law*, New York, 2008.

7 G. COFFEY, *A history of the common law double jeopardy principle: from classical antiquity to modern era*, in *Athens Journal of Law*, 2022, 3, 253 ss.

8 In argomento, e sulla circostanza che il *ne bis in idem* processuale si sarebbe pienamente affermato in Inghilterra, addirittura, soltanto dopo il varo, negli *States*, del Quinto Emendamento, vd. K.N.C. PILLAI, *Double jeopardy protection. A comparative overview*, Delhi, 1988, 2 ss.

clericale) divenne oggetto di disputa, nella misura in cui la Chiesa cattolica, facendo leva sul canonistico *nemo bis in idipsum*, si oppose all'idea (sancita nelle *Constitutions of Clarendon*, del 1164) che, a seguito del processo instaurato dall'*Ecclesia Christi*, lo stesso individuo potesse essere comunque tratto in giudizio, per il medesimo fatto, davanti alla *curia regis*⁹.

Ad ogni modo, mentre alla suddetta *quaestio iuris* non fece alcun cenno il *Tractatus de legibus et consuetudinibus regni Angliæ*, di Ranulf de Glanville, del 1189, brevi riferimenti al divieto del doppio giudizio si riscontrano in *De legibus et consuetudinibus Angliæ*, di Henry de Bracton, del 1235 (durante il regno di Henry III)¹⁰, che venne poi richiamato altresì, agli albori del *common law*, dal misterioso trattato *Britton*, redatto in lingua francese (sotto il regno di Edward I, a cavallo tra XIII e XIV secolo), ove si scorge il riferimento a "*autrefois acquit*" (ossia "*previously acquitted*", già prosciolto) e "*autrefois convict*" ("*previously convicted*", cioè già processato), quale sbarramento a nuove iniziative accusatorie¹¹.

In ogni caso, alcuni storici del diritto (in un contesto ove le fonti, ricavabili dagli *English Year Books*, si rivelano oltremodo frammentarie)¹², hanno sostenuto che soltanto alla fine del Medioevo (durante il quale il rito inquisitorio si connotò per la prevalenza dei poteri dell'accusa sulle garanzie del *defendant*)¹³, ossia nel '500, le corti inglesi (in particolare, la *Court of King's Bench*) avessero cominciato ad impiegare, peraltro sporadicamente e senza la pretesa di elaborare una chiara definizione del concetto, il *ne bis in idem* processuale¹⁴.

Ciò nonostante, dopo la trattazione del principio da parte di William Staunford, in *Les plees del Coron* (del 1557), sotto la dinastia Tudor, nella terza parte delle sue *Institutes of the laws of England*, pubblicata per la prima volta a Londra nel 1644 (nel periodo degli Stuart), Edward Coke (in un'epoca in cui venne eliminato il "doppio binario" tra azione pubblica e privata, sebbene l'*appeal of felony* fosse già entrato in disuso alla fine del Medioevo) rimarcò come il *criminal justice system* fosse informato sulla regola per cui nessun uomo avrebbe dovuto essere messo in pericolo due volte in ordine alla medesima contestazione, secondo il brocardo "*nemo debet bis vexari pro una et eadem causa*" (ovverosia, "nessuno dovrebbe essere

9 J.H. HUNTER, *The development of the rule against double jeopardy*, in *Journal of Legal History*, 1984, 1, 3 ss (spec. 6). Su questo tema, nonché sulle evoluzioni del *benefit of clergy*, vd. altresì N.F. BAKER, *Benefit of clergy. A legal anomaly*, in *Kentucky Law Journal*, 1927, 2, 85 ss; C. DUGGAN, *The Becket dispute and the criminous clerks*, in *Bulletin of the Institute of Historical Research*, 1962, 1, 1 ss. Sull'origine canonistica della *double jeopardy clause*, nella letteratura nostrana, vd. M. SCOLETTA, *Idem crimen. Dal "fatto" al "tipo" nel concorso apparente di norme penali*, Torino, 2023, 324.

10 Per il richiamo dei passaggi da cui si ricaverebbe il principio, vd. G.C. THOMAS III, *The double jeopardy clause and the failure of the common law*, in *Texas Tech Law Review*, 2020, 1, 7. In argomento, vd. anche J.A. SIGLER, *A history of double jeopardy*, in *American Journal of Legal History*, 1963, 1, 283 ss.

11 A.M. BURRIL, *A new law dictionary and glossary*, vol. I, Union, 1998, 118.

12 Per una panoramica analitica, vd. M.S. KIRK, *Jeopardy during the period of the Year Books*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 1934, 4, 602 ss; D.S. RUDSTEIN, *A brief history of the Fifth Amendment guarantee against double jeopardy*, in *William & Mary Bill of Rights Journal*, 2005, 1, 193 ss (spec. 202 ss).

13 Vd. W.S. HOLDSWORTH, *A history of English law*, London, vol. IX, 1926, 224; F.B. POLLOCK-F.W. MAITLAND, *The history of English law before the time of Edward I*, Cambridge, 1968; J.G. BELLAMY, *Criminal trial in later medieval England: felony before the courts from Edward I to the Sixteenth Century*, London, 1998, *passim*.

14 J.A. SIGLER, *Double jeopardy: the development of a legal and social policy*, New York, 1969, 291 ss. In tema, vd. anche S.V. DEBRACCIO, *The double jeopardy clause, newly discovered evidence, and an "unofficial" exception to double jeopardy: a comparative international prospective*, in *Albany Law Review*, 2013, 3, 1821 ss (spec. 1823).

molestato due volte per la stessa causa”). Ciò soggiungendo che siffatto ostacolo (sussistente in ipotesi di assoluzione o condanna, nonché di concessione del *pardon*) dovesse considerarsi *ius receptum* nella *common law tradition*, oltre che essenziale per garantire che gli individui non fossero soggetti a persecuzioni ingiuste e processi ripetuti per lo stesso presunto crimine, essendo detto sbarramento posto a presidio delle libertà personali ma anche della credibilità/autorevolezza del sistema giudiziario¹⁵.

A quel tempo, però, la locuzione *double jeopardy*, espressione di un principio che non venne neppure sancito dal *Bill of Rights* del 1689, non era stata ancora associata al concetto continentale del *ne bis in idem* essendo, in effetti, addirittura assente nella nomenclatura del *common law* inglese¹⁶; il principio sottendente alla suddetta espressione, comunque, venne ribadito (con le formule *autrefois acquit* e *autrefois convict*) in dottrina¹⁷ e, in particolare, nell’opera di Matthew Hale dal titolo *The history of the pleas of the Crown* (1736-1739), nonché negli scritti di William Blackstone di fine ‘700, allorquando in Inghilterra era in vigore il c.d. “*Bloody code*”, in un’epoca in cui il diritto penale d’oltremarica mostrò, in vero, un volto truce, nel prisma della *law and order idea*, che riposò sull’*harsh treatment* e sulla proliferazione delle fattispecie statutarie punite con pena capitale¹⁸.

Secondo Blackstone, in particolare, «la difesa (*plea*) relativa al precedente proscioglimento (*acquittal*) è affermata nel *common law* inglese, tanto che un individuo non può essere posto in pericolo (*jeopardy*) of his life or limb più di una volta (*more than once*)». Con la conseguenza che, «when a man is once fairly found not guilty upon any indictment or other prosecution, before any court having competent jurisdiction over the offense, he may plead such acquittal in bar of any subsequent accusation for the same crime»¹⁹. Sicché, il *jeopardy*, imperniato sul binomio *same act/same offense*, che per l’illustre studioso inglese (il quale, verosimilmente, fu il primo ad utilizzare siffatto termine) avrebbe costituito la base per un’eccezione (*plea*, per l’appunto) usufruibile dalla difesa, si pose in controtendenza rispetto alle derive del *criminal justice system* dell’epoca²⁰.

Quanto all’America, nel XVII secolo le colonie inglesi attinsero a piene mani dal *common law* della madre patria, tanto è vero che i volumi di Blackstone divennero il punto di riferimento imprescindibile per i giuristi d’oltreoceano²¹. Sicché, con ogni probabilità, proprio in ragione della diffusione delle teorie di questo influente studioso²², il *double jeopardy principle* venne espressamente richiamato, nell’America coloniale, dal *Body of liberties* del

15 Per un commento dell’impostazione di Coke, vd. D.S. RUDSTEIN, *Double jeopardy. A reference guide to the United State Constitution*, Westport, 2004, 9.

16 Vd. J.H. BAKER, *An introduction to English legal history*, London, 1979, cap. II.

17 Per i riferimenti giurisprudenziali relativi al XVII e XVIII secolo, vd. G. COFFEY, *A history of the common law double jeopardy principle: from classical antiquity to modern era*, op. cit., 271 ss.

18 Vd. J.F. STEPHEN, *Variations in the punishment of crime*, in *Nineteenth Century*, 1885, 5, 755 ss; L. RADZINOWICZ, *A history of criminal law and its administration from 1750*, vol. I, New York, 1948, 4; più di recente, AA.VV., *Nineteenth century crime and punishment*, a cura di V. Bailey, London, 2020.

19 W. BLACKSTONE, *Commentaries on the laws of England*, Oxford, 1772, 335.

20 Su cui vd. anche J. WALLIS, *The bloody code in England and Wales, 1760-1830*, Cham, 2018.

21 G.O.W. MUELLER, *Crime, law, and the scholars: a history of scholarship in American criminal law*, Washington, 1966, 19. In precedenza, R. POUND, *The spirit of common law*, Francistown, 1921, 96.

22 Vd. J. MILLER, *Handbook of criminal law*, St. Paul, 1934, 534; O. OLUSANYA, *Double jeopardy without parameters*, Oxford, 2004, 31.

Massachusetts (del 1641), dal *Connecticut code* (1652), dalla *New Hampshire Constitution* (del 1784) e, poco dopo, dalla *Pennsylvania Constitution* (1790) che, all'articolo IX, stabilì che «*nor shall any person be subject for the same offense to be twice put in jeopardy of life or limb*», secondo una formulazione moderna, che venne ripresa letteralmente, subito dopo (1791), dal Quinto Emendamento alla Costituzione americana.

2.1. Il Quinto Emendamento.

«*No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a Grand Jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the Militia, when in actual service in time of war or public danger; nor shall any person be subject for the same offense to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation*».

Il testo del Quinto Emendamento, sopra testualmente riportato, dunque, richiama (oltre al diritto di essere giudicati da un *gran jury*, i principi del *nemo tenetur se detegere* e del giusto processo, nonché il diritto all'indennizzo in caso di espropriazione per pubblica utilità) il divieto di porre per due volte "in pericolo di vita o di incolumità fisica" (*jeopardy of life or limb*) lo stesso individuo per il medesimo reato (*offense*).

Per quanto emerge dagli atti preparatori, la suddetta clausola fu oggetto di ampio dibattito da parte dei compilatori del *Bill of Rights*, che scartarono una precedente formulazione proposta da James Madison, che prevedeva «*no person shall be subject... to more than one punishment or trial for the same offense*», essendo state esplicitate perplessità in ragione delle limitazioni che siffatta previsione (poi approvata con modificazioni nella versione ancor oggi vigente) avrebbe importato rispetto alle prerogative del *prosecutor*²³.

Si tratta di una previsione che, originariamente, si riferiva all'applicazione della pena di morte o di pene corporali; suddetta clausola, tuttavia, oggi è intesa, come meglio si preciserà da qui a breve, in termini assai più ampi, ossia come strumento di protezione del soggetto rispetto all'ipotesi di una seconda accusa, di un secondo processo ma anche – entro certi limiti e a talune condizioni – di una pluralità di sanzioni per un medesimo illecito (*felony o misdemeanor*), sia esso previsto dal *common law* oppure da norme statutarie (federali dei singoli Stati americani), laddove la prospettiva sia quella del *punishment* (*id est*, non soltanto l'applicazione della pena capitale).

Quel che si può aggiungere, a margine dei brevi rilievi sinora sviluppati, è che la suddetta *clause* nacque e si sviluppò inizialmente in una proiezione prevalentemente processuale, incardinandosi sul divieto della *dual prosecution*²⁴ piuttosto che sul terreno del diritto penale sostanziale, in termini, cioè, di limite ai cumuli sanzionatori.

Difatti, le più importanti questioni scrutinate dalla Corte suprema degli Stati Uniti, fino agli inizi del XX secolo, correlate alla *double jeopardy clause*, si riferirono a:

23 Vd. B. SCHWARTZ, *The Bill of Rights: a documentary history*, New York, 1971, 1149 ss. In argomento, a livello monografico, vd. L.W. LEVY, *Origins of the Fifth Amendment*, Chicago, 2023. Sul tema dei limiti al *retrial* e alle *impugnative* da parte dell'accusa vd. *infra*.

24 Seppur sollevando, già *ab initio*, in siffatta prospettiva, notevoli difficoltà ermeneutiche e applicative. Vd. C.E. BATCHELDER, *Former jeopardy*, in *American Law Review*, 1883, 2, 735 ss (spec. 749).

- i rapporti tra la giurisdizione federale, da un lato, e quella dei singoli Stati, dall'altro, nella prospettiva della possibilità di attivare separati processi e di irrogare più sanzioni sulla base della medesima condotta tenuta dal reo, che divenne oggetto di numerosi pronunciamenti delle corti già a partire dal XIX secolo;

- la legittimità dell'istaurazione di un nuovo processo a seguito del licenziamento della giuria "in stallo" (c.d. "*hung jury*"), questione vagliata da *United States v. Josef Perez*, 22 U.S. (9 Wheat) 579 (1824);

- la (im)possibilità di attivare, con riferimento al medesimo fatto, un nuovo processo finalizzato all'irrogazione di una pena detentiva allorché il precedente fosse sfociato nell'applicazione di una pena pecuniaria, scrutinata (tra le altre questioni, su cui vd. *infra*) da *ex parte Lange*, 85 U.S. (18 Wall.) 163, 169 (1874);

- gli effetti (non) preclusivi della *res iudicata* formatasi in sede penale nel processo civile, tema analizzato – nel prisma del c.d. "*collateral estoppel*" – da *Coffey v. United States*, 116 U.S. 436 (1886);

- la compatibilità con la *double jeopardy clause* dell'istaurazione di un nuovo *trial* a seguito dell'annullamento del precedente per vizi procedurali, oggetto di *United States v. Sanges*, 144 U.S. 310 (1892), nonché di diverse altre pronunce coeve;

- l'effetto preclusivo della decisione assunta nel merito, per lo stesso fatto e per la medesima fattispecie, in favore del *defendant*, anche laddove intervenuta prima dell'emissione del verdetto della giuria, sancito in *Kepner v. United States*, 195 U.S. 100 (1904);

- la limitazione della *clause* al caso di contestazione, in un secondo giudizio, dello stesso fatto e del medesimo reato, che venne stabilita da *Burton v. United States*, 202, U.S. 344 (1906)²⁵;

- la (im)possibilità di istaurare un nuovo processo dinnanzi alla giurisdizione ordinaria per la *same offense* oggetto di un precedente pronunciamento da parte di una corte militare, oggetto della sentenza *Grafton v. United States*, 206 U.S. 333 (1907);

- lo sbarramento rispetto ad un nuovo verdetto a seguito di una sentenza di condanna nonché di assoluzione/proscioglimento nel merito (anche se "implicita"), su cui si soffermò *United States v. Oppenheimer*, 242 U.S. 85 (1916), con la quale si stabilì pure che «una sentenza a favore dell'imputato che sancisca la prescrizione dell'azione penale incide sulla sua responsabilità in base al diritto sostanziale e, in qualunque forma sia stata sollevata la questione, tale sentenza può essere interposta come ostacolo ad un'altra azione penale per lo stesso reato».

Del resto, il *common law* inglese, antecedente alla Dichiarazione d'indipendenza del 4 luglio 1776, trapiantato in America, nonché i primi statuti americani componevano un panorama caratterizzato da un ristretto numero di reati, laddove alcune norme procedurali impedivano condanne multiple in un singolo processo²⁶. Tuttavia, nell'ultimo quarto dell'800

²⁵ Nel caso di specie l'imputato era stato assolto dall'accusa di aver percepito, nella qualità di pubblico ufficiale, delle somme da un individuo, funzionario di un'impresa, e poi riprocessato per aver indebitamente percepito remunerazioni da parte della medesima società, nel qual caso la Corte ritenne non sussistente il divieto del doppio giudizio.

²⁶ Vd. A.S. GOLDSTEIN, *The State and the accused: balance of advantage in criminal procedure*, in *Yale Law Journal*, 1960, 4, 1173 ss.

suddetto panorama mutò, a causa di un corpo crescente di norme statutarie, anche a livello federale, che ingrossarono i cataloghi degli illeciti, spesso confluenti²⁷. Per proteggere gli interessi dell'imputato, quindi, il divieto di doppio rischio evolse oltre il contesto procedurale, per incarnare un (potenziale) ostacolo sostanziale rispetto a condanne o punizioni multiple per la *same offense* in un singolo processo²⁸. Sicché, i repertori si arricchirono, pian piano, di pronunciamenti relativi alle proiezioni della *double jeopardy clause* sul terreno del diritto penale sostanziale, attraverso alcuni importanti *landmark cases*, tra cui si possono rammentare:

- (la già citata) *ex parte Lange*, del 1874, con cui la Corte suprema degli Stati Uniti affermò che la *double jeopardy clause* dovesse ritenersi applicabile tanto ai *felonies* quanto ai *misdemeanors*, nonché ai reati di *common law* come a quelli statuari. Si soggiunse, inoltre, che il divieto dovesse ritenersi esteso non solo agli illeciti qualificati dal legislatore come penali, bensì a qualsivoglia norma la cui violazione avrebbe importato, di fatto, un *punishment*;

- *in re Nielsen*, 131 US 176 (1889), in cui la Corte suprema U.S.A. affermò che il reato di coabitazione adulterina assorbisse quello di adulterio;

- *Gavieres v. United States*, 220 U.S. 388 (1911), con la quale la Corte suprema degli Stati Uniti analizzò questioni relative alla *double jeopardy clause* e sviluppò il criterio della c.d. "*same evidence*", gettando le fondamenta per il successivo pronunciamento *Blockburger* (su cui vd. *Infra*).

Sebbene, dunque, il concetto di *double jeopardy*, come già accennato, vanti una lunga tradizione, esso, come sottolineato pure da *Stout v. Oklahoma*, 36 Okla, 744, 756 (Oklahoma 1913) e per quanto meglio si illustrerà, ha fatto registrare in tempi moderni delle relevantissime ed interessanti evoluzioni.

2.2. La "codificazione" della *double jeopardy clause* negli ordinamenti degli Stati federati.

Il principio del *double jeopardy* è contemplato dalla stragrande maggioranza delle Carte costituzionali degli Stati americani.

In dettaglio:

- l'art. 1, Sez. 9, dell'*Alabama Constitution*, stabilisce che «*no person shall, for the same offense, be twice put in jeopardy of life or limb*», così come la stessa formulazione, mutuata quasi letteralmente dal Quinto Emendamento, è compendiata nell'art. 1, Sez. 8, della *Delaware Constitution*, nella Sez. 13 della *Kentucky Constitution*, nell'art. 1, Sez. 8, della *Maine Constitution*, nell'art. 1, Sez. 10, della *Pennsylvania Constitution*, nell'art. 1, Sez. 10, della *Tennessee Constitution*;

- l'art. 1, Sez. 14, della *Texas Constitution* prevede che «*no person shall be twice put in jeopardy of life or liberty... for the same offense*», impiegando una versione modernizzata della previsione del Quinto Emendamento, adottata anche dall'art. 2, Sez. 8, della *Arkansas Constitution*,

²⁷ In argomento, vd. D.A. BRAUN, *Praying to false sovereigns: the rule permitting successive prosecutions in the age of cooperative federalism*, in *American Journal of Criminal Law*, 1992, 1, 1 ss (spec. 5), che ha analizzato il tema dell'*overlapping* nella prospettiva della confluenza tra norme incriminatrici statali e federali, nel prisma della *dual sovereignty*, su cui *infra*.

²⁸ L. SIMON, *Twice in jeopardy*, in *Yale Law Journal*, 1965, 1, 262 ss (spec. 279); S.A. SIGLER, *Federal double jeopardy policy*, in *Vanderbilt Law Review*, 1966, 2, 375 ss (spec. 377).

dall'art. 11, Sez. I, par. XVIII, della *Georgia Constitution*, dall'art. 1, Sez. 9, della *Missouri Constitution*, dall'art. 2, Sez. 21, della *Oklahoma Constitution*, nonché dall'art. 1, Sez. 12, della *South Carolina Constitution*;

- l'art. 1, Sez. 9, dell'*Alaska Constitution*, sancisce che «*no person shall be twice put in jeopardy for the same offense*», attraverso una formula pressoché identica a quella adottata dall'art. 2, Sez. 10, dell'*Arizona Constitution*, dall'art. 1, Sez. 15, della *California Constitution*, dall'art. 2, Sez. 18, della *Colorado Constitution*, dall'art. 1, Sez. 9, della *Florida Constitution*, dall'art. 1, Sez. 10, della *Hawaii Constitution*, dall'art. 1, Sez. 13, della *Idaho Constitution*, dall'art. 1, Sez. 10, della *Illinois Constitution*, dall'art. 1, Sez. 14, della *Indiana Constitution*, dalla Sez. 10 del *Kansas' Bill of Rights*, dall'art. 1, Sez. 15, della *Louisiana Constitution*, dall'art. 1, Sez. 15, della *Michigan Constitution*, dall'art. 1, Sez. 7, della *Minnesota Constitution*, dall'art. 3, Sez. 22, della *Mississippi Constitution*, dalla parte 2, Sez. 25, della *Montana Constitution*, dall'art. 1, Sez. 12, della *Nebraska Constitution*, dall'art. 1, Sez. 8, della *Nevada Constitution*, dall'art. 1, Sez. 6, della *New York Constitution*, dall'art. 1, Sez. 12, della *North Dakota Constitution*, dall'art. 1, Sez. 10, della *Ohio Constitution*, dall'art. 1, Sez. 12, della *Oregon Constitution*, dall'art. 1, Sez. 7, della *Rhode Island Constitution*, dall'art. 6, Sez. 9, della *South Dakota Constitution*, dall'art. 1, Sez. 12, della *Utah Constitution*, dall'art. 1, Sez. 8, della *Virginia Constitution*, dall'art. 1, Sez. 9, della *Washington Constitution*, dall'art. 3, Sez. 5, della *West Virginia Constitution*, dall'art. 1, Sez. 8, della *Wisconsin Constitution*, dall'art. 1, Sez. 11, della *Wyoming Constitution*;

- l'art. 1, nella Parte I della *New Hampshire Constitution*, prevede che «*no person shall be tried (ossia messo alla prova) more than once for the same offense*»²⁹;

- l'art. 1, Sez. 11 della *New Jersey Constitution* stabilisce che: «*no person shall, after acquittal, be tried for the same offense*»³⁰;

- ad oggi, solo cinque Paesi, e cioè Connecticut, Maryland, Massachusetts, North Carolina e Vermont, non richiamano la *double jeopardy clause* nelle proprie Carte costituzionali³¹.

Su questo argomento occorre rilevare anche che il *Model Penal Code*, elaborato dall'*American Law Institute* e pubblicato nel 1962, contiene ampie previsioni in tema di *double jeopardy* e di concorso di reati, delle quali è opportuno dar brevemente conto in questa sede.

La *Section 1.07* del MPC è dedicata al «*method of prosecution when conduct constitutes more than one offense*», ovvero al concorso di reati, e stabilisce, in sintesi, che:

29 Sicché, la struttura della norma, che prevede il termine “*tried*” anziché la locuzione “*put in jeopardy*”, è sostanzialmente assimilabile a quella del Quinto Emendamento.

30 Nonostante la peculiarità della formulazione della norma costituzionale, che richiama solo l'ipotesi del proscioglimento/assoluzione quale condizione che fa scattare la *double jeopardy protection*, la Corte suprema del New Jersey ha costantemente adattato l'interpretazione di essa a quella resa dalla Corte suprema U.S.A. in ordine al Quinto Emendamento (ritenendo la norma interna “*coextensive*” della garanzia federale). Vd. il “*syllabus*” elaborato dall'*Office of the Clerk* in relazione al caso *New Jersey v. Rodney J. Miles* (A-72-15) (077035), deciso il 16 maggio 2017, reperibile in www.law.justitia.com.

31 In ogni caso, le giurisdizioni di questi Stati, in tempi recenti, a seguito delle evoluzioni di cui si darà conto, hanno rimarcato che la *clause* costituirebbe un principio implicito nei propri ordinamenti. Vd. *State v. Butler*, 810 A.2d 791 (Connecticut 2002); *State v. Long*, 954 A.2d 1083 (Maryland 2008); *Commonwealth v. Hrycenko*, 630 N.E.2d 258 (Massachusetts 1994); *Brock v. State*, 344, U.S. 424 (North Carolina 1953) e *State v. Cameron*, 283 N.C. 191, 195 S.E.2d 481 (North Carolina 1973); *State v. Fonseca-Cintrón*, 238 A.3d 594, 2019 Vt. 80 (Vermont 2019).

- nel caso in cui la “*same conduct*” sostanzialmente, in astratto, una pluralità di reati (*more than one offense*), «*the defendant may be prosecuted for each such offense. He may not, however, be convicted*» (ossia condannato, punito) più volte nel caso in cui ricorrano le seguenti circostanze: a) un reato sia “incluso” in un altro³²; b) tra *conspiracy* e reato consumato, o tra reato consumato ed un altro realizzato per “prepararne” l’esecuzione; c) i reati contestati richiedano nel processo accertamenti di fatti la cui sussistenza determina un’incompatibilità ontologica con la responsabilità per tutte le fattispecie incriminatrici di riferimento; d) laddove le *offenses* in comparazione si pongano in rapporto di genere a specie; e) in ipotesi in cui le condotte realizzate dal reo possano essere ricondotte nell’alveo di fattispecie di durata;

- l’accusa non possa instaurare una pluralità di processi aventi ad oggetto, ciascuno, la contestazione di diversi reati realizzati dal reo con la stessa condotta o, comunque, nello stesso contesto d’azione (*criminal episode*), qualora i fatti siano già noti all’accusa stessa al momento dell’esercizio dell’azione penale.

La successiva *Section 1.08* prevede, invece, «*when prosecution barred by former prosecution for the same offense*», stabilendo che una nuova azione degli organi d’accusa sul medesimo fatto e in base al medesimo reato è preclusa laddove:

- sia già intervenuto un provvedimento definitivo di condanna, o di proscioglimento/assoluzione, ipotesi che si estende all’insufficienza di prove nonché alla condanna per una *lesser included offense*, che determina, dunque, un *implicit acquittal* per quella più grave;

- in un altro processo sia stata adottata una decisione definitiva incompatibile con l’oggetto della nuova accusa;

- nel caso in cui (salve alcune eccezioni specificamente descritte) il precedente processo sia stato interrotto e invalidato impropriamente (dopo il giuramento prestato dal primo testimone).

Infine, la *Section 1.09*, rubricata «*when prosecution barred by former prosecution for different offense*», prevede che l’esercizio dell’azione penale in diversi giudizi, per *fatti diversi* o per *reati diversi* sia comunque preclusa nel caso in cui:

- sia già intervenuta una pronuncia di condanna o assoluzione definitiva e: a) la nuova accusa abbia ad oggetto un reato che avrebbe dovuto essere contestato nel precedente giudizio, secondo quanto previsto dalla citata *Section 1.07*; b) si tratti di illeciti originati dalla stessa condotta in precedenza giudicata, salvo che «il reato per il quale l’imputato è stato precedentemente condannato o assolto e il reato per il quale è successivamente perseguito richiedano ciascuno la prova di un fatto non richiesto dall’altro» e le fattispecie incriminatrici siano state previste dal legislatore per tutelare diversi beni giuridici, oppure quando il reato oggetto del successivo giudizio non si fosse ancora “consumato” al momento dell’instaurazione del precedente giudizio;

32 Ovverosia, secondo quanto previsto dal successivo comma 4, qualora un reato imponga, per il suo accertamento giudiziale, prove (seppur in parte) coincidenti con quelle richieste per la dimostrazione di un altro reato [«*it is established by proof of the same or less than all the facts required to establish the commission of the (other) offense*»]; quando una fattispecie descriva un pericolo o un’offesa meno grave allo stesso bene giuridico tutelato da un’altra, oppure quando le figure incriminatrici si differenzino solo in base all’elemento elementare psicologico tipizzato.

- sia già intervenuta una decisione giudiziale irrevocabile che contenga statuizioni incompatibili con l'accusa da proporsi nel nuovo giudizio;

- il precedente processo sia stato interrotto e invalidato impropriamente (vd. *Section 1.08*) e l'azione penale successiva abbia ad oggetto un reato per il quale l'imputato sarebbe stato condannato se il pregresso giudizio non fosse «*improperly terminated*».

Tirando le somme, si può osservare (al netto della non impeccabile tecnica normativa impiegata) come le direttrici dell'impianto complessivo sopra descritto siano rappresentate dal vincolo imposto agli organi d'accusa nella prospettiva del *simultaneous processus*; da una relevantissima limitazione al cumulo sanzionatorio (attraverso il ricorso al criterio della specialità, a parametri valoriali, ma anche al canone della *same evidence*, su cui *infra*), che coinvolge altresì la *conspiracy*, tradizionalmente affatto considerata nei sistemi anglo-americani come *merger offense*³³.

Quanto alle scelte operate dai legislatori dei singoli Stati federati sulla disciplina del concorso di reati (che, come a breve si evidenzierà, è strettamente connessa con il *double jeopardy principle*), non è certo possibile in questa sede condurre un'analisi "State by State".

Da alcuni esempi si possono, però, trarre spunti di riflessione:

- l'*Arizona Criminal Code*, al § 13-116, in tema di *double punishment*, sancisce il principio per cui «un atto o un'omissione punibile da norme di legge diverse può essere punito in base ad entrambe, ma in nessun caso le sentenze possono essere diverse da quelle concomitanti. Un'assoluzione o una condanna impediscono un'azione penale per lo stesso atto o omissione»³⁴;

- il § 654 del *California Penal Code*³⁵ prevede che «*an act or omission that is punishable in different ways by different provisions of law may be punished under either of such provisions, but in no case shall the act or omission be punished under more than one provision*»³⁶;

- i *Colorado Statutes* compendiano diverse disposizioni relative al doppio processo, che peraltro presentano molte affinità con le previsioni del MPC (vd. §§ 18-1-301 ss), ma non contemplano una disciplina generale del concorso di reati³⁷;

33 Vd. *Braveman v. United States*, 317 U.S. 49 (1942); *Pinkerton v. United States*, 328 U.S. 640 (1946); *Pereira v. United States*, 347 U.S. 1 (1954); *Callanan v. United States*, 364 U.S. 587 (1961). In dottrina, vd. G. IRELAND, *Double jeopardy and conspiracy in the federal courts*, in *Journal of Criminal Law and Criminology*, 1950, 4, 445 ss. Nella letteratura italiana, vd. M. PAPA, voce *Conspiracy*, in *Dig. Disc. Pen.*, vol. III, Torino, 1989, 94 ss.

34 Per una panoramica relativa all'applicazione della *double jeopardy clause*, nonché sull'interpretazione della disposizione richiamata nel testo e, in particolare, sugli orientamenti giurisprudenziali relativi al concetto di "same conduct", che rappresenta il perno su cui ruota la norma, vd. *State v. Watson*, N. 1 CA-CR 18-0838 (Arizona 2020).

35 Che è pressoché identico al § 15-3-8 dell'*Alabama Code*.

36 Su questa disposizione, nonché sulla *double jeopardy clause* come accolta dalla giurisprudenza californiana, vd. R.L. STYN, *California extends double-jeopardy policies to punishment: civil rights. constitutional law, criminal procedure*, in *Stanford Law Review*, 1964, 4, 1108 ss; M.J. BRUCE, *Double jeopardy v. double punishment confusion in California*, in *San Diego Law Review*, 1965, 2, 86 ss. Più di recente, R. DELFINO, *Prohibition on successive prosecutions for the same offense. In search of the "goldilocks zone": the California approach to a national conundrum*, in *American Criminal Law Review*, 2017, 2, 423 ss. Si può comunque notare, in questa sede, come la disposizione in disamina si fondi su una logica di assorbimento che, seppur con formule assai diverse, è stata sposata in alcuni ordinamenti europei, quali la Germania (cfr. § 52 StGB), la Francia (cfr. artt. 132-2 ss c.p.) e la Spagna (cfr. art. 77 c.p.).

37 Su questi temi, vd. R.J. DIETER, *Colorado criminal practice and procedure*, in *Colorado practice series*, vol. XIV, St. Paul, 2023, 256 ss.

- il Cap. 775.021 dei *Florida Statutes* stabilisce che: «chiunque, con un atto o un'azione criminale, commette più reati distinti, sarà condannato per ciascun reato e il giudice che pronuncia la sentenza può ordinare che le condanne siano scontate contemporaneamente o consecutivamente. Ai fini del presente paragrafo, i reati sono distinti se ciascun reato richiede la prova di un elemento che l'altro non richiede. L'intento della Legislatura è di condannare il reo per ogni reato. Le eccezioni a questa regola di interpretazione sono: 1. le ipotesi in cui per i diversi reati siano richiesti identici elementi di prova; 2. i reati si distinguono solo in base al grado di offesa al medesimo interesse protetto; 3. un reato presenti degli elementi costitutivi assorbiti da uno più grave»³⁸;

- il § 609.035 dei *Minnesota Statutes*, al netto di alcune eccezioni correlate a talune fattispecie incriminatrici, stabilisce che «*no person shall be prosecuted or punished more than once for the same conduct*». Sicché, il riferimento alla “conduct”, anziché alla “offense” imprime alla norma un significato non sovrapponibile a quello espresso dal Quinto Emendamento (che verrà meglio descritto da qui a breve), ma neppure al c.d. “*same transaction approach*” (su cui vd. pure *infra*)³⁹;

- Cap. 556.041 dei *Missouri Revised Statutes*, stabilisce che: «quando la stessa condotta integra più di un reato, il reo può essere perseguito per ciascuno di tali reati. Tale persona non può, tuttavia, essere condannata per più di un reato se: (1) un reato è incluso nell'altro, (2) per stabilire la commissione dei reati sono necessarie conclusioni di fatto incoerenti; (3) i reati differiscono solo nel fatto che uno è definito per proibire un determinato tipo di condotta in generale e l'altro per proibire un caso specifico; (4) il reato è definito come un comportamento continuato e ininterrotto, a meno che la legge non preveda che specifici frammenti di tale comportamento costituiscano reati separati»⁴⁰;

- il § 40.10 delle *New York Consolidated Law* prevede che: «una “offense” è commessa ogni volta che viene eseguita una condotta che viola una disposizione statutaria che definisce un reato; quando la stessa condotta o transazione criminale viola due o più di tali disposizioni statutarie, ciascuna di tali violazioni costituisce un reato separato e distinto. La stessa condotta o transazione criminale integra, altresì, reati separati e distinti quando, pur violando solo una disposizione statutaria, provoca morte, lesioni, perdite o altre conseguenze per due o più vittime, e tale risultato è un elemento del reato. In tal caso, vengono commessi

38 Sulla *double jeopardy clause* nonché sulla disciplina del concorso di reati in Florida, vd. *Borges v. State*, 415 So.2d 1265, 1267 (Fla. 1982), che ha precisato che «*the double jeopardy clause presents no substantive limitation on the legislature's power to prescribe multiple punishments, but rather, seeks only to prevent courts either from allowing multiple prosecutions or from imposing multiple punishments for a single, legislatively defined offense*»; *Lippman v. State*, 633 So. 2d 1061 (Fla. 1994); *Hayes v. State*, 803 So.2d 695, 699 (Fla. 2001); *Valdes v. State*, 3 So.3d 1067, 1076 (Fla. 2009). In dottrina, vd. E. ROSEN, *Sollicitation and conspiracy: a Florida practitioner's guide to double jeopardy defense and analysis*, in *Nova Law Review*, 2005, 1183 ss.

39 Sul *double jeopardy* nel sistema criminale di questo Paese, con un'ampissima disamina giurisprudenziale, vd. AA.VV., *Statutory multiple punishment and multiple prosecution: an analysis of Minnesota State Section 609.035*, in *Minnesota Law Review*, 1966, 3, 1102 ss; AA.VV., *Statutory multiple punishment and multiple prosecution: an analysis of Minnesota State Section 609.035*, in *Minnesota Law Review*, 1972, 2, 646 ss; B.J. BUTLER, *The exception that swallowed the rule: fixing the multiple-victim exception to Minnesota Statutes Section 609.035*, in *William Mitchell Law Review*, 2013, 5, 1553 ss.

40 Sulla *double jeopardy clause* ed il concorso di reati in Missouri, vd. D.L. SCHMITT, *Fifth Amendment, double jeopardy, legislative intent, controls in crimes and punishments*, in *Journal of Criminal Law and Criminology*, 1983, 4, 1300 ss.

tanti reati quante sono le vittime. “*Criminal transaction*” indica una condotta che costituisce almeno un reato e che è composta da due o più atti o da un gruppo di atti (a) così strettamente correlati e connessi nel tempo e nelle circostanze della commissione da costituire un singolo episodio criminale, o (b) così strettamente correlati nello scopo o nell’obiettivo criminale da costituire elementi o parti integranti di una singola iniziativa criminale». Inoltre, la stessa disposizione stabilisce che: «nessuno può essere perseguito due volte per lo stesso reato. Una persona non può essere perseguita separatamente per due reati basati sullo stesso fatto o transazione criminale, a meno che: (a) i reati presentano elementi sostanzialmente diversi e gli atti che costituiscono un reato sono in linea di massima chiaramente distinguibili da quelli che costituiscono l’altro; oppure (b) ciascuno dei reati contiene un elemento che non è un elemento dell’altro, e le disposizioni statutarie che definiscono tali reati sono concepite per prevenire tipi molto diversi di offesa; o ... (d) uno dei reati è l’aggressione o un altro reato che provoca lesioni fisiche a una persona, e l’altro reato è un omicidio basato sulla morte di tale persona a causa della stessa lesione fisica, e tale morte si verifica dopo un procedimento penale per l’aggressione o altro reato diverso dall’omicidio; o (e) ogni reato comporta la morte, lesioni, perdite o altre conseguenze per una vittima diversa...”⁴¹;

- il § 2941.25 dell’*Ohio Revised Code* prevede: «(A) Qualora la stessa condotta di un imputato possa essere interpretata come costituente due o più reati connessi di analoga portata, l’atto di accusa o le informazioni possono contenere capi d’imputazione per tutti tali reati, ma l’imputato può essere condannato solo per uno. (B) Qualora la condotta dell’imputato costituisca due o più reati di diversa portata, o qualora la sua condotta determini due o più reati dello stesso tipo o di tipo simile commessi separatamente o con intenti distinti per ciascuno di essi, l’atto di accusa o le informazioni possono contenere capi d’imputazione per tutti tali reati e l’imputato può essere condannato per tutti gli illeciti commessi»⁴².

La disciplina del concorso di reati e della *double jeopardy clause*, inoltre, è talora compendiata e regolamentata in dettaglio in altre fonti e, in particolare, nelle *sentencing guidelines* adottate nei vari Stati federati; tanto basta per constatare come l’autonomia legislativa attribuita ai vari legislatori americani abbia originato un quadro assai frastagliato e come, in effetti, in questo settore il MPC non sia riuscito a perseguire l’intento per il quale era stato varato, ovvero sia omogeneizzare i sistemi giuridici statunitensi.

3. La limitazione per “materia”.

Secondo giurisprudenza costante, la *double jeopardy clause* non potrebbe trovare applicazione in procedimenti che non avessero ad oggetto questioni penali, come stabilito, in materia di sanzioni fiscali, già a partire risalente sentenza *Helvering v. Mitchell*, 303, U.S. 391 (1938), con cui la Corte suprema U.S.A. affermò che un precedente proscioglimento da

41 Sul *ne bis in idem* sostanziale e processuale nello Stato di New York, vd. S. KHAN, *A defendant’s Fifth Amendment right and double jeopardy in contempt cases*, in *Touro Law Review*, 2016, 4, 833 ss.

42 Sul concetto di reati “della stessa portata”, vd. *State v. Ramunas*, 2022 Ohio 4199, 171 Ohio St. 3d 579, 219 N.E.3d 884 (Ohio 2022). Più in generale, sul *double jeopardy* in Ohio, vd. S.H. STEINGLASS-G.J. SCARSELLI, *The Ohio State Constitution*, New York, 2022, 154 ss.

un'accusa penale per evasione fiscale non avrebbe implicato il divieto di irrogare nei confronti del medesimo soggetto talune sanzioni pecuniarie qualificate dal legislatore come *civil fines*, poiché esse, ad avviso della Corte, indipendentemente dalla loro severità (si trattava di una sanzione pari al 50% del valore dell'imposta evasa) non sarebbero state finalizzate a punire bensì a prevenire l'illecito oltre che ad indennizzare la Pubblica Amministrazione per le spese sostenute per il recupero⁴³.

Così pure, con *Rex Trailer Co., Inc. v. United States*, 350 U.S. 148 (1956), recisamente si esclude che la condanna dell'imputato al pagamento di somme a titolo di mero risarcimento del danno (*compensatory damages*), a seguito di una condanna penale intervenuta sull'*idem factum*, potesse essere considerata nella prospettiva della *double jeopardy clause*⁴⁴.

Di seguito, con la sentenza *Kennedy v. Mendoza-Martinez*, 372 U.S. 144 (1963), la Corte – operando una ricognizione della casistica – stilò un vero e proprio catalogo generale degli indici da impiegare per individuare la natura penale di una norma nonché della conseguenza giuridica della sua infrazione: «la natura punitiva della norma e della sanzione è individuabile attraverso *test* tradizionalmente applicati, anche se essi non consentono di pervenire con facilità a soluzione. Occorre, comunque, valutare se la conseguenza legale implichi una inabilitazione o una restrizione della libertà; se essa sia stata storicamente considerata come una punizione; se la norma che la prevede entri in gioco solo in caso di accertamento del dolo (*scienter*); se la funzione della sua previsione promuova gli obiettivi tradizionali del diritto penale, vale a dire retribuzione e deterrenza; se il medesimo comportamento sia previsto pure da un'altra fattispecie qualificata come penale; se alla misura possa essere razionalmente riconosciuto uno scopo alternativo a quello della norma penale; in caso di pluralità di finalità, quale sia quella prevalente che sottende alla misura».

Il tutto soggiungendo che detti parametri sarebbero «tutti rilevanti per l'indagine e possono spesso indicare direzioni diverse. In assenza di prove conclusive dell'intento del legislatore in merito all'attribuzione della natura penale ad una legge, questi fattori devono essere considerati nel loro complesso»⁴⁵.

L'ampiezza del novero dei criteri elaborati dalla giurisprudenza, senza peraltro l'assegnazione ad essi di un "peso specifico", ad uno con il maggior crisma attribuito dalla

43 In argomento, vd. V. VENKATESH, *Taxation, double jeopardy, and the excessive fines clause: Department of Revenue of Montana v. Kurth Ranch*, in *The Tax Lawyer*, 1995, 3, 911 ss; S.D. MICHEL E AL., *Civil and criminal tax penalties*, in *The Tax Lawyer*, 1999, 4, 973 ss; K.M. KENEALLY-F.P. KATZ-C.M. MEADOWS, *Civil and criminal tax penalties*, in *The Tax Lawyer*, 2001, 4, 921 ss; C.D. BELL-C.S. RIZEK, *Overview of civil tax penalties*, in *William & Mary Annual Tax Conference*, 2014, 1 ss; R.S. AVI-YONAH-T.M. EDREY, *Constitutional review of federal tax legislation*, in *University of Illinois Law Review*, 2023, 1, 3 ss.

44 Sul tema vd., per tutti, G.P. FLETCHER, *Punishment and compensation*, in *Creighton Law Review*, 1981, 3, 691 ss. Ben più ampio è, però, il dibattito sulla qualificazione dei *punitive* (o *exemplary*) *damages* e sulla sottoposizione di essi alla clausola sul doppio rischio. Pur non essendo possibile in questa sede affrontare *ex professo* la questione, in argomento, vd. *Browning-Ferris Industries v. Kelco Disposal*, 492 U.S. 257 (1989), per la quale, la *double jeopardy clause* nonché l'Ottavo Emendamento e la *excessive fine clause* ivi contemplata non troverebbero applicazione solo nel caso in cui il beneficiario dei *punitive damages* fosse una parte privata danneggiata. Tale orientamento, però, è stato successivamente superato dalla giurisprudenza della Corte suprema U.S.A., che ha escluso l'applicabilità *in subiecta materia* del Quinto Emendamento, nonché la natura penale dei *punitive damages*, pure nell'ipotesi in cui il destinatario di siffatti "risarcimenti" fosse la parte pubblica. Vd. *Caperton v. A.T. Massey Coal Co.*, 556 U.S. 868 (2009).

45 Su questa pronuncia vd. G.P. FLETCHER, *Rethinking criminal law*, Oxford, 2000, 409.

giurisprudenza alla *voluntas legislatoris* (e, cioè, all'aspetto formalistico-definitorio) ha, dunque, fornito all'interprete dei paradigmi scarsamente fruibili ed ha generato orientamenti pretori ondivaghi poiché, non di rado, le corti si sono fossilizzate, nei più disparati contesti in cui sono previste *civil* e *administrative sanctions*⁴⁶, sull'etichetta impressa dai legislatori americani, escludendo l'applicabilità del Quinto Emendamento, pur nel contesto di misure particolarmente afflittive.

Così, ad esempio, in materia di illeciti ambientali, con *United States v. Ward*, 448 U.S. 242 (1980) si è esclusa la possibilità di applicare il *double jeopardy* nel caso di cumulo di sanzioni penali e *civil*, irrogate nei confronti del medesimo soggetto, rilevandosi, in maniera oltremodo sibillina, che «la sanzione è etichettata come sanzione civile».

Non sono mancati, però, neppure *cases law* ove il criterio formale-definitorio è stato giudicato non assorbente; così, ad esempio, con *Breed v. Jones*, 421 U.S. 519 (1975) con riguardo al procedimento instaurato nei confronti di un minore, seppur definito dal legislatore come di natura civile, ove ha prevalso il criterio dello scopo, nonché, soprattutto, *United States v. Halper*, 490 U.S. 435 (1989), con cui si è stabilito che un medico, precedentemente condannato per truffa ai danni di *Medicare* (per aver richiesto indebiti rimborsi, per attività sanitarie non realmente eseguite), non avrebbe potuto subire, in seguito, l'irrogazione di misure pecuniarie, formalmente *civil*, previste da altre norme di legge, perché le finalità sottendenti a quest'ultime vennero valutate come eccedentarie rispetto al risarcimento del danno subito dalla pubblica amministrazione, rivelando esse, dunque, una natura spiccatamente retributiva-sanzionatoria⁴⁷.

Il tutto sulla base di interessanti spunti che, tuttavia, sono stati successivamente annientati, attraverso *overruling*, da *Hudson v. United States*, 522 U.S. 93 (1997), in tema di illeciti bancari⁴⁸.

In ordine ai c.d. "*civil commitments*", ovverosia alle misure limitative della libertà personale che vengono applicate (tra l'altro) a soggetti che abbiano subito condanne per reati di natura sessuale, dopo l'esecuzione della pena, la Corte suprema degli Stati Uniti, con la sentenza *Seling v. Young*, 531 U.S. 250 (2001) ha escluso la possibilità per l'interessato di invocare la *double jeopardy clause*, rilevando come sarebbe risultata assorbente la qualifica

46 I concetti di *civil* e *administrative sanction* non sono affatto sovrapponibili tra loro. Vd., in argomento, E.Y. KIDRON, *Understanding administrative sanctioning as corrective justice*, in *University of Michigan Journal of Law Reform*, 2018, 1, 313 ss. Nella prima categoria rientrano, per l'appunto, i *punitive damages*, nonché talune forme di c.d. "*injunctives*" (ovverosia obblighi di fare o non fare imposti a carico dell'autore di un illecito), stabiliti dal giudice in sede civile. Nella seconda, sanzioni applicate da autorità pubbliche, assimilabili, dunque, alle nostrane sanzioni amministrative.

47 Sul criterio dello scopo nelle misure patrimoniali, vd. anche *Flemming v. Nestor*, 363 U.S. 603 (1960) e, in dottrina, A.Z. GLICKMAN, *Civil sanctions and double jeopardy clause*, in *Virginia Law Review*, 1990, 6, 1251 ss; E.S. JAHNCKE, *Punitive civil fines, double jeopardy and excessive fine clause*, in *New York University Law Review*, 1991, 1, 112 ss; J.T. MARTIN, *Final jeopardy: merging the civil and criminal rounds in the punishment game*, in *Florida Law Review*, 1995, 4, 661 ss; B.A. COLGAN, *The excessive fine clause*, in *University of California Law Review*, 2018, 1, 2 ss.

48 Su cui vd. L. MELENYZER, *Double jeopardy protection from civil sanctions*, in *Journal of Criminal Law & Criminology*, 1993, 1007 ss. Questo è un pronunciamento significativo, in quanto la Corte, nell'occasione, ha fortemente criticato la citata sentenza *United States v. Halper*, manifestando forti preoccupazioni circa le ricadute di quel precedente sul sistema giuridico federale e su quelli degli Stati americani, in cui sono diffusi meccanismi di doppio binario sanzionatorio.

della misura operata dal legislatore. Con la conseguenza che, in tali ipotesi, non sarebbe neppure applicabile la c.d. “*ex post facto clause*”, ovvero sia il divieto di retroattività, che costituirebbe garanzia esclusiva della materia penale.

Ciò secondo una linea già tracciata da *Kansas v. Hendricks*, 521 U.S. 346 (1997), ma a dispetto dell'afflittività di siffatte misure e della scarsa valenza delle stesse in prospettiva di prevenzione speciale⁴⁹.

Quanto alla confisca (*civil forfeiture*)⁵⁰, la giurisprudenza, di massima, ritiene si tratti di conseguenze dell'illecito con finalità preventive-ripristinatorie, con conseguente possibilità di cumulo con il processo e con la sanzione penale. In proposito si osserva che con la sentenza *United States v. Ursery*, 518 U.S. 267 (1996) la Corte suprema U.S.A. ha scrutinato il caso di un soggetto che era stato sottoposto, contemporaneamente, ad un processo penale per traffico di sostanze stupefacenti e ad un giudizio finalizzato alla confisca della propria abitazione, ove erano state perpetrate le condotte criminose oggetto del *criminal trial*.

Nell'occasione, allora, la Corte ha rilevato come la natura penale ed *extrapenale* delle misure patrimoniali potrebbero ben combinarsi e che, in queste ipotesi, la giurisprudenza sarebbe chiamata a valutare, attraverso un bilanciamento, la finalità prevalente della misura ablativa, attribuendo alla norma che la prevede una natura penale laddove fosse riscontrabile una preponderanza dello scopo punitivo-sanzionatorio rispetto a quello preventivo-riparatorio⁵¹.

49 Sul tema, per una davvero ampia disamina di tali misure e delle innumerevoli questioni di legittimità costituzionale che esse sollevano, vd. E.S. JANUS, *Failure to protect: America's sexual predator laws and the rise of preventive State*, Ithaca, 2006; N. JAMES-K.R. THOMAS-C. FOLEY, *Civil commitment of sexually dangerous persons*, New York, 2008. Su queste misure, nella vasta letteratura, vd. anche i contributi di C.R. YUNG, *Civil commitments for sex offenders*, in *American Medical Association Journal of Ethics*, 2013, 10, 873 ss; R.A. PRENTKY, *Sexual predators: society, risk, and the law*, New York-London, 2015; J. MASCOLO, *Civil commitments for sex offenders*, in *www.findlaw.com*, 28 agosto 2023. Ad analoghe conclusioni è approdata la Corte suprema con *Smith v. Doe*, 538 U.S. 84 (2003), in relazione alle *registration laws* previste per i *sex offenders*.

50 Sulle varie forme di *forfeiture* (che può essere qualificata dai legislatori americani anche come *criminal* o *administrative*) vd., per tutti, nella letteratura nostrana, F. FINOCCHIARO, *Confisca di prevenzione e civil forfeiture*, Milano, 2022, 259 ss.

51 Sulla controversa natura della *forfeiture*, in dottrina, vd. D.B. SMITH, *Prosecution and defense of forfeiture cases*, Albany, 1991; M.M. CHEH, *Constitutional limits on using civil remedies to achieve criminal objectives: understanding and transcending the criminal-civil law distinction*, in *Hastings Law Journal*, 1991, 5, 1325 ss; M.P. HARRINGTON, *Rethinking “in rem” the Supreme Court’s new (and misguided) approach to civil forfeiture*, in *Yale Law & Policy Review*, 1994, 2, 281 ss; D. REINHART, *Applying the Eighth Amendment to civil forfeiture after Austin v. United States: excessiveness and proportionality*, in *William & Mary Law Review*, 1994, 1, 235 ss; C.S. WOOD, *Asset forfeiture and the excessive fines clause: an epilogue to Austin v. United States*, in *Wake Forest Law Review*, 1994, 6, 1358 ss; L.W. LEVY, *A license to steal: the forfeiture of property*, Chapel Hill, 1996; L. ALBIN, *Constitutional limitations of civil in rem forfeiture and the double jeopardy dilemma: civil in rem forfeiture constitutes punishment and is subject to excessive fines analysis*, in *University of Baltimore Law Review*, 1996, 1, 155 ss; R.S. BROWN, *Double jeopardy: can non-monetary civil sanctions constitute punishment under the Fifth Amendment?*, in *University of Baltimore Law Forum*, 1996, 3, 14 ss; B.A. MACK, *Double Jeopardy-civil forfeitures and criminal punishment: who determines what punishments fit the crime*, in *Seattle University Law Review*, 1996, 1, 217 ss; E.M. ANIELAK, *Double jeopardy: protection against multiple punishment*, in *Missouri Law Review*, 1996, 1, 169 ss; S.R. KLEIN, *Civil in rem forfeiture and double jeopardy*, in *Iowa Law Review*, 1996, 1, 183 ss; D.J. BOUDREAUX-A.C. PRITCHARD, *Innocence lost: Bennis v. Michigan and the forfeiture tradition*, in *Missouri Law Review*, 1996, 3, 593 ss; V.G. BRANNON, *Criminal law: double jeopardy*, in *Denver University Law Review*, 1997, 2, 411 ss; J. BRODEY, *Supreme Court rejects Fifth and*

Il tutto soggiungendo che un particolare rilievo dovrebbe essere attribuito all’etichetta apposta dal legislatore; talché, nel caso di specie, la Corte ha concluso per la legittimità del cumulo, osservando che la proiezione prevalente della misura oggetto di causa sarebbe stata rappresentata, per l’appunto, dalla prevenzione dell’illecito, sulla linea già tracciata da *United States v. 89 Firearms*, 465 U.S. 354 (1984)⁵².

Si tratta di un orientamento in precedenza espresso anche da *Various Items v. United States*, 282 U.S. 577 (1931), con la quale era stata negata la natura penale della *forfeiture* di una distilleria, ove venivano prodotte (in violazione delle norme vigenti nel periodo del proibizionismo) sostanze alcoliche.

Nel contesto delle c.d. “*drug taxes*”, ovvero sia delle imposte dovute per il possesso illegittimo di sostanze stupefacenti, che costituiscono uno strumento disincentivante il traffico di narcotici largamente in uso negli *States*, e che ha generato un ampio contenzioso proprio in relazione ai problemi di cumulo con il *criminal charge* nella prospettiva del *ne bis in idem*, sostanziale e processuale, le corti americane, in taluni casi, pur ammettendo la natura sostanzialmente penale delle conseguenze previste dalla violazione della norma fiscale, fanno leva, invece, su di una presunta difformità strutturale rispetto alle norme incriminatrici che puniscono la detenzione delle sostanze, rilevando come in quest’ultime sarebbe assente l’elemento dell’omesso versamento delle imposte. Sicché, l’ammissibilità del cumulo in base ad una specialità a carattere unilaterale, come nel caso deciso da *State v. Stubblefield*, 543 N.W.2d 743 (Nebraska 1996).

Ad analogo approdo, in altre occasioni, le corti sono giunte, invece, rilevando come i legislatori statunitensi sarebbero liberi di imporre doppi binari punitivi [cfr., nella giurisprudenza federale, *Lynn v. West*, 134 F.3d 582 (4th Cir. 1998)], oppure negando *tout court* la natura penale di siffatte sanzioni [come nel caso *State v. Lange*, 531 N.W.2d 108 (Iowa 1995), nonché *State v. Jansen*, 259 Kan. 781 (Kansas 1996)]⁵³.

Fourteenth Amendment protection against the forfeiture of an innocent owner’s property, in *Journal of Criminal Law & Criminology*, 1997, 3, 692 ss; P.S. NOLAN, *Double jeopardy’s multi-punishment protection and regulation of civil sanctions*, in *Marquette Law Review*, 1997, 4, 1081 ss; S.B. HERPEL, *Toward a constitutional kleptocracy: civil forfeiture in America*, in *Michigan Law Review*, 1998, 6, 1910 ss; B.L. JOHNSON, *Purging the cruel and unusual: the autonomous excessive fines clause and desert-based constitutional limits on forfeiture after United States v. Bajakajian*, in *University of Illinois Law Review*, 2000, 2, 461 ss; D.B. ROSS, *Civil forfeiture: a fiction that offends due process*, in *Regent University Law Review*, 2000, 1, 259 ss; J.L. WORRALL, *Asset forfeiture*, in *Practices and Controversies in Policing*, 2008, 7, 1 ss; D. PIMENTEL, *Forfeitures revisited: bringing principle to practice in Federal Court*, in *Nevada Law Journal*, 2012, 1, 1 ss; D.M. CARPENTER II E AL., *Policing for profit: the abuse of civil asset forfeiture*, Arlington, 2015; M. VAN DEN BERG, *Comment, proposing a transactional approach to civil forfeiture reform*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 2015, 2, 67 ss; C. NELSON, *The constitutionality of civil forfeiture*, in *Yale Law Journal*, 2016, 8, 2182 ss; S.D. CASSELLA, *Asset forfeiture law in the United States*, New York, 2022. Su questo istituto, nella letteratura italiana vd., di recente, A.M. MAUGERI, *La nozione di profitto confiscabile e la natura della confisca: due inestricabili e sempre irrisolte questioni*, in www.laegislazionepenale.eu, 17 gennaio 2023, 1 ss (spec. 47-49).

⁵² Sulla cumulabilità della *forfeiture*, definita come misura *civil* dal legislatore, con la sanzione penale, nonché sulla possibilità di attuare l’ablazione nel caso in cui intervenga in sede penale sentenza assolutoria, vd. *One Lot Emerald Cut Stones v. United States*, 409 U.S. 232 (1972).

⁵³ Su questo tema, vd., in precedenza, in giurisprudenza, *Montana Department of Revenue v. Kurt Ranch*, 511 U.S. 767 (1994) nonché, in dottrina, T.M. ELLIOTT, *Department of Revenue of Montana v. Kurth Ranch: the demise of civil tax fraud consequences?*, in *Vanderbilt Law Review*, 1995, 5, 1421; J. HIDLY, *Fifth Amendment, double jeopardy and the dangerous drug tax*, in *Journal of Criminal Law & Criminology*, 1995, 4 936 ss; T.

Si tratta, nel complesso, di orientamenti particolarmente ondivaghi, che vengono alimentati anche dalle incertezze che gravitano attorno alla riconducibilità o meno della prevenzione alle funzioni caratteristiche del diritto e della sanzione criminale, tradizionalmente al centro di un annoso, e a tutt'oggi irrisolto, confronto tra retributivismo e utilitarismo⁵⁴.

A ciò si aggiunge che in effetti, il parametro della severità della sanzione, che figura tra gli *Engel criteria* (elaborati da Corte EDU, Adunanza Plenaria, 8 giugno 1976, *Engel e Al. contro Paesi Bassi*), assume negli *States* un ruolo limitato poiché, nel caso di difetto di proporzionalità della misura, questa, ai sensi della *excessive fines clause* di cui all'Ottavo Emendamento, opponibile agli Stati federati [vd. *Timbs v. Indiana*, 586 U.S. (2019)] e che è applicabile anche a sanzioni non qualificate dal legislatore come penali [vd. *Austin v. United States*, 509 U.S. 602 (1993)], può essere ridotta o disapplicata dalle corti, senza che ciò possa determinare alcuna automatica ricaduta sulla natura della misura stessa.

4. Il concetto di “*same offense*”.

Il *Blockburger test*. Volendosi in questa sede ripercorrere, allora, le tappe dell'evoluzione giurisprudenziale, è necessario richiamare, innanzitutto, come *leading case*, *Blockburger v. United States*, 248 U.S. 299 (1932). L'imputato, nel caso di specie, era stato processato e condannato (nel corso del medesimo *trial*) per aver ceduto, in due occasioni, allo stesso acquirente delle sostanze stupefacenti (morfina) in violazione di due diverse disposizioni del *Narcotics Act*; conseguentemente, il *defendant*, avendo subito condanna sulla base di un'imputazione plurima, ovverosia per aver ceduto dette sostanze non provenienti da una confezione vidimata *nonché* senza ricetta medica, condotte più volte contestate in relazione ai singoli episodi, si era rivolto alla Corte suprema U.S.A.

In particolare, la difesa aveva richiesto la riforma della sentenza rimarcando che il cessionario della sostanza fosse il medesimo, che i due episodi si fossero consumati in stretta sequenza temporale e che vi fosse stretta connessione funzionale tra le violazioni accertate. Sulla base di tali elementi, dunque, ad avviso dell'interessato, avrebbe potuto essere riconosciuta la responsabilità soltanto per uno dei reati contestati.

Nell'occasione, allora, nel rigettare il gravame con una motivazione alquanto stringata la Corte ha rilevato come, nel caso di *convergenza di diverse norme incriminatrici*, l'unicità dell'atto o, comunque, l'identità dell'azione, intesa sotto il profilo della contestualità delle condotte (il *same transaction test*), costituirebbe un criterio imprescindibile per ritenere sussistente una *same offense*.

RAVAZZINI, *Department of Revenue v. Kurt Ranch*, in *Golden Gate University Law Review*, 1995, 2, 331 ss; A. BUCCI, *Taxation of illegal narcotics*, in *Journal of Civil Rights and Economic Development*, 1996, 3, 747 ss. *Kurt Ranch* rappresenta un precedente significativo, in quanto la Corte suprema U.S.A., in quell'occasione (l'unica, peraltro, sino ad oggi in cui la Corte medesima si è soffermata *ex professo* sulla natura delle *drug taxes* in rapporto alla *double jeopardy clause*), ritenne che la condanna per un illecito penale in materia di stupefacenti avrebbe costituito ostacolo alla successiva applicazione di sanzioni amministrative correlate allo spaccio abusivo di sostanze.

⁵⁴ Su cui vd., per tutti, J. FEINBERG, *The classic debate*, in *Philosophy of law*, a cura di Id. e H Gross, Belmont, 1995, 613 ss.

Altro parametro sarebbe, poi, rappresentato dalla struttura delle norme incriminatrici, poiché qualora esse, a confronto, presentassero elementi caratterizzanti diversi tra loro (laddove, cioè, esse si rapportassero in termini di specialità bilaterale) si dovrebbe concludere col negare l'unicità del titolo di responsabilità (c.d. "*same element test*")⁵⁵.

Inoltre (ed è questo il criterio più peculiare e che, oltre ad essere stato recepito da alcuni Stati americani nei propri statuti, come nel caso della Florida, vd. *supra*, ha destato maggior interesse tra gli studiosi della materia, anche a livello internazionale) si tratterebbe di *same offense*, tale da determinare un concorso apparente di norme, laddove ciascuno dei reati in comparazione presentasse caratteri tali da determinare l'assunzione delle medesime prove nel processo (c.d. "*same evidence test*")⁵⁶.

Sicché, ragionando *a contrariis*, la circostanza che l'accertamento di ciascuno dei reati a raffronto implicasse l'acquisizione di una prova che gli altri non richiederebbero dovrebbe autorizzare il cumulo sanzionatorio.

Chiosando il pronunciamento, allora, si può osservare come la Corte, nell'occasione, abbia gettato le basi per la disciplina di un ampio novero di ipotesi che, in sostanza, possono essere ricondotte, nel sistema italiano, al concorso formale eterogeneo, al reato continuato eterogeneo, al reato complesso e, quanto al *same element test*, al rapporto di specialità di cui all'art. 15 c.p.

Quanto, invece, alla vicenda concreta sottoposta a scrutinio, la Corte ha rilevato che, sulla scorta dei criteri sopra citati, i fatti contestati all'imputato avrebbero giustificato il *multiple punishment*, atteso che le condotte sarebbero state realizzate in tempi diversi; le norme incriminatrici di riferimento avrebbero presentato elementi costitutivi non del tutto sovrapponibili; i fatti avrebbero richiesto l'assunzione nel processo di elementi di prova diversi; la volontà del legislatore, desumibile dalla formulazione delle figure incriminatrici, sarebbe stata, comunque, quella di ammettere il cumulo.

La Corte suprema U.S.A., inoltre, ha espresso in chiusura un principio di particolare interesse rispetto al tema oggetto della presente trattazione, che è opportuno riportare: «il significato chiaro della disposizione è che ogni reato è soggetto alla pena prescritta; e, se questa è troppo severa, il rimedio deve essere concesso dal legislatore, non dai giudici sotto le mentite spoglie di un'interpretazione, sebbene nel caso di specie l'imposizione della pena pecuniaria e detentiva per ogni capo di imputazione sembra eccessivamente severa».

L'interprete, del resto, secondo la Corte, sarebbe pur sempre vincolato alla *voluntas legislatoris*, ricavabile anche implicitamente dalle norme e dal sistema giuridico nel suo complesso.

Tale conclusione è stata, successivamente, largamente condivisa dalle corti statunitensi che, come si avrà modo di esporre nel prosieguo, hanno mostrato un evidente *self restraint* rispetto alle scelte operate dai legislatori, che ha condotto ad un totale sganciamento dell'istituto del concorso di reati da profili che attengono alla proporzionalità e

⁵⁵ Questo criterio era stato posto in gran risalto, in precedenza, da *Morgan v. Devine*, 237 U.S. 632 (1915).

⁵⁶ Già elaborato, come si è poc'anzi rammentato, da *Gavieres v. United States*. Si tratta di un parametro che era stato precedentemente impiegato, in Inghilterra, nella risalente pronuncia *K v. Vandercomb*, 2 Leach 708, 168 Eng. Rep. 455 (1796).

ragionevolezza della risposta sanzionatoria che, invece, rappresentano dei parametri ineludibili in ogni sistema penale moderno ed avanzato.

Il c.d. “*Blockburger test*”, in ogni caso, è stato individuato dalla giurisprudenza successiva come lo strumento atto a risolvere il dilemma tra concorso reale e apparente di reati, affiancandosi ad altri costrutti e, in particolare, alla *lesser included offense doctrine* (la quale, perlomeno in alcune declinazioni, propugna l’assorbimento della fattispecie meno grave in un’altra che implica un trattamento sanzionatorio più severo, facendo leva su profili valoriali)⁵⁷.

Così, ad esempio, con *Harris v. United States*, 359 U.S. 19 (1959) è stata confermata la sentenza di condanna di un individuo cui erano stati imputati, nel corso dello stesso processo, due differenti reati disciplinati dallo *U.S. Code* (il codice penale federale), per aver, rispettivamente, acquistato sostanze stupefacenti provenienti da una confezione non vidimata *nonché* per averle possedute ed occultate nella consapevolezza della loro importazione illegale. Ciò in quanto la Corte suprema degli Stati Uniti, ricorrendo nuovamente al *Blockburger test*, ha ritenuto che si trattasse di condotte realizzate in tempi diversi, di fattispecie con elementi costitutivi non identici, richiedenti mezzi di prova non del tutto sovrapponibili e che la volontà del legislatore, ricavabile dal sistema, fosse quella di autorizzare in questi casi il cumulo.

Occorre anche evidenziare, in proposito, che nella sentenze *Blockburger* e *Harris* la *double jeopardy clause* non sia stata neppure citata e che, in effetti, la questione sottoposta dai

57 Si tratta di una teoria che, in talune sue formulazioni, estende, allora, il significato di “*included offense*” che, nella sua accezione più stretta, sta ad indicare il risultato di un confronto puramente strutturale e il fenomeno di assorbimento che ne deriva, secondo la logica della specialità unilaterale. Tale *doctrine* (pur avendo ispirato previsioni statutarie compendiate negli ordinamenti degli Stati federati, essendo stata frequentemente richiamata in giurisprudenza nonché costruita con variegate *nuances* in dottrina), non è stata però sinora oggetto di esatta definizione. In ogni caso, si può osservare che la giurisprudenza ha impiegato, in particolare, il concetto di *lesser included offense* in relazione a: i) reati che presentano frammenti della struttura di altre fattispecie incriminatrici (ovverosia in ipotesi, impiegando la terminologia in uso nel nostro Paese, di specialità unilaterale e di reato complesso); ii) reati che costituiscono un “passaggio obbligato” per la realizzazione di altri illeciti penali (come nel caso del rapporto tra *assault* e omicidio); iii) figure che disciplinano offese di intensità progressiva al medesimo bene giuridico; iv) figure che sono contraddistinte da elemento psichico di intensità o grado diverso (come nel caso di *negligent manslaughter*, *reckless homicide*, omicidio volontario e premeditato); v) nei rapporti tra tentativo (*attempt*) e reato consumato. In argomento, in dottrina, vd. J.P. BISHOP, *Commentaries on the criminal law*, Boston, 1858, 705 (che illustrò la figura impiegando i cerchi concentrici); S. YOSOWITZ, *Charging lesser included offenses in Ohio*, in *Case Western Law Review*, 1963, 4, 799; J.R. PURCELL JR., *Lesser included offenses in Florida*, 1963, 2, 341 ss; J.W. DAVIS, *The lesser included offense instruction. Problems with its use*, in *Land & Water Law Review*, 1968, 2, 587 ss; J.H. BARNETT, *The lesser included offense doctrine*, in *Connecticut Law Review*, 1973, 1, 255 ss; S.S. YUSEM, *The lesser included offense doctrine in Pennsylvania*, in *Dickinson Law Review*, 1979, 1, 125 ss; J.L. ETTINGER, in *Brooklyn Law Review*, 1984, 2, 191 ss; C.R. BLAIR, *Constitutional limitations on the lesser included offense*, in *American Law Review*, 1984, 4, 445 ss; D.D. BLINKA, “*Killer choices*”: *felony murder, lesser offenses and the death penalty*, in *American Bar Association*, 1998, 1, 284 ss; D. HALL, *The third option: extending the lesser included offenses doctrine to the non-capital context*, in *Hofstra Law Review*, 2001, 4, 1333 ss; M.H. HOFFHEIMER, *The rise and fall of lesser included offenses*, in *Rutgers Law Journal*, 2005, 2, 351 ss; J.A. SHELLENBERGER-J.A. STRAZZELLA, *The lesser included offense doctrine and the Constitution: the development of due process and double jeopardy remedies*, in *Marquette Law Review*, 1995, 1, 117 ss; J.A. MINERLY, *The interplay of double jeopardy, the doctrine of lesser included offenses*, in *Temple Law Review*, 2009, 4, 1103 ss; N.F. CAPRINO, *Criminal conspiracy and lesser included offense jury instructions*, in *Cincinnati Law Review*, 2015, 1, 257 ss.

defendant in quelle sedi fosse rappresentata dalla correttezza dell'interpretazione resa dalle corti *a quibus* in ordine a disposizioni statutarie disciplinanti illeciti federali, da cui, poi, la Corte suprema mosse per elaborare, e poi confermare, regole generali attinenti al concorso di reati.

Solo con la sentenza *Benton v. Maryland*, 395 U.S. 784 (1969) si è stabilito, allora, che la sopra citata *clause* fosse "incorporata" in quella relativa al *due process* di cui al Quattordicesimo Emendamento, sancendo così che il suddetto *test*, come proiezione della *double jeopardy clause*, fosse il precipitato di un principio costituzionale applicabile in (e nei confronti di) tutti gli Stati federati (e non solo, dunque, del Governo centrale o della giurisdizione federale)⁵⁸.

Nell'occasione, la Corte suprema U.S.A. ha statuito, in particolare, che «quando lo stesso atto costituisce una violazione di *due distinte disposizioni statutarie*, il *test* da applicare per determinare se ci sono due reati o solo uno, è se ciascuna disposizione richiede la prova di un fatto che l'altra non richiede. In linea con tale *test*, la *double jeopardy clause* generalmente proibisce l'azione penale successiva nonché la punizione cumulativa. La clausola promana dal Quinto Emendamento, ed è opponibile agli Stati attraverso il Quattordicesimo. Sicché si tratta di un limite alla doppia punizione e al doppio processo».

Conseguentemente il *test* elaborato dalla Corte suprema degli Stati Uniti è divenuto un modello per scrutinare la correttezza delle soluzioni adottate dagli organi giudiziari degli Stati federati, mentre (per quanto meglio si preciserà in questa sede) esso non è stato sinora impiegato (se non in sporadici e particolari casi) per sindacare le scelte dei legislatori.

Alla luce del fatto che la *same offense* costituisce anche il nucleo della *double jeopardy clause*, ecco il successivo passaggio: il *Blockburger test* è precocemente evoluto ed è stato impiegato dalla giurisprudenza anche come paradigma per regolamentare il *ne bis in idem* processuale.

Tant'è vero che con la sentenza *North Carolina v. Pearce*, 395 U.S. 711 (1969) la Corte suprema U.S.A. ha affermato come il suddetto *test* avrebbe, per l'appunto, la funzione di evitare che un soggetto venga nuovamente processato sulla base della *same offense* dopo essere stato assolto o condannato e, dunque, non solo quella di scongiurare il rischio di «*multiple punishment for the same offense*» nel medesimo *trial*, avallando, dunque, l'ibridazione del modello⁵⁹.

4.1. Evoluzione e *overruling* nella giurisprudenza della Corte suprema degli Stati Uniti.

58 Ciò, per inciso, nel contesto dell'annoso dibattito attinente alla portata applicativa del Quinto Emendamento e della *double jeopardy clause* che ha coinvolto i complicati rapporti tra giurisdizione federale e dei singoli Stati nel prisma c.d. "*dual sovereignty*", sulla quale ci si soffermerà da qui a breve. Sulla ricostruzione della *querelle*, all'epoca, vd. L.G. MILLER, *Double jeopardy and the federal system*, Chicago, 1968.

59 Analogamente, tra le tante, *Abney v. United States*, 431 U.S. 651 (1977) «*that clause not only protects an individual against being subjected to double punishments, but also is a guarantee against being twice put to trial for the same offense*». Su questo tema, vd. E.J. RICHARDSON, *Eliminating double jeopardy talk from the law of double jeopardy*, in *Florida State University Law Review*, 1994, 1, 121 ss. L'Autrice, in particolare, ha insistito sulla duplice proiezione della clausola, seppur rilevando come le tendenze legislative e giurisprudenziali avrebbero condotto, nel tempo, ad una estensione degli sbarramenti processuali piuttosto che ad una riduzione delle ipotesi di concorso reale di norme incriminatrici confluenti sull'*idem factum*. Su questi argomenti, vd. *infra*.

La Corte suprema degli Stati Uniti, a valle di *Blockburger*, si è soffermata in più occasioni sulla definizione del concetto di *same offense*, che costituisce il cardine su cui ruota la *double jeopardy clause* sancita dal Quinto Emendamento, attraverso un approccio, però, *case to case*, fondato talora su espressioni laconiche e petizioni di principio, laddove l'importanza dei paradigmi nell'economia del *criminal justice system* avrebbe imposto, anche al fine di garantire la certezza del diritto e la *foreseeability*, un'analisi maggiormente approfondita⁶⁰.

Con *United States v. Bayer*, 331 U.S. 532 (1947) si negò recisamente, ad esempio, che la convergenza di più norme incriminatrici a livello federale sulla scorta dell'*idem factum* potesse far scattare la *double jeopardy clause*, trattandosi di disposizioni penali diverse e, dunque, sussistendo una sorta di presunzione di cumulabilità delle responsabilità.

Con la sentenza *Ciucci v. Illinois*, 356 U.S. 571 (1958), poi, la Corte affrontò il caso di un imputato che era stato giudicato e condannato, nel corso di distinti processi, per l'omicidio volontario della propria moglie nonché dei figli della coppia (con atti perpetrati in strettissima sequenza) rigettando le difese del *defendant* e negando si fosse verificata una violazione della *double jeopardy clause*, che *illo tempore* era stata azionata dalla difesa dell'imputato nel prisma del Quattordicesimo Emendamento e della *due process clause*.

In quella sede, la Corte rimarcò che l'identità delle prove necessarie a dimostrare i fatti contestati nei diversi *trials*, nonché la circostanza che gli omicidi fossero intervenuti nel contesto della medesima *transaction* (ovverosia nel medesimo contesto d'azione, evidentemente intesa in termini di contestualità spazio-temporale) non avrebbero potuto esser considerati quali elementi idonei a precludere il *doppio* processo e il *doppio punishment*, dovendo prevalere la volontà del legislatore dell'Illinois, ricavabile dalla formulazione della disposizione incriminatrice relativa al *murder*, che sarebbe stata in direzione del cumulo.

Si tratta, allora, di un pronunciamento significativo perché la Corte nell'occasione: i) è intervenuta su di un caso di doppio giudizio, che ha prodotto un'intersezione tra il *Blockburger test* e la *double jeopardy clause*, proiettando i criteri *de quibus* sul *ne bis in idem* processuale; ii) ha assegnato alla *voluntas legislatoris* (ricavabile anche implicitamente dalle norme incriminatrici e di procedura) un "peso" maggiore rispetto ai criteri previsti dal citato *test*⁶¹; iii) a fronte della laconicità della sentenza che aveva elaborato il citato *test*, ha attribuito natura sinergica ai suddetti parametri; iv) ha implicitamente riconosciuto la fruibilità del *test* medesimo, in linea teorica, anche per le ipotesi di concorso omogeneo di norme.

Con la pressoché coeva sentenza *Gore v. United States*, 357 U.S. 386 (1958) la suprema Corte passò anche al vaglio le doglianze di un imputato che, nel corso del medesimo processo, era stato condannato per più capi d'accusa, aventi ad oggetto la violazione di diverse norme federali in materia di stupefacenti e, in particolare, per aver spacciato

⁶⁰ Così anche G.C. THOMAS III, *The prohibition of successive prosecution for the same offense: in search of definition*, in *Iowa Law Review*, 1986, 1, 323 ss; K.G. COFFIN, *Double take: evaluating double jeopardy reform*, in *Notre Dame Law Review*, 2010, 2, 771 ss.

⁶¹ Ciò assumendo una posizione ben diversa rispetto a quella su cui si era collocata, poco prima, in *Bell v. United States*, 349 U.S. 81 (1955), ove la stessa Corte aveva affermato che nell'ipotesi di mancata previsione esplicita, da parte del legislatore, di regole relative al concorso di reati, avrebbe dovuto presumersi che la plurima violazione della stessa norma, nel medesimo contesto spazio-temporale, seppur con proiezioni lesive diverse (si trattava di reati connessi alla prostituzione realizzati a danno di più vittime), non avrebbe potuto implicare il cumulo di addebiti.

illecitamente le sostanze (eroina e cocaina), per averle cedute in difetto di acquisizione preventiva di ricetta medica, nonché per via della loro provenienza da confezioni non vidimate.

La Corte, allora, nel giudicare infondate le eccezioni difensive, sottolineò come la circostanza per cui il legislatore avesse inserito a sistema, a più riprese, le fattispecie incriminatrici di riferimento avrebbe dovuto essere valutata come elemento indicativo della volontà del legislatore medesimo di autorizzare il cumulo di responsabilità, negandosi, dunque, valore assorbente alla circostanza che gli illeciti potessero essere ricondotti ad una *same transaction*.

Con la sentenza *Williams v. Oklahoma*, 358 U.S. 576 (1959), invece, la Corte scrutinò la vicenda di un imputato che aveva sequestrato e poi ucciso la vittima, il quale era stato dapprima processato per omicidio, conseguendo una condanna all'ergastolo, e poi per *kidnapping*, nel qual caso era stata comminata la pena di morte.

Sicché, l'interessato si era rivolto alla Corte suprema U.S.A. deducendo la violazione della *double jeopardy clause*, nonché dolendosi del difetto di proporzionalità/ragionevolezza della pena irrogata per il sequestro di persona, tenuto conto di quella inflitta in precedenza per il più grave reato di omicidio.

La Corte, allora, rigettò sbrigativamente il motivo attinente al *bis in idem*, rilevando come la circostanza per cui i fatti contestati all'imputato fossero disciplinati da due disposizioni incriminatrici diverse avrebbe rappresentato elemento sufficiente a rendere la decisione impugnata immune da censure nell'ottica del Quattordicesimo Emendamento, cui la difesa del *defendant* aveva affidato i motivi di ricorso.

Quanto all'ulteriore profilo di doglianza, invece, la Corte osservò come la Costituzione federale non avrebbe compendiato norme tali da sancire limiti alle scelte di politica criminale degli Stati federati, né vincoli alle soluzioni sposate dalle corti nel prisma della proporzionalità della risposta sanzionatoria rispetto alla gravità degli illeciti commessi.

Si è al cospetto, dunque, di un pronunciamento assai significativo, in una duplice prospettiva. In primo luogo, in quanto esso è indicativo di una tendenza giurisprudenziale ad attribuire un'efficacia assorbente alla volontà (anche) implicita del legislatore in ordine ai cumuli, ricavabile dalla norma incriminatrice di riferimento o dal sistema in cui essa è collocata.

In seconda battuta poiché la sentenza dimostra la scarsissima penetrazione del principio di proporzionalità (ricavabile dall'Ottavo Emendamento, ossia dalle *cruel and unusual punishment* nonché dalla *excessive fine clause*), oltre che più in generale del *Bill of Rights*, nel contesto del *criminal law system* americano, specie in quell'epoca (sul punto, vd. *Infra*).

Volgendo, adesso, lo sguardo ai repertori più recenti, dopo la pronuncia *Benton v. Maryland*, si può rilevare che con la sentenza *Menna v. New York*, 423 U.S. 61 (1975) la Corte ha affrontato il caso di un imputato che era stato condannato, in due separati giudizi, per condotte realizzate in tempi diversi ma strettamente interconnesse dal punto di vista funzionale (si era trattato di imputazioni per più fattispecie di oltraggio alla corte, in ragione del rifiuto di deporre opposto dal *defendant* in due diverse udienze).

La Corte suprema, in accoglimento delle doglianze sviluppate dal *defendant*, ha stabilito, allora, che il Quinto Emendamento avrebbe precluso, dopo la prima condanna, ulteriori procedimenti e l'irrogazione di altre pene, facendo leva sulla interconnessione tra gli episodi contestati. Ciò, dunque, sulla base di un'accezione assai allargata del *same transaction test* (perché svincolata dal profilo della contestualità spazio-temporale).

Con la sentenza *Brown v. Ohio*, 432 U.S. 161 (1977), invece, la Corte suprema degli Stati Uniti ha vagliato il caso di un soggetto che dapprima era stato condannato per l'utilizzo di una autovettura senza consenso del proprietario (per una norma che, all'epoca, intendeva contrastare il fenomeno del "*joyriding*", ovvero sia una forma di furto d'uso) e, successivamente, per furto della medesima automobile.

La Corte, allora, nell'accogliere le doglianze dell'interessato ha stabilito che «quando lo stesso atto o transazione costituisce una violazione di due distinte disposizioni statutarie, il *test* da applicare per determinare se ci sono due reati o solo uno è se ciascuna disposizione contiene un elemento che l'altra non prevede, come stabilito nella sentenza *Blockburger*. In linea con tale *test*, la clausola del doppio rischio generalmente proibisce l'azione penale successiva nonché la punizione cumulativa per un reato maggiore o minore incluso».

Talché, la collocazione in primo piano, nell'occasione, del *same element test* e del criterio della specialità, la cui capacità esplicativa è stata esaltata anche nella pressoché coeva sentenza *Harris v. Oklahoma*, 433 U.S. 682 (1977) che, tuttavia, ha proclamato la necessità di ricorrere, congiuntamente, a tutti gli ulteriori controlli richiamati dalla sentenza *Blockburger*.

Con la pronuncia *Iannelli v. United States*, 420 U.S. 770 (1975), successivamente, la Corte ha rilevato che la *conspiracy* finalizzata all'organizzazione di attività di gioco d'azzardo avrebbe potuto concorrere con il reato di partecipazione ad attività organizzata di *gambling*, essendosi ritenuto che tale soluzione sarebbe stata in linea con la *ratio legis*, ricavabile implicitamente dal sistema.

Si tratta di un principio poco dopo ribadito da *Simpson v. United States*, 435 U.S. 6 (1978), con cui si è pure ribadito che la *double jeopardy clause* costituirebbe un limite per le corti ed i *prosecutors*, mentre il «legislatore rimane libero di definire e fissare le punizioni».

Con la sentenza *Illinois v. Vitale*, 447 U.S. 410 (1980) la Corte suprema degli Stati Uniti, invece, ha scrutinato un caso originato da un sinistro stradale; in particolare, il *defendant* era stato dapprima processato, in sede penale, per un'accusa di eccesso di velocità e, successivamente, in un altro *trial*, per omicidio colposo.

Talché l'imputato aveva opposto il *double jeopardy*, con eccezione accolta dalla Corte suprema dell'Illinois (con un vero e proprio *overruling* rispetto alla sentenza Ciucci, sopra citata) che aveva stabilito: «il reato minore, ovvero la mancata riduzione della velocità, non richiede alcuna prova oltre a quella necessaria per la condanna del reato maggiore, ovvero il *manslaughter*; ai fini della clausola del doppio rischio, il reato maggiore è, per definizione, lo stesso del reato minore in esso incluso». Ciò, evidentemente, concependo il *same evidence test* come un criterio da impiegarsi "in concreto", ovvero sia tenendo conto delle peculiari dinamiche del fatto e delle correlate esigenze probatorie correlate al processo.

Nel caso di specie, tuttavia, la Corte suprema U.S.A., sul ricorso dello Stato dell'Illinois, ha affermato che tale clausola avrebbe potuto essere invocata validamente dall'imputato

soltanto allorché la violazione dei limiti di velocità nella circolazione autoveicolare avesse rappresentato elemento costitutivo dell'omicidio colposo e, dunque, qualora tale ultimo illecito non potesse configurarsi se non al ricorrere della violazione della suddetta regola cautelare. Il tutto, dunque, ponendo in risalto la necessità di eseguire un confronto strutturale astratto tra le due figure incriminatrici.

Con la sentenza *Albernaz v. United States*, 450 U.S. 333 (1981) la Corte, a seguire, ha affrontato un caso in cui un soggetto era stato condannato, nel corso del medesimo giudizio, sulla base di due diversi capi d'accusa, ovverosia per *conspiracy* finalizzata all'importazione illegale di stupefacenti nonché per *conspiracy* volta alla distribuzione delle sostanze sul territorio statunitense.

Nel rigettare il ricorso spiegato dall'imputato, che aveva invocato il *double jeopardy*, la Corte ha rilevato, in linea generale, come il superamento del *same transaction test* sarebbe necessario ma non sufficiente ai fini dell'identificazione della *same offense*. Eseguito con esito positivo detto controllo preliminare, l'interprete avrebbe l'onere poi di attuare, ad avviso della Corte, tutte le altre verifiche previste dal *Blockburger test*, dovendosi però riconoscere un valore assorbente alla *legislative intention* (anche se implicita) e dovendosi escludere, nella mera ipotesi di mancanza di indicazioni normative espresse sulla disciplina della convergenza di diverse figure incriminatrici, l'applicabilità della *rule of lenity* (ossia del principio *in dubio pro reo*).

Sicché, movendo al caso sottoposto, la medesima Corte ha osservato come, indipendentemente dal fatto che l'accordo fosse stato concluso nella medesima occasione, la volontà implicita del legislatore, la differenza strutturale tra le norme incriminatrici, nonché la circostanza per cui «ciascuna delle due disposizioni richiede la prova di un fatto che l'altra non richiede» (sicché, l'impiego di un *same test evidence* stavolta inteso "in astratto") avessero dovuto condurre ad escludere che la decisione impugnata violasse il Quinto Emendamento⁶².

In *Payne v. Virginia*, 467 U.S. 1062 (1984) la Corte, invece, ha ritenuto che un imputato, già condannato per una fattispecie di omicidio commesso nel corso di una rapina, non avrebbe potuto essere successivamente processato per *robbery*; ciò attraverso una stringatissima motivazione che, tuttavia, ha posto in risalto il ricorso al criterio del confronto strutturale tramite il *same element test*.

Successivamente, con la sentenza *Grady v. Corbin*, 495 U.S. 508 (1990) la Corte suprema U.S.A., affrontando un caso simile a quello scrutinato in precedenza dalla citata sentenza Vitale (più di preciso, l'imputato aveva causato un incidente autoveicolare ed era stato processato nonché condannato per guida in stato di ebbrezza e per altri illeciti stradali minori e, successivamente, imputato per *assault* e *negligent homicide*, in ragione delle lesioni e

⁶² In precedenza, in termini analoghi, sul cumulo tra *conspiracy* finalizzata all'instaurazione di un regime di monopolio e di quella proiettata alla restrizione del libero gioco della concorrenza, vd. *American Tobacco Company v. United States*, 328 U.S. 781 (1946). In materia di stupefacenti, vd. anche *Garrett v. United States*, 471 U.S. 773 (1985), su di un caso di contestazione della fattispecie di importazione illegale di stupefacenti nonché di cessione, ove il cumulo di processi e di sanzioni è stato giustificato sulla base della volontà del legislatore in questi termini, desumibile, ad avviso della Corte, dall'impianto complessivo dello statuto. Si noti, inoltre, che anche in tempi più recenti il *Blockburger test* ha continuato ad essere impiegato per dirimere le questioni relative al concorso di reati nello stesso processo. Vd., dopo *Albernaz v. United States*, ad esempio, *Jones v. Thomas*, 491 U.S. 376 (1989).

della morte provocate ai danni delle due vittime del sinistro) ha ritenuto che avrebbe dovuto essere assegnato particolare rilievo alla condotta contestata dagli d'accusa, introducendo, così il c.d. "*same conduct test*".

Ciò, contemporaneamente, dequotando il valore esplicativo del *same evidence test* («l'indagine critica è quale condotta lo Stato dimostrerà, non le prove che lo Stato utilizzerà per dimostrare tale condotta. La presentazione di prove specifiche in un processo non impedisce all'accusa di introdurre le stesse prove in un successivo procedimento. D'altro canto, uno Stato non può eludere i dettami della clausola del doppio pericolo semplicemente modificando in procedimenti successivi le prove fornite per dimostrare la stessa condotta, come potrebbe avvenire, ad esempio, nel caso della presenza di più testi oculari»).

In questo caso, allora, la convergenza di illeciti stradali e reati contro la persona è stata ritenuta idonea a far scattare lo sbarramento. La Corte suprema degli Stati Uniti, in quest'ultima prospettiva, ha pertanto ritenuto fondate le doglianze dell'imputato, sviluppate in ordine alla violazione della *double jeopardy clause*.

Secondo il giudice William J. Brennan Jr., che ha veicolato l'opinione della maggioranza del collegio, in particolare, la clausola (che in effetti, come si è rammentato, richiama anche il «*same act*») avrebbe dovuto essere interpretata in termini di ostacolo ad un successivo procedimento penale poiché «la formulazione dell'accusa nel secondo processo evidenzia che lo Stato intenderà dimostrare l'intera condotta per cui Corbin è stato condannato, ovvero guida in stato di ebbrezza e mancato rispetto della corsia di sorpasso, per stabilire gli elementi essenziali dei reati di omicidio e lesioni. Pertanto, la clausola del doppio rischio impedisce questa successiva azione penale e la *Court of Appeals* di New York ha correttamente accolto la petizione del convenuto per un ordine di interdizione. La precedente sentenza non impedirebbe una successiva azione penale per le accuse di omicidio e *assault* se l'atto di accusa rivelasse che lo Stato non intendesse basarsi sulla prova della condotta per cui Corbin è già stato condannato (vale a dire, se lo Stato intendesse basarsi esclusivamente sulla guida troppo veloce di Corbin sotto una pioggia battente per stabilire imprudenza o negligenza)».

Si è al cospetto, allora, di un approccio che (al netto di profili di contraddittorietà della motivazione) mostra il fianco ad una vasta serie di perplessità, che certo non si riducono alla valutazione delle sue aberranti conseguenze sul piano pratico. Fatto è che con la sentenza *United States v. Felix*, 503 U.S. 378 (1992) la Corte suprema ha presto preso le distanze dal citato precedente.

In quest'occasione, la *Federal High Court*, in particolare, ha affrontato il caso di un imputato era stato condannato in Missouri nonché in Oklahoma per produzione illegale di stupefacenti (metanfetamine). Il *defendant*, dal canto suo, dopo la chiusura del sito produttivo in Missouri, aveva fatto trasferire le attrezzature per la fabbricazione delle sostanze in Oklahoma, sicché si erano originati due distinti processi, ove i *prosecutors* avevano costruito le accuse descrivendo l'intera dinamica dei fatti, allegando le stesse fonti di prova.

La Corte, allora, nel censurare il criterio della *same conduct* elaborato da *Grady v. Nelson*, nonché negando valore assorbente al *same evidence test*, ha rilevato come il cumulo sarebbe

stato ammissibile, non essendosi dinnanzi ad una *same transaction*, atteso che le condotte contestate erano risultate distanziate nel tempo e nello spazio.

La sopra richiamata impostazione è stata poi in parte ribadita dalla sentenza *United States v. Dixon*, 113 S. Ct. 2849 (1993), che ha recitato il *requiem* del *same conduct test*. Il *defendant*, più in dettaglio, era stato arrestato con l'accusa di omicidio di secondo grado e rilasciato su cauzione, con un ordine di astenersi dal commettere, nelle more del processo, ulteriori reati. Ciò nonostante, l'individuo era stato nuovamente arrestato per traffico di sostanze stupefacenti e conseguentemente condannato per oltraggio alla corte per via della violazione dell'ordine precedentemente impartito; in seguito, lo stesso soggetto era stato sottoposto a processo per la violazione delle norme sugli stupefacenti.

La Corte suprema U.S.A., investita della questione se quest'*ulteriore* iniziativa giudiziaria e la prospettiva dell'irrogazione di un'*ulteriore* pena si ponessero in violazione della *double jeopardy clause*, ha risposto negativamente, attraverso la motivazione della maggioranza espressa dal *justice* Antonin Scalia.

In particolare, si è stabilito che «nei contesti sia di punizioni multiple sia di azioni penali successive, la clausola del doppio rischio si applica se i due reati per cui l'imputato è punito o processato non possono sopravvivere al *same element test*. Tale *test* verifica se ciascun reato contiene un elemento non contenuto nell'altro; in caso contrario, sono lo stesso reato ai sensi della *double jeopardy*». Ciò disconoscendo e censurando, *expressis verbis*, i principi espressi da *Grady v. Nelson* e valorizzandosi, dunque, il criterio del confronto strutturale in astratto tra norme incriminatrici convergenti⁶³.

4.2. Gli orientamenti più recenti nella giurisdizione federale.

A seguito dei pronunciamenti richiamati nel precedente paragrafo, la Corte suprema U.S.A. è stata chiamata a scrutinare la *double jeopardy clause* in numerose proiezioni, attinenti, oltre che al problema dell'applicabilità dello sbarramento a procedimenti e misure non formalmente qualificate come "penali" (su cui *supra*), alla proponibilità dell'impugnazione da parte della pubblica accusa rispetto a pronunciamenti *pro reo*, nonché ad altre questioni processuali, su cui ci si soffermerà da qui a breve.

Quanto, invece, alla definizione del concetto di *same offense*, si può rilevare che, nell'ultimo trentennio, gli interventi della Corte siano alquanto sporadici. Tra questi, figura *Currier v. Virginia*, 585 U.S. 16 (2018), con cui la Corte suprema ha rilevato: «i casi contemporanei di *double jeopardy* affrontati da questa Corte confermano ciò che il testo e la storia suggeriscono».

63 Sui profili critici delle pronunce in commento, nonché su quelli legati alla carenza di uniformità degli orientamenti della Corte suprema, vd. anche E.J. RICHARDSON, *Matching tests for double jeopardy violations with constitutional interests recent development*, in *Vanderbilt Law Review*, 1992, 1, 273 ss; P.J. HENNING, *Precedents in a vacuum: the supreme Court continues to tinker with double jeopardy*, in *American Criminal Law Review*, 1993, 1, 1 ss; A.J. DONOFRIO, *Double jeopardy clause and Fifth Amendment*, in *Journal of Criminal Law and Criminology*, 1993, 4, 773 ss; K. PACE, *Fifth Amendment. The adoption of the same element test*, in *Journal of Criminal Law & Criminology*, 1994, 4, 769 ss; B.L. SUMMERS, *Double jeopardy: rethinking the parameters of multiplicity prohibition*, in *Ohio State Law Journal*, 1995, 5, 1595 ss; P. GREEN, *Goodbye Grady*, in *University of Arkansas at Little Rock Law Review*, 1995, 2, 369 ss; L. GRIFFIN, *Untangling double jeopardy in mixed-verdict cases*, in *Southern Methodist University Law Review*, 2010, 4, 1033 ss. Più di recente, a livello monografico, J.I. ESCOBAR VEAS, *Ne bis in idem and multiple sanctioning system*, Cham, 2023, 15 ss.

Guardando alla sentenza *Blockburger*, le corti applicano oggi più o meno lo stesso *test* originario. Per impedire un secondo processo per una nuova accusa, l'imputato deve dimostrare un'identità di elementi statutarî tra le due accuse contro di lui; non è sufficiente che esista una sovrapposizione sostanziale nella prova offerta per provare i crimini. L'attenzione della giurisprudenza si appunta sull'identità dei reati. La Corte suprema rifiuta categoricamente di importare nel diritto penale il *test* più generoso della *same transaction* o del *same episode*».

Talché, in tempi più recenti, è il confronto strutturale astratto ad aver avuto la meglio sui criteri da ultimo richiamati ma, in questa proiezione, l'orologio dell'evoluzione sembra essersi sostanzialmente fermato a *United States v. Dixon*, fondandosi, di massima, siffatto confronto su di una specialità che è espressiva di un concetto che non è stato oggetto di particolare approfondimento e che, approssiato semplicisticamente, sembra idoneo ad autorizzare cumuli sulla base di seppur minime differenze strutturali tra norme convergenti.

A ciò si aggiunga che il *Blockburger test*, così rimodellato, si rivela idoneo a fornire all'interprete delle linee guida solo nell'ipotesi di convergenza tra fattispecie incriminatrici autonome e che, a ben considerare, le corti federali (oltre che quelle dei singoli Stati americani: vd. *infra*), ancor oggi, rimarcano che sarebbe sempre e comunque la volontà del legislatore, esplicita o anche implicita, a dover regolare il concorso di reati e il *ne bis in idem* processuale⁶⁴. Con la conseguenza che, in sostanza, il citato *test*, seppur espressione della *double jeopardy clause* (e, dunque, di un principio di rango costituzionale), lungi dall'essere impiegato dalle corti per censurare la legittimità delle scelte attuate dai legislatori americani, attinenti ai cumuli, finisce col rivestire (nella migliore delle ipotesi) la mera funzione di fornire all'interprete dei criteri succedanei, destinati a scendere in campo in ipotesi di testi normativi assolutamente ambigui, di casi non risolvibili attraverso l'interpretazione analitica o sistematica. *Id est*, di strumento per far emergere la *voluntas legislatoris*⁶⁵.

4.3. Gli orientamenti nelle giurisdizioni degli Stati federati.

Con la sentenza *Blockburger*, la Corte suprema federale, pur elencando diversi criteri, non ha avuto affatto cura di definirli in dettaglio, né di indicare con precisione le modalità con cui essi avrebbero dovuto operare nella pratica. Sicché, a valle della pronuncia, molte giurisdizioni statunitensi hanno impiegato estemporaneamente il *same element test*, il criterio della *same transaction*, nonché quello della *same evidence*⁶⁶, concependo, i parametri indicati

64 Vd., ad esempio, *United States v. Wade*, 2:21-cr-00001-GMN-BNW (D. Nev. Jun. 27, 2023); *United States v. Shackelford*, CRIMINAL 1:21-cr-00454-WMR-RGV (N.D. Ga. Nov. 17, 2023); *United States v. Tournant*, No. 22-CR-276-LTS (S.D.N.Y. Dec. 13, 2023); *United States v. Mitchell*, 2:22-CR-00173-JNP (D. Utah Mar. 14, 2024).

65 Vd., tra le più recenti, anche *United States v. Taylor*, Criminal 19-303 (RBW) (W.D. Pa. Aug. 22, 2023); *Ryle v. May*, C. A. 20-910 (MN) (D. Del. Sep. 13, 2023); *Castleberry v. Wilks*, 21 C 2247 (N.D. Ill. Oct. 2, 2023); *United States v. Duncan*, 7:20-cr-00167-M-3 (E.D.N.C. Nov. 7, 2023); *Wijers v. Shinn*, CV-20-00318-TUC-JGZ (LCK) (D. Ariz. Feb. 5, 2024): «come questa Corte ha dichiarato in precedenza, perché il potere sostanziale di prescrivere crimini e determinare punizioni è conferito alla legislatura, la questione ai sensi della clausola del doppio rischio se le punizioni siano multiple è essenzialmente una questione di intento legislativo».

66 A ben riflettere, il suddetto criterio è frutto di un approccio al *bis in idem* opposto a quello sposato dalla giurisprudenza europea. Si rammenterà, infatti, come con la sentenza Corte EDU, Grande Camera, 15 novembre 2016, *A. e B. contro Norvegia*, ove è stato elaborato il *test* della c.d. «*sufficiently close connection in substance*

talvolta come cumulativi, talaltra scegliendo di utilizzarne (stabilmente o di volta in volta) solo alcuni.

Si tratta di un panorama caotico, che è stato in larga parte generato dalle oscillazioni Corte suprema federale, di cui si è dato poc'anzi conto.

Volendosi tratteggiare, in questa sede, un veloce affresco della casistica, si può osservare, allora, che con la recente sentenza *State v. Schultz*, 2017AP1977-CR (Wisconsin 2020), la Corte suprema del Wisconsin ha rammentato che la *double jeopardy clause* «identificata tre protezioni costituzionali: contro una seconda azione penale per lo stesso reato dopo l'assoluzione, contro una seconda azione penale per lo stesso reato dopo la condanna, nonché contro punizioni multiple per lo stesso reato».

Di seguito, si è statuito che «si è dinanzi ad una *same offense*, nel prisma della clausola del doppio rischio, quando i reati sono identici “nella legge e nei fatti”. I reati non sono identici nella legge se ciascuno contiene un elemento che l'altro non contempla. I reati non sono identici nei fatti quando ciascun reato richiede la prova di un fatto aggiuntivo che gli altri reati non esigono. I reati non sono identici di fatto neanche se sono di natura diversa o separati nel tempo». Talché, in estrema sostanza, l'accoglimento di tutti i *Blockburger criteria*, intesi dalla Corte come cumulativi⁶⁷.

In Colorado, con la pronuncia *People v. Bott*, 477 P.3d 137, 2020 CO 86 (Colorado 2020), la Corte suprema ha affermato che «quando l'Assemblea generale proibisce una condotta in diverse disposizioni del codice penale e identifica ogni disposizione con un titolo diverso, il suo intento di punire più di un reato è generalmente chiaro. A meno che tutti gli elementi di un reato designato separatamente non siano un sottoinsieme di un altro, e quindi l'uno sia considerato uguale o incluso nell'altro, si può presumere un intento legislativo di consentire punizioni separate per ciascuno. Tuttavia, laddove un certo numero di atti siano uniti in una serie in un'unica prescrizione penale, se il legislatore intenda consentire condanne e sentenze separate per ogni atto indicato non è così immediatamente evidente e deve essere accertato, se non altro, dal linguaggio e dall'organizzazione dello statuto stesso o attraverso l'uso di vari aiuti all'interpretazione statutaria».

In questo quadro, come ribadito da *People v. Wood*, 2019 CO 7 (Colorado 2019), la funzione del *Blockburger test*, di cui la Corte suprema ritiene in sostanza fruibili tutti i criteri [cfr. anche *Schneider v. People*, 382 P.3d 835, 2016 CO 70 (Colorado 2016)], sarebbe quella di disvelare la *voluntas legislatoris* in casi ambigui, non potendo essere intesa la *double jeopardy clause* – vd. *Friend v. People*, 429 P.3d 1191 (Colorado 2018) – come limite ai poteri del legislatore di stabilire cumuli sanzionatori e, entro certi limiti, processuali.

Su posizioni analoghe si colloca la giurisprudenza del Wyoming e, in particolare, la Corte suprema di questo Stato, come esposto nella pronuncia *Harrell v. State*, 2022 WY 76, 5, 511 P.3d 466 (Wyoming 2022), nonché la giurisprudenza in Kansas, come evidenzia la sentenza

and time”, si è posta come condizione della celebrazione di un secondo processo sull'*idem factum*, per l'appunto, la sussistenza di una interazione probatoria, tale da garantire che gli elementi raccolti in una sede possano essere impiegati nell'altra.

⁶⁷ Analogamente si è espressa la Corte suprema dello Stato con *State v. Killian*, 2023 WI 52, 408 Wis. 2d 92, 991 N.W.2d 387 (Wisconsin 2023).

emessa dalla Corte suprema di questo Paese in *State v. Miles Loren Martin*, no. 124.607 (Kansas 2024), intervenuta su di un caso di *multiple punishment* nel contesto dello stesso *trial*.

La Corte suprema del New Hampshire, pur ritenendo i criteri elaborati nel *Blockburger's case* tendenzialmente fruibili nella definizione del concetto di *same offense*, ha affermato, invece, che il catalogo dovrebbe essere esteso fino a comprendere il criterio del disvalore del fatto (*blameworthiness*) e, dunque, dovendosi tener conto della riprovevolezza morale della condotta del reo.

Così, con la sentenza *State v. Hutchinson*, 403 S.C. (New Hampshire 2008), la Corte ha affrontato il caso di un soggetto che era stato processato e condannato definitivamente per tentato omicidio ai danni di una donna. Dopo alcuni anni, però, la vittima era deceduta, proprio a causa delle ferite inferte in precedenza dal reo; sicché, nei confronti di quest'ultimo era stato instaurato un processo per omicidio volontario, nel corso del quale il *defendant* aveva eccipito la violazione della *double jeopardy clause*.

La Corte, allora, nel rigettare il ricorso ha rilevato, innanzitutto, che «the protection against double jeopardy is not absolute» dovendo essa essere temperata con «the social interest in prosecuting and convicting those who violate the law», come statuito dalla risalente pronuncia *Diaz v. United States*, 223 U.S. 442, 448-49 (1912) che, per l'appunto, aveva ammesso un secondo processo e una seconda condanna in un caso analogo (facendo leva, però, sulla differenza degli elementi costitutivi tra le fattispecie contestate).

Il tutto soggiungendosi, nel caso *Hutchinson*, come una soluzione di senso contrario avrebbe implicato il disconoscimento della portata di un evento sopravvenuto con disvalore eccedente quello caratteristico del reato tentato e, dunque, il tradimento della volontà del legislatore.

La Corte suprema dello Stato di Washington, con la sentenza *State v. Villanueva-Gonzalez*, 329 P.3d 78, 180 Wn. 2d 975 (Washington 2014), ha stabilito: «sebbene si tratti di una questione costituzionale, in ultima analisi essa si risolve in una interpretazione statutaria e degli intenti legislativi. Il legislatore ha il compito di definire il sistema e la *double jeopardy clause* non impone alcuna limitazione a tale potere. Pertanto, quando si deve decidere se si tratti o meno di una *same offense*, la risposta al quesito dipende dalla questione se il legislatore intendesse definire le condizioni e le norme affinché queste potessero generare o meno dei cumuli. Il problema è particolarmente rilevante nel caso in cui si tratti di fattispecie incriminatrici diverse, nel qual caso applichiamo il *Blockburger test*. Quando, invece, si tratta di una stessa disposizione di legge, violata con la medesima condotta, occorre indagare solo la volontà del legislatore».

Con la sentenza *State v. Michael Nieto*, No. A-1-CA-39807 (New Mexico 2023), la *Court of Appeals* del New Mexico, richiamando la giurisprudenza di quello Stato, ha reso un'ampia definizione del concetto di *same offense*, rimarcando il ruolo succedaneo del *Blockburger test* rispetto al *legislative intent*: «nell'analizzare le eccezioni di doppio rischio, determiniamo innanzitutto se la condotta alla base dei reati è unitaria e, in tal caso, se la legislatura intendeva punire i reati separatamente. Solo se la prima parte del *test* riceve una risposta affermativa e la seconda negativa, la clausola del doppio rischio proibirà punizioni multiple. La condotta di un imputato è unitaria se gli atti non sono separati da "sufficienti indizi di

distinzione". Gli "indici di distinzione" includono la separazione tra gli atti illegali in base al tempo o al luogo, "la qualità e la natura" dei singoli atti e gli obiettivi e i risultati di ciascun atto. La distinzione può anche essere stabilita dall'esistenza di un evento intermedio, dall'intento dell'imputato come dimostrato dalla sua condotta e dalle sue dichiarazioni, dal numero di vittime e dal comportamento dell'imputato tra gli atti realizzati. Se determiniamo che la condotta non era unitaria, non vi è alcuna violazione del doppio rischio e la nostra analisi non deve procedere oltre. Se determiniamo, tuttavia, che la condotta era unitaria, allora dobbiamo procedere alla seconda indagine, ovverosia se il legislatore intendeva che intervenissero punizioni multiple per la condotta unitaria. Nel rispondere a questo secondo quesito, iniziamo esaminando il linguaggio dello statuto. Se lo statuto non autorizza esplicitamente punizioni multiple, applichiamo quindi il *test Blockburger*».

Anche in Vermont la Suprema Corte, con la sentenza *State v. Nelson*, 246 A.3d 937, 2020 Vt. 94 (Vermont 2020), ha stabilito che l'interprete sarebbe vincolato dall'intento legislativo e che i criteri *Blockburger* opererebbero in via suppletiva, laddove non fosse del tutto chiaro il *legislative intent*, al fine di disvelarlo.

Ad analoghe conclusioni è pervenuta, inoltre, la giurisprudenza della Virginia [vd. la sentenza della Corte suprema *Severance v. Commonwealth*, 295 Va. 564, 816 S.E.2d 277 (Virginia 2018), per la quale «è il tradimento dell'intenzione del legislatore a determinare la violazione della *double jeopardy clause*»] e del West Virginia [vd., in particolare, *State v. Sears*, 196 W. Va. 71, 468 S.E.2d 324 (West Virginia 1996), nonché la sentenza della Corte suprema *State v. Ward*, No. 21-0806 (West Virginia Jun. 9, 2023)]. In ogni caso, si deve rimarcare che tutte le giurisdizioni statali, non solo quindi quelle sopra richiamate, ritengono che la volontà legislativa debba prevalere sul *Blockburger test* nella definizione della *same offense* e, dunque, nella prospettiva della disciplina dei cumuli sanzionatori e processuali.

Volgendo, ora, lo sguardo ad altre giurisdizioni, si illustrerà come i *Blockburger criteria* siano stati oggetto di impiego disomogeneo.

Nello Stato dell'Indiana, in particolare, le corti si sono a lungo orientate ad accogliere tanto il *same element* quanto il *same evidence test*. In *Richardson v. State*, 717 N.E.2d 32 (Indiana 1999), la Corte suprema dell'Indiana ha, così, avallato entrambi i criteri ma, successivamente, la giurisprudenza li ha talora impiegati selettivamente e, in alcuni casi – come, ad esempio, in *Pierce v. Indiana*, 761 NE2d 826, 830 (Indiana 2002) – ha rilevato che il concorso di reati e la *double jeopardy clause* sarebbero regolati soltanto in base alla *legislative intention*. Ciò generando un *patchwork* di precedenti contrastanti. Sicché, con la successiva sentenza *Wadle v. State*, (151 N.E.3d 227 (Indiana 2020), la Corte suprema dell'Indiana, al fine di "porre ordine", con un'ampia ed articolata sentenza, ha statuito che l'interprete dovrebbe attenersi alla volontà del legislatore statutario, esplicita o implicita (ciò rimarcando, nel contempo, che le scelte del legislatore in ordine al cumulo si rivelerebbero sostanzialmente immuni da censura costituzionale), dovendo l'interprete prendere in considerazione, altresì, del § 35-38-1-6 dell'*Indiana Code*, il quale vieta la duplicazione di processi e di condanne per un reato che sia "incluso" in un altro (il che si verifica, in particolare, se l'*included offense* «è accertabile mediante la prova degli stessi elementi materiali o di una quantità inferiore di elementi rispetto all'altro reato o differisce da quest'ultimo solo per il fatto che esso contempla un

danno o un rischio di danno meno grave alla stessa persona, proprietà o interesse pubblico, oppure un tipo minore di colpevolezza»). Talché, ad avviso della Corte suprema dell'Indiana, qualora non fosse individuabile l'intenzione del legislatore e «nessuno dei due reati sia un reato incluso nell'altro», non potrebbe trattarsi di *same offense*. Il che sarebbe da escludersi anche nel caso in cui le condotte realizzate non si rivelassero «raccolte in termini di tempo, luogo, unicità di scopo e continuità di azione tanto da costituire un'unica transazione. Se i fatti dimostrano due crimini separati e distinti, non c'è violazione del doppio rischio, anche se un reato è, per definizione, incluso nell'altro». Talché, a tirar le somme, la negazione della validità e fruibilità del *same evidence test*.

In Alaska, invece, la giurisprudenza ha aspramente censurato il *Blockburger test* e, in particolare, i criteri della *same evidence* nonché della *same transaction* e la Corte suprema è orientata a dar peso – vd., ad esempio, *Todd v. State*, 917 P.2d 674 (Alaska 1996) – soltanto alla *voluntas legislatoris*, deducendola dal bene giuridico tutelato dalle norme incriminatrici a raffronto⁶⁸.

Su questa linea, con la sentenza *Johnson v. State*, (Alaska 2014), la Corte suprema dell'Alaska ha confermato la sentenza di condanna del *defendant* per due capi d'imputazione per *sexual assault*, che erano riferiti a due atti compiuti ai danni della stessa vittima e che si erano consumati nello stesso luogo e in strettissima sequenza temporale, rilevando la Corte che dalla lettura della norma incriminatrice non emergesse una volontà di senso contrario del legislatore e che «riteniamo che i danni derivanti dalla penetrazione sessuale non consensuale di orifici distinti del corpo della vittima siano così indipendentemente significativi che molteplici accuse di violenza sessuale siano ammissibili ai sensi della Costituzione dell'Alaska. I ripetuti atti di rapporto sessuale forzato non devono essere interpretati come un tuono, un'eco di un singolo suono che si propaga fino a cessare. Non si dovrebbe consentire a nessuno di trarre vantaggio dal fatto di aver già commesso un'aggressione sessuale sulla vittima e quindi di commettere ulteriori aggressioni sulla stessa persona senza il rischio di ulteriori punizioni per ogni aggressione commessa».

Nella medesima direzione si sono orientate, originariamente, le corti in Maine, tanto è vero che con la sentenza *State v. Lawrence*, 146 Me. 360, 82 A.2d 90 (Meine 1951) la Corte suprema di questo Paese ha ritenuto che le fattispecie di ubriachezza in luogo pubblico e di guida sotto l'effetto di alcool, contestate al *defendant* perché colto al volante della propria autovettura in condizioni di alterazione, avrebbero potuto concorrere in ragione di una (asserita) differenza assiologica tra le figure, essendo stata l'una introdotta a sistema dal legislatore per prevenire «il male dell'ubriachezza in pubblico», l'altra per tutelare la sicurezza della circolazione stradale.

Tuttavia, dai repertori emerge come di recente le *Mainer courts* – vd. *State v. Chase*, 2023 Me. 32, 294 A.3d 154 (Meine 2023) – abbiano mutato indirizzo, puntando, in difetto di specifiche indicazioni statutarie, sul *same evidence test* (nella sua dimensione astratta). Tanto è vero che, nell'occasione, la Corte suprema ha ritenuto configurabile il cumulo tra aggressione aggravata e aggressione domestica in quanto la prima fattispecie avrebbe richiesto la prova

⁶⁸ In tal senso, più di recente, vd., anche per una ricostruzione del panorama giurisprudenziale, *Linden v. Municipality of Anchorage*, 501 P.3d 238 (Alaska Ct. App. 2021).

dell'elemento tipico del "disprezzo della vita umana", l'altra della qualifica soggettiva della persona offesa (ovverosia l'appartenenza al nucleo familiare del reo).

Le corti dell'Idaho, in diverse occasioni, hanno negato l'applicabilità del criterio della *same transaction*, perlomeno quale parametro esclusivo per risolvere la questione della *same offense*. Così, ad esempio, in *State v. Corbus*, 256 P.3d 776, 151 Idaho 368 (Idaho Ct. App. 2011) si è stabilito che «il *test* prevede che, laddove lo stesso atto o *transazione* costituisca una violazione di due distinte disposizioni statutarie, per determinare se ci sono stati due reati o solo uno ai fini del doppio rischio è se ciascuna disposizione statutaria richiede la prova di un fatto aggiuntivo che l'altra non richiede»⁶⁹.

Quanto alle *included offenses*, con la sentenza *State v. Monroe*, 537 P.3d 79 (Idaho 2023) la Corte suprema dello Stato ha affrontato il caso di un imputato cui erano stati contestati i reati di *assault* e resistenza a pubblico ufficiale, realizzati nello stesso contesto d'azione e con riferimento al medesimo *police officer*. Nell'occasione, allora, si è stabilito che il fenomeno dell'assorbimento potrebbe verificarsi solo allorquando il reato minore costituisca un passaggio necessario per compiere quello maggiore, rigettando, dunque, l'eccezione del *defendant*, che si era basata sul *same transaction test*, ed ammettendosi il cumulo.

In North Carolina, con la sentenza *State v. Larkin*, 764 S.E.2d 681 (North Carolina C. Ct. App. 2014), si è stabilito che, al fine di verificare il ricorrere del requisito della *same transaction*, nel prisma dell'applicazione delle c.d. "*mandatory joinder provisions*" vigenti nello Stato, occorrerebbe considerare «la natura dei reati contestati, la relazione intercorrente tra i fatti previsti dalle norme incriminatrici, il lasso di tempo intercorrente tra la consumazione degli illeciti, nonché le particolari circostanze che connotano il singolo caso». Il che fa emergere le difficoltà in cui si imbatte (anche) la giurisprudenza statunitense nel tentativo di definizione del concetto di azione, che si rivela alquanto opaco⁷⁰.

⁶⁹ Nel caso di specie, si trattava di contestazioni, sviluppate in due distinti processi, di mancato rispetto dell'*alt* intimato dalle forze di polizia e di guida spericolata (per via della condotta tenuta dal reo, finalizzata ad evitare la cattura nel corso dell'inseguimento della pattuglia).

⁷⁰ Analoghe problematiche sono sorte, tra gli altri, in Tennessee, ove pure sono previste alcune *mandatory joinder provisions*, ovverosia delle norme (contemplate negli ordinamenti di diversi Stati, con varie *nuances*. Vd., tra gli altri, il § 5-1-113 dell'*Arkansas Code*; il § 208, nel Titolo 11 del *Delaware Code*; i §§ 16-1-17 e 18 del *Georgia Code Annotated*; il § 701-109 degli *Hawaii Revised Statutes*; il § 131.515 degli *Oregon Revised Statutes*; il § 110.1.ii dei *Pennsylvania Consolidated Statutes*; il § 76-1-403 dello *Utah Code Annotated*; il § 19.2-294 del *Virginia Code Annotated*) che impongono al *prosecutor* di instaurare, al ricorre di alcune condizioni, un medesimo processo avente ad oggetto più accuse nei confronti dello stesso soggetto, pena l'improcedibilità di ulteriori azioni. Il riferimento, in particolare è al e § 8(a)(1)(a) del *Tennessee Rules of Criminal Procedure*, che stabilisce: «due o più reati devono essere uniti nello stesso atto di accusa, con ogni reato indicato in un capo d'imputazione separato, se i reati sono... basati sulla stessa condotta o derivanti dallo stesso episodio criminoso... e sono noti al *prosecutor* competente al momento della formulazione dell'atto di accusa. Un imputato non sarà soggetto a processi separati per più reati rientranti in questa disposizione». Così, la sentenza *State v. Johnson*, 342 S.W.3d 468 (Tennessee 2011), nel chiarire il concetto di "*same episode*", ha stabilito che tale condizione si verificherebbe allorquando una pluralità di atti, integranti più fattispecie incriminatrici astratte, vengano realizzati in un medesimo luogo e in una stretta sequenza temporale, nonché laddove le prove necessarie a dimostrare la responsabilità del reo per siffatti reati siano almeno in parte comuni. Sicché, nel caso di specie, si è ritenuto che la disposizione sopra indicata non fosse validamente invocabile dal *defendant*, che era stato condannato dapprima per simulazione di reato (avendo falsamente denunciato il furto della propria autovettura) e, successivamente, in un separato giudizio, ritenuto responsabile per una rapina, perpetrata utilizzando la propria vettura della quale, per sviare le indagini, era stato denunciato, come già si è riferito, il furto. Sulle problematiche relative all'interpretazione del § 46-11-410 del *Montana Code Annotated*,

Per il resto, la giurisprudenza, negli ultimi anni, ha affermato che il criterio da impiegarsi nella prospettiva del *double jeopardy* sarebbe quello della *same evidence*, come emerge dalla sentenza *State v. Melton*, 371 N.C. 750, 821 S.E.2d 424 (North Carolina 2018), pronunciata dalla Corte suprema. Sicché è stato ammesso il cumulo di responsabilità per le fattispecie di violenza sessuale commessa ai danni di un minore d'età nonché per la distinta figura di violenza sessuale consistente nell'intrattenimento di rapporti sessuali con soggetto mentalmente disabile, in base al medesimo episodio criminoso. Ad avviso della Corte, difatti, tale soluzione sarebbe stata supportata dalla circostanza che ciascuna figura incriminatrice avrebbe contemplato un elemento costitutivo diverso, ovverosia la minore età, da un lato, e la deficienza psichica, dall'altro (talché l'impiego di un *same evidence test* inteso in astratto).

La Corte suprema del Michigan, dopo aver affermato, con la sentenza *People v. White*, 212 N.W.2d 222 (Michigan 1973), che il *same evidence test* avrebbe potuto condurre ad eccessi punitivi ed abbracciando il *same transaction criterion*, con la sentenza *People v. Nutt*, 677 N.W.2d 1 (Michigan 2004) è approdata ad una soluzione opposta, rimarcando come la limitazione determinata dal parametro da ultimo richiamato sarebbe idonea a produrre risultati pratici inaccettabili.

Tuttavia, nelle sue più recenti espressioni, la Corte ha rilevato come, in difetto di indicazioni esplicite del legislatore, il criterio fruibile dall'interprete per definire la *same offense* sarebbe soltanto il confronto strutturale [vd. *People v. Wafer*, 509 Mich. 31, 983 N.W.2d 315 (Michigan 2022)].

Le corti del New Jersey, pur avendo avallato il *same transaction test* e criticando l'applicazione del *same evidence criterion*, si sono dovute scontrare con i noti problemi associati alla definizione del concetto di azione, elaborandone – con *State v. Williams*, 799 A.2d 470 (New Jersey 2004) – una nozione sincretistica, stabilendo che questa andrebbe intesa facendo riferimento a numerosi fattori, quali «la natura e le caratteristiche delle fattispecie astratte di riferimento; il tempo e lo spazio in cui si consuma l'episodio criminoso; la necessità di acquisire diversi mezzi di prova per dimostrare singoli frammenti della *transaction*; se gli elementi che connotano la vicenda illecita siano riferibili ad un intento criminoso unitario; gli effetti che derivano dall'illecito, in termini di lesione o messa in pericolo di beni giuridici».

Ciò non di meno, con la più recente *State v. Miles*, 229 N.J. 83, 160 A.3d 23 (New Jersey 2017), la suprema Corte ha stabilito che «*is adopted the same-elements test as the sole double-jeopardy analysis and thus we don't recognize the same-evidence test as a measure of whether two offenses constitute the same offense*».

Con la sentenza *State v. Easler*, 327 S.C. 121, 489 S.E.2d 617 (S.C. 1997) la Corte suprema del South Carolina ha scrutinato un caso originato da un sinistro stradale nel quale un uomo, messosi alla guida in stato di alterazione dovuta all'assunzione di sostanze alcoliche e

che pure disciplina dei limiti al *multicharging* al ricorrere del requisito della *same transaction*, vd. C. WOODY, *A Sargasso Sea: Montana's statutory double jeopardy protection in the aftermath of State v. Valenzuela*, in *Montana Law Review*, 2023, 1, 113 ss. Si deve notare, in proposito, come le *mandatory joinder provisions* rappresentino elemento di differenziazione tra *ne bis in idem* processuale e sostanziale, accomunati, come si è già ricordato, dal concetto di *same offense*.

avendo provocato, nell'occasione, un incidente dal quale erano derivati il ferimento di un altro automobilista e la morte del giovane passeggero che viaggiava con quest'ultimo.

Rigettando il ricorso del *defendant*, che si era lamentato del cumulo sanzionatorio derivante dalla condanna per ciascuna delle fattispecie contestate (venticinque anni di pena detentiva per l'omicidio stradale commesso in stato di alterazione, quindici anni per le lesioni stradali caratterizzate dal *driving under influence*, oltre alle ulteriori sanzioni penali irrogate per le correlate violazioni delle norme sulla circolazione autoveicolare) ha rilevato come il *same transaction test* (evidentemente considerato nella dimensione spazio-temporale) non sarebbe da considerarsi affidabile e che, pertanto, si dovrebbe ricorrere al criterio del confronto tra gli elementi costitutivi delle fattispecie astratte contestate all'imputato.

In South Dakota, invece, la giurisprudenza ha rimarcato come i più affidabili criteri sarebbero rappresentati dalla struttura delle fattispecie incriminatrici di riferimento, nonché dal bene giuridico da esse tutelato. Così, ad esempio, con *State v. Linson*, 896 N.W.2d 656 (South Dakota 2017) è stata confermata la condanna dell'imputato per plurimi capi d'accusa relativi alla pedopornografia, rilevando la Corte suprema di quello Stato, nell'occasione, che la norma penale avrebbe avuto ad oggetto il divieto di possedere immagini pedopornografiche relative ad *un* minore (allorquando il materiale, nel caso di specie, si riferiva a diversi soggetti) e che essa avrebbe avuto la finalità di tutelare la dignità e la libertà di ciascun minore coinvolto.

Si tratta di un approdo cui è giunta, su un caso analogo, la Corte suprema del North Dakota che, con la sentenza *Peterka v. State* 864 N.W.2d 745 (North Dakota 2015), ha affermato come il *same element test* costituirebbe, in difetto di indicazioni normative espresse, il criterio per determinare la volontà del legislatore circa potenziali cumuli di pene e di processi.

Nel caso di specie, è stata confermata la sentenza di condanna dell'imputato per oltre cento capi d'imputazione per possesso di materiale pedopornografico, in quanto lo statuto del North Dakota prevede che la condotta punibile s'innesti sul materiale (filmati, fotografie) correlato a *ciascun* soggetto minore.

Proseguendo nella panoramica, si può osservare che in Mississippi le corti, a più riprese, hanno rilevato come il criterio di riferimento, tra quelli che compongono il *Blockburger test*, sarebbe il confronto strutturale tra le fattispecie astratte convergenti, rilevando altresì, a tal riguardo, che si dovrebbe negare il ricorrere del requisito della *same offense* allorquando le figure si ponessero in rapporto di specialità bilaterale, presentando «ciascuna un elemento che l'altra non ha»⁷¹. Ciò, dunque, attraverso un assai limitato sforzo di approfondimento del *same element test*, ben distante dalle riflessioni, dottrinali ma anche giurisprudenziali, che si sono sviluppate su tale parametro nel nostro Paese e che hanno disvelato tanto le possibili forme di manifestazione della specialità, quanto, in taluni casi, l'esigenza di allargare il concetto di "stessa materia" a ipotesi di specialità bilaterale, con l'esclusione del solo caso dell'aggiunta bilaterale.

In Texas l'*element test* è stato particolarmente valorizzato da *Elliot v. State*, 960 S.W.2d 76 (Texas Crim. App. 1998) ma, successivamente, in *Ex Parte Ervin v. State*, 991 S.W.2d 804

⁷¹ Vd. *Kelly v. State*, 80 So.3d 802 (Mississippi 2012).

(Texas Crim. App. 1999), sono stati elaborati criteri suppletivi ai fini dell'identificazione della *same offense*, essendo l'interprete tenuto a verificare, in quest'ottica: «se le disposizioni sui reati sono contenute nella stessa sezione statutaria, se i reati sono formulati in modo alternativo, se i reati sono rubricati in modo simile, se i reati hanno cornici edittali comuni, se i reati hanno un obiettivo comune (vale a dire se tutelano lo stesso bene giuridico) e se tale obiettivo comune tende a indicare un singolo caso di condotta, se gli elementi che differiscono tra i reati possono essere considerati assimilabili e se esiste una cronologia legislativa contenente un'articolazione di un intento di trattare i reati come uguali o diversi ai fini del doppio rischio». Ciò secondo una costruzione recepita anche dalle espressioni giurisprudenziali più recenti, come ad esempio *Ramos v. State*, 636 S.W.3d 646 (Texas Crim. App. 2021).

4.4. Criticità emergenti dalla casistica giurisprudenziale.

Come rilevato, ad esempio, dalla già citata *Albernaz v. United States*, nonché da *Ohio v. Johnson*, 467 U.S. 493 (1984), la *double jeopardy clause* non impedirebbe affatto ai legislatori di prevedere che una medesima condotta possa determinare una responsabilità plurima, attraverso la convergenza di norme incriminatrici sull'*idem factum*. Il tutto secondo una linea che, per quanto appena esposto, è stata recepita anche dalle giurisdizioni degli Stati federali.

Quanto ai parametri che compongono il *Blockburger test*, essi hanno rappresentato materiale plastico nelle mani dell'interprete. Non è un caso, dunque, che in casi di intreccio di norme incriminatrici che non prevedono delle clausole di riserva (che rappresentano espressione di una tecnica normativa non particolarmente diffusa in America) le corti, non di rado, facciano leva sulla volontà implicita del legislatore⁷², che rappresenta il mezzo per evitare soluzioni platealmente inique ma, talvolta, anche per coltivare (impropriamente) scelte di politica in sede giurisprudenziale⁷³.

Si tratta, dunque, di elementi, nel loro complesso, particolarmente critici.

Difatti, il *double jeopardy* e il *Blockburger test* sono stati intesi, in estrema sostanza, come vincoli per le corti e strumenti per rimediare al "tradimento" della volontà dei legislatori americani, piuttosto che uno strumento per vagliare la legittimità delle scelte di politica criminale di quest'ultimi.

⁷² Vd. anche *Jeffers v. United States*, 432 U.S. 137 (1977); *Whalen v. United States*, 445 U.S. 684 (1980); *Jones v. Thomas*, cit. Vd., altresì, *Missouri v. Hunter*, 459 U.S. 359 (1983), nel qual caso la Corte suprema ha affermato la cumulabilità delle responsabilità per *robbery of first degree* (che prevede, come elemento costitutivo, l'utilizzo di un'arma da fuoco nel corso della rapina) nonché per la fattispecie di «*commissione di un grave reato con l'utilizzo di arma da fuoco*», ritenendo che dal sistema fosse chiaramente evincibile la volontà del legislatore di prevedere, in casi quali quello oggetto del giudizio, un cumulo sanzionatorio. Ciò in deroga a quanto stabilito, in linea generale, dal citato Cap. 556.041 che, a rigore, dovrebbe indurre ad escludere il concorso nel caso in cui un reato fosse "incluso" in un altro. Analogamente hanno posto in risalto la necessità di indagare la *voluntas legislatoris*, tra le tante, *State v. Marsich*, 10 A.3d 435 (Rhode Island 2010), intervenuta su un caso analogo a quello deciso da *Missouri v. Hunter* (in senso contrario, però, vd. *Payne v. Virginia*, sopra citata), nonché *State v. Laws*, 655 A.2d 1131 (Connecticut App. Ct. 1995), con la quale è stata riconosciuta la cumulabilità della responsabilità per importazione illegale di arma da fuoco con quella per la violazione di una norma che punisce il possesso illegale di armi di quel tipo.

⁷³ Vd. G.C. THOMAS III, *A blameworthy act approach to the double jeopardy same offense problem*, in *California Law Review*, 1995, 4, 1027 ss; A.R. AMAR, *Double jeopardy law made simple*, in *Yale Law Journal*, 1997, 6, 1813 ss.

Sono, questi, gli effetti di un costituzionalismo “*weak*” in materia penale, che sotto certi profili evoca l’atteggiamento culturale che, sotto l’influenza del metodo tecnico-giuridico, ha caratterizzato a lungo anche il panorama italiano, a seguito dell’entrata in vigore della Carta costituzionale, e che, come ben sottolineato da Franco Bricola, aveva alimentato la tendenza ad interpretare la Costituzione nell’ottica del codice e delle norme penali, piuttosto che all’impiego della Carta per sindacare la legittimità dello *ius criminale*⁷⁴.

Gli stretti ed ambigui margini operativi della clausola e del *test*, perlomeno dal punto di vista del diritto penale sostanziale, a ben considerare, sono determinati, a loro volta, da ulteriori fattori concorrenti; in primo luogo, il totale sganciamento dell’approccio al *ne bis in idem* da considerazioni che attengono alla proporzionalità dei cumuli che, invece, apparrebbero imposte dall’Ottavo Emendamento⁷⁵.

Del resto, tale parametro, in effetti, sinora ha costituito, come già accennato e come dimostrato anche dagli orientamenti delle giurisdizioni dei singoli Stati americani appena richiamati, un assai striminzito argine rispetto alle opzioni legislative in materia di *punishment*, con allineamento al tradizionale *self restraint* mostrato dalla Corte suprema degli Stati Uniti⁷⁶.

A ciò occorre aggiungere il forte ritardo evolutivo del dibattito americano sul bene giuridico e sul principio di offensività⁷⁷ che, invece, potrebbe fornire utili spunti nel contesto di valutazioni che attengono ai cumuli⁷⁸.

Ciò è dimostrato, del resto, dall’imbarazzo con cui le corti affrontano casi tutto sommato semplici, come nelle ipotesi di: i) omicidi plurimi realizzati nello stesso contesto spaziotemporale, ove la diversa riferibilità del bene giuridico-vita dovrebbe rappresentare criterio assorbente e dirimente nel prisma dell’esclusione del *double jeopardy*; ii) di furto d’uso e di furto comune contestati in ordine alla stessa *res*, ove eventuali, minime differenze strutturali tra le fattispecie non possono mettere in ombra la circostanza che pur sempre si tratti di figure poste a tutela del medesimo interesse e che descrivono delle aggressioni di intensità lesiva diversamente graduata⁷⁹.

74 Vd. F. BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, in *Nov. Dig. It.*, XIX, Torino, 1973, 7 ss, ora anche in ora in *Id.*, *Scritti di diritto penale*, a cura di S. Canestrari e A. Melchionda, vol. I, *Dottrine generali, teoria del reato e sistema sanzionatorio*, Milano, 1997, 731 ss.

75 Su questa criticità, vd. C. CANTRELL, *Double jeopardy and multiple punishment: an historical and constitutional analysis*, in *Texas Law Journal*, 1983, 2, 735 ss (spec. 765-766); J. KING, *Portioning punishment: constitutional limits on successive and excessive penalties*, op. cit., spec. 106 ss; D.D. DRIPPS, *Overcriminalization, discretion, criminalization, waiver: a survey of possible exit strategies*, in *University of San Diego Public Law and Legal Theory Research Paper Series*, 2005, 1 ss (spec. 17); J.M. CHERMERINSKY, *Counting offenses*, in *Duke Law Review*, 2009, 2, 709 ss (spec. 732 ss).

76 In argomento, nella letteratura nostrana, vd. F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale*, Torino, 2021, 35 ss.

77 Che è stato interessato dal ben diverso “*harm principle*” elaborato nella monumentale opera, in quattro volumi, di J. FEINBERG, *The moral limits of criminal law*, New York, 1984-1988. Sulle criticità da “diluzione” emergenti dalle tesi di questo autorevole studioso, vd. G. FORNASARI, *Offensività: beni e tecniche di tutela*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2018, 3, 1514 ss.

78 Sul tema della mancanza di riferimenti alla tutela degli interessi lesi dalle norme penali convergenti, vd. D.E. BURTON, *A closer look at the supreme Court and the double jeopardy clause*, op. cit.; C. FINKELSTEIN, *Positivism and the notion of offense*, in *California Law Review*, 2000, 2, 335 ss.

79 Sul principio di offensività come criterio ermeneutico, nella letteratura nostrana, vd. V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, Torino, 2005, 245 ss. Sull’imprescindibilità del riferimento all’offensività per

Last, but not least, ciò che emerge dalla disamina degli orientamenti giurisprudenziali sopra descritti è la forte frizione che la *double jeopardy clause* ed il *Blockburger test*, intervenendo sul concetto di *same offense*, hanno generato rispetto ai principi costituzionali di legalità e di *foreseeability*⁸⁰, disgregando la tradizionale funzione nomofilattica del precedente, ovvero sia il principio dello *stare decisis*⁸¹.

5. Il fenomeno dell'*overlapping punishment*. La *dual sovereignty doctrine*.

Come risaputo, il sistema penale federale⁸² e quelli dei singoli Stati americani sono in parte indipendenti, così come è noto come la medesima condotta possa sostanziare, al ricorrere di talune condizioni, un illecito penale disciplinato tanto a livello federale quanto dei singoli ordinamenti statuali.

In questi casi talune giurisdizioni prevedono (vd., ad esempio, il § 505.050 dei *Kentucky Revised Statutes*) che, a determinate condizioni, uno Stato rinunci a perseguire il reo già condannato da una corte federale o da quella di un altro Stato; nelle altre ipotesi, invece, vige la c.d. "*dual sovereignty doctrine*", che costituisce una deroga alla *double jeopardy clause* e che è stata oggetto di numerose espressioni giurisprudenziali, come si esporrà qui di seguito.

L'ammissibilità del cumulo, sanzionatorio e processuale, rispetto a illeciti federali e quelli previsti nei singoli Stati americani, confluenti sull'*idem factum*, rappresentò questione che venne precocemente affrontata dalla *Federal High Court*, con *Houston v. Moore*, 18 U.S. 1 (1820)⁸³.

In particolare, l'imputato era stato accusato di diserzione poiché egli, appartenendo alla milizia della Pennsylvania, dopo la chiamata non si era presentato per il servizio militare, durante la guerra del 1812, e, per questa infrazione, era stato sanzionato da una corte marziale statale, in conformità con una legge della Pennsylvania.

Houston, però, aveva contestato la pronuncia, sostenendo che lo Stato della Pennsylvania non avrebbe vantato la prerogativa di punirlo perché il Congresso degli Stati Uniti, secondo la Costituzione, avrebbe avuto – ad avviso dell'interessato – l'autorità esclusiva in materia servizio militare da prestarsi in favore del Governo federale degli Stati Uniti.

La Corte suprema degli Stati Uniti, allora, stabilì che gli Stati federati ben potrebbero introdurre nei loro sistemi norme penali tese a tutelare interessi federali, perseguendo gli illeciti attraverso i propri organi giurisdizionali, a meno che il Congresso emanasse leggi che precludessero espressamente siffatta ipotesi.

dirimere il dilemma tra concorso apparente e concorso reale vd., nella dottrina nostrana, A. VALLINI, *Concorso di norme e di reati*, in *Le forme di manifestazione del reato*, a cura di G. De Francesco, in *Trattato teorico-pratico* diretto da F. Palazzo e C.E. Paliero, vol. II, Torino, 2011, 263 ss.

80 G. COFFEY, *Double jeopardy and successive prosecutions based on the same prohibited conduct: equivalence of approaches to determining the same offense dilemma in comparative perspective*, in *The Journal of Criminal Law*, 21 maggio 2024.

81 Su cui vd. A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale*, Torino, 1999.

82 Il sistema penale federale è composto da leggi approvate dal Congresso degli Stati Uniti. I reati federali attengono a condotte illecite che coinvolgono più di uno Stato (ad esempio, traffico di droga interstatale, frodi postali o elettroniche), che offendono interessi del governo federale o che sono commessi da funzionari federali, nonché a illeciti che rivestono una portata nazionale (terrorismo, contraffazione, immigrazione illegale, e così via).

83 Si tratta del primo pronunciamento della *Federal High Court* sul tema della *double jeopardy clause*.

Proseguendo, la Corte, nel rigettare l'eccezione del *defendant*, che aveva tentato di sostenere le proprie tesi attraverso l'argomento del *double jeopardy*, rilevò che «in caso di giurisdizione concorrente, la sentenza di una delle due corti, sia di condanna che di assoluzione, potrebbe essere invocata in esclusione dell'accusa dinanzi all'altra».

Con la sentenza *Fox v. Ohio*, 46 U.S. 410 (1847) la Corte affrontò, poi, il caso di un soggetto che era stato condannato dalla Corte suprema dell'Ohio per la spendita di dollari d'argento. Il *defendant*, dunque, aveva impugnato il verdetto davanti alla Corte U.S.A., deducendo l'illegittimità costituzionale della previsione incriminatrice statutaria, in quanto in violazione della competenza legislativa riservata al Congresso.

Ciò sulla scorta dell'art. 1 della Costituzione americana che, per l'appunto, riserva al Congresso il conio della moneta nazionale, con la conseguenza che – *in thesi* – tutti gli illeciti correlati, ivi inclusa la messa in circolazione delle monete falsificate, secondo la prospettiva del *defendant*, avrebbero dovuto ritenersi riservati alla potestà normativa e giurisdizionale federale.

La *Supreme Court*, allora, nel rigettare il ricorso dell'interessato rilevò, innanzitutto, come le condotte di falsificazione e di spendita di monete false si distinguessero sotto il profilo dell'offensività, in quanto la prima avrebbe leso gli interessi federali, la seconda il privato, ovverosia il *deceptus*, destinatario del pagamento eseguito attraverso la moneta falsificata.

Sulla base di tale premessa, la Corte rimarcò, in linea generale, come gli Stati federati ben potrebbero introdurre a sistema delle previsioni incriminatrici poste a tutela dei propri interessi e di quelli dei loro cittadini senza ledere le prerogative federali; a ciò si soggiunse – sulla scorta di quanto già stabilito dalla sentenza *Barron v. Baltimore*, 32 U.S. (7 Pet.) 243 (1833) – come le norme compendiate nel *Bill of Rights* (costituito dai primi dieci Emendamenti) sarebbero state sollecitate dagli Stati federati e, conseguentemente, esse non avrebbero potuto essere certo interpretate nella proiezione della restrizione dei poteri normativi e giurisdizionali spettanti a quest'ultimi in materia penale, bensì, semmai, come limite di quelli attribuiti al Congresso.

Sicché, rispetto alla questione del *double jeopardy*, incidentalmente sollevata dal ricorrente al fine di sostenere il ricorso, la Corte statuì come sarebbe, al più, il Congresso stesso a dover evitare l'ipotesi della doppia incriminazione per l'*idem factum*, fermo che l'eventuale cumulo non potrebbe, ad avviso della Corte, determinare *ipso facto* una violazione del principio costituzionale di cui sopra⁸⁴. Con la successiva sentenza *United States v. Cruikshank*, 92 U.S. 542 (1876) la Corte suprema degli Stati Uniti affrontò nuovamente il tema dei rapporti tra il Governo centrale e gli Stati federati.

84 «È stato obiettato dal ricorrente che se gli Stati potessero infliggere sanzioni per il reato di circolazione di moneta base e il Governo federale dovesse prevedere una sanzione contro lo stesso atto, un individuo sotto queste giurisdizioni separate potrebbe essere passibile di essere punito due volte per lo stesso crimine e che ciò violerebbe il Quinto Emendamento alla Costituzione. Ammettendo per il momento che possa configurarsi una simile ipotesi, la forza dell'obiezione è scarsa. Il divieto a cui si allude non è stato concepito come limite per i Governi statali in riferimento ai propri cittadini. Si tratta esclusivamente di restrizioni al potere federale, volte a impedire l'interferenza con i diritti degli Stati e dei loro cittadini, poiché non è né probabile né credibile che gli Stati abbiano insistito con ansia per innestare sulla Costituzione federale restrizioni alla propria autorità. Il cumulo sarebbe ammissibile, comunque, in casi di particolare gravità o quando la sicurezza pubblica richiedesse straordinario rigore».

In proposito, allora, la Corte rilevò: «i poteri del Governo sono limitati nel numero. Nell'ambito dei suoi poteri, come elencati e definiti, il Governo degli Stati Uniti è supremo e al di sopra degli Stati; ma al di là, non ha esistenza. È stato eretto per scopi speciali e dotato di tutti i poteri necessari per la sua stessa conservazione e il raggiungimento degli obiettivi che il suo popolo aveva in mente. Non può né concedere né assicurare ai suoi cittadini alcun diritto o privilegio che non sia espressamente o implicitamente posto sotto la sua giurisdizione. Il popolo degli Stati Uniti residente in qualsiasi Stato è soggetto a due potestà, una statale e l'altra nazionale, ma non deve esserci conflitto tra i due. I poteri che uno possiede non li possiede l'altro. Sono istituiti per scopi diversi e hanno giurisdizioni separate. Insieme, formano un tutto unico e forniscono al popolo degli Stati Uniti un governo completo, ampio per la protezione di tutti i loro diritti in patria e all'estero. È vero, a volte può accadere che una persona sia soggetta a entrambe le giurisdizioni per uno stesso atto. Quindi, se un funzionario degli Stati Uniti viene illegittimamente contrastato durante l'esercizio di funzioni giurisdizionali all'interno di uno Stato e la resistenza è accompagnata da un'aggressione fisica, viene violato il potere sovrano degli Stati Uniti nonché la pace sociale dello Stato federato. Allo stesso modo, se si trasferisce una moneta contraffatta degli Stati Uniti all'interno di uno Stato, si potrebbero configurare diversi illeciti penali ai danni degli Stati Uniti e del singolo Stato federato: gli Stati Uniti perché viene lesa la funzione della moneta nazionale e lo Stato a causa della frode commessa ai danni di taluni cittadini. Il cittadino non può dolersi, in questi casi, perché si è volontariamente sottomesso a tale forma di governo federale. Deve fedeltà a due diverse sfere, deve subire le sanzioni che ciascun Governo impone per la disobbedienza alle proprie leggi. In cambio, può pretendere protezione da ciascuna entità all'interno della propria giurisdizione. Nessun diritto può però essere tutelato dal Governo degli Stati Uniti se non nei limiti delle prerogative stabilite dalla Costituzione».

Talché, la conferma della potestà punitiva e giurisdizionale concorrente, già sancita da *Fox v. Ohio*; dopo tali premesse generali, la Corte affermò che il Primo Emendamento, che sancisce il diritto di associazione dei cittadini, nonché il Quattordicesimo, adottato nel 1868 al fine di riconoscere e tutelare i diritti degli *Afro-Americans*, avrebbero dovuto essere interpretati come limite alla potestà normativa del Governo federale e all'azione dei suoi funzionari e non come fonte di diritti di crisma costituzionale in capo ai singoli cittadini da far valere nell'alveo della giurisdizione federale⁸⁵. Sicché venne annullata la condanna pronunciata da una Corte federale, sulla base del *Enforcement Act* del 1870 (che, in estrema sintesi, contemplava illeciti penali correlati a non meglio precisate violazioni di diritti costituzionalmente garantiti del cittadino), nei confronti di taluni individui accusati di *conspiracy* e di aver realizzato una serie di condotte violente e minacciose ai danni di cittadini di colore, che si erano riuniti per finalità politiche.

Si tratta di una pronuncia assai significativa, non solo per via degli effetti che essa contribuì a produrre, negli anni a venire, rispetto alla segregazione e alle violenze subite dagli afroamericani, ma in quanto essa fu espressione di un approccio alquanto miope

⁸⁵ Su questi argomenti, vd. M.J. PERRY, *The Fourteenth Amendment and the Supreme Court*, New York, 1999, 88 ss.

rispetto alla portata del dettato costituzionale, tanto del *Bill of Rights* quanto degli Emendamenti della “ricostruzione”, tra cui il Quattordicesimo.

Proseguendo nella panoramica delle evoluzioni giurisprudenziali in ordine ai rapporti tra giurisdizione federale e dei singoli Stati in materia criminale, si può rammentare ora la sentenza *United States v. Lanza*, 260 U.S. 377 (1922), con la quale la Corte suprema U.S.A. scrutinò il caso di alcuni *defendant* che erano stati condannati per fabbricazione e trasporto di bevande alcoliche tanto da una Corte federale (in virtù del *National Prohibition Act*) quanto da una corte dello Stato di Washington (sulla scorta di una norma incriminatrice statutaria interna). Nel caso di specie, allora, la Corte stabilì che la *double jeopardy clause* di cui al Quinto Emendamento non trovasse applicazione nel caso di *dual sovereignty* (che da quel momento divenne, per l'appunto, una vera e propria *doctrine*), con la conseguenza che il doppio processo e la doppia condanna non si sarebbero rivelati in contrasto con la citata clausola.

Più di preciso, ad avviso della *Supreme Court*, quest'ultima avrebbe dovuto essere intesa come mero divieto di una duplicazione di accuse, di processi e di sanzioni da parte della giurisdizione federale, con esclusione, dunque, delle ipotesi in cui tale fenomeno derivasse dalla convergenza dell'ordinamento federali e dei singoli stati membri sull'*idem factum*⁸⁶. In ogni caso, il *Bill of Rights* per lungo tempo continuò (sulla linea tracciata nel *Cruikshank's case*) ad essere interpretato dalle Corti statunitensi come un insieme di norme limitatrici del potere del Governo federale, piuttosto che come fonte dei diritti dei singoli cittadini, da far valere nei confronti dei Governi americani e delle corti degli Stati federati.

Con la sentenza *Palko v. Connecticut*, 302 U.S. 319 (1937), peraltro, la Corte suprema U.S.A. affrontò il caso di un imputato che, dopo aver perpetrato una rapina in un negozio di prodotti musicali, al fine di sfuggire alla cattura, aveva esploso dei colpi di arma da fuoco contro due agenti di polizia, uccidendoli.

Avverso la sentenza di condanna di prime cure all'ergastolo, per il reato di omicidio di secondo grado, lo Stato del Connecticut, sfruttando una specifica previsione statutaria, aveva interposto impugnazione, ottenendo la riforma della pronuncia e la condanna del *defendant* alla pena capitale.

Sicché, l'interessato aveva ricorso davanti alla Corte, sostenendo come il Quinto Emendamento, contenente la *double jeopardy clause*, avrebbe precluso la possibilità di

⁸⁶ Lo stesso principio venne ribadito, in seguito, in caso analogo, da *Herbert v. Louisiana*, 272 U.S. 312 (1926) e poi da *United States v. Taylor*, 322 U.S. 385 (1944), *Screws v. United States*, 325 U.S. 91 (1945), *California v. Zook*, 336 U.S. 725 (1949), *Abbate v. United States*, 369 U.S. 187 (1959), dalla coeva *Bartkus v. Illinois*, 359 U.S. 121 (1959), nonché, più di recente, da *Gamble v. United States*, 587 U.S. (2019). Si tratta di una pronuncia assai interessante, sia in ragione della panoramica dell'evoluzione giurisprudenziale offerta in quella sede dalla Corte, sia a motivo del contenuto delle *dissenting opinion*, tra cui quella del giudice Neil Gorsuch, per il quale la Corte avrebbe avallato, nell'occasione, una «*colossal exception to an ancient rule against double jeopardy*». Più di recente, in ordine alla compatibilità del cumulo tra processi e condanne irrogate da corti federali e nazionali, vd. *Denezpi v. United States*, 596 U.S. (2022). Sulla esclusione della *double jeopardy clause* nel caso di competenza concomitante di corti federali e corti istituite per i nativi nelle riserve, vd. *United States v. Wheeler*, 435 U.S. 313 (1978), nonché *United States v. Lara*, 541 U.S. 193 (2004) e, in dottrina, A.R. RILEY-S.G. THOMPSON, *Mapping dual sovereignty and double jeopardy in Indian country crimes*, in *Columbia Law Review*, 2022, 7, 1899 ss. La Corte Suprema degli Stati Uniti, per altro verso, con la sentenza *Puerto Rico v. Sánchez Valle*, 579 U.S. 59 (2016) ha stabilito come la *double jeopardy clause* si applicherebbe nei rapporti tra giurisdizione federale e quella di territori di *commonwealth* come, per l'appunto, il Puerto Rico, precludendo il doppio processo e la doppia punizione sull'*idem factum*.

impugnazione e riforma *in pejus* del verdetto precedentemente emesso e che tale principio sarebbe stato “incorporato” nel Quattordicesimo Emendamento che, a sua volta, richiamando la *due process clause*, avrebbe costituito un limite al potere giurisdizionale degli Stati federati (ciò stabilendo che «nessuno Stato può privare una persona della vita, della libertà o della proprietà senza un giusto processo di legge»). Nell’occasione, allora, la Corte accolse la teoria della c.d. “incorporazione selettiva” in base alla quale il Quattordicesimo Emendamento, pur essendo stato introdotto anche nella prospettiva di taluni vincoli all’esercizio delle potestà degli Stati federati, avrebbe incorporato soltanto quei diritti, sanciti dal *Bill of Rights*, che avrebbero dovuto ritenersi imprescindibili per garantire un sistema di “libertà ordinata”⁸⁷.

In questo caso venne, allora, stabilito che la *double jeopardy clause* non facesse parte del “nucleo minimo” dei diritti fondamentali dei cittadini, con conseguente rigetto del ricorso del *defendant*, che venne successivamente giustiziato sulla sedia elettrica. Del resto, come emerge dalla motivazione espressa della Corte, il giudice Benjamin Cardozo affermò che gli istituti giuridici avrebbero dovuto essere interpretati in modo tale da evitare soluzioni “irragionevoli”.

Tale impostazione venne però modificata, successivamente, da una serie di pronunce negli anni 60⁸⁸ (all’epoca della c.d. “*Warren Court*” e dell’affermazione negli orientamenti della Corte suprema U.S.A. del *liberal credo*), tra cui, per quel che qui più interessa, la già citata sentenza *Benton v. Maryland*, del 1969, con la quale si stabilì che la sopra citata *clause* fosse “incorporata” in quella relativa al *due process* di cui al Quattordicesimo Emendamento («oggi riveliamo che il divieto imposto dalla *double jeopardy clause* rappresenta un principio fondamentale del nostro patrimonio costituzionale e che dovrebbe applicarsi agli Stati tramite il Quattordicesimo Emendamento»), determinando, così, dei limiti al potere giudiziario (e, seppur in minima misura, normativo) anche in seno agli Stati federati⁸⁹.

Si tratta di tendenze espansive del garantismo penale che, tuttavia, cominciarono ad invertirsi a partire dagli anni ’70 dello scorso secolo, allorquando la Corte suprema U.S.A. in qualche modo si adattò alla linea del *tough on crime* adottata dal Governo federale, attraverso

87 Sulle origini e gli sviluppi di tale teoria, vd. R.T. FARRAR, *Double jeopardy and due process*, in *University of Miami Law Review*, 1969, 2, 531 ss; J.H. ISRAEL, *Selective incorporation revisited*, in *Georgetown Law Journal*, 1982, 1, 253 ss.

88 Che contrastarono l’idea per la quale il Quattordicesimo Emendamento avrebbe potuto essere oggetto di una lettura restrittiva, tanto da “annacquare” le garanzie individuali dinnanzi al potere pubblico. Vd., tra le tante, *Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643 (1961), sulla protezione del cittadino rispetto a perquisizioni e sequestri illegittimi; *Robinson v. California*, 370 U.S. 660 (1962), sulla *cruel and unusual punishment clause*; *Gideon v. Wainwright*, 372 U.S. 335 (1963), sul diritto dell’imputato all’assistenza tecnica nel processo penale; *Malloy v. Hogan*, 378 U.S. 1 (1964), nonché *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966), sul *privilege against self-incrimination*; *Washington v. Texas*, 388 U.S. 14 (1967), sulla *compulsory process clause* (ossia sul diritto di escutere testimoni a discolpa); *Duncan v. Louisiana*, 391 U. S. 145, 391 U. S. 149 (1968), sul diritto dell’imputato ad essere giudicato da una giuria di suoi pari. In argomento, vd. A.R. AMAR, *Original meaning of the Fourteenth Amendment. Did the Fourteenth Amendment incorporate the Bill of Rights against States?*, in *Harvard Journal of Law & Public Policy*, 1996, 1, 443 ss.

89 Sulla funzione del Quattordicesimo Emendamento in termini di “testa di ponte” per la piena affermazione dei principi compendiati nel *Bill of Rights*, vd. AA.VV., *U.S. Constitution. Fourteenth Amendment annotated*, Washington, 2017, 2016 ss.

un rinnovato *self-restraint* rispetto alla tutela dei diritti del reo, che venne in larga misura rimessa agli Stati federati⁹⁰.

Su questa linea di progressiva severità nell'approccio alla questione criminale, dunque, la *dual sovereignty clause*, esclusa nell'ipotesi di autorità giurisdizionali appartenenti al medesimo Stato [vd. *Waller v. Florida*, 397 U.S. 387 (1970), in ordine ad illeciti identici disciplinati da giurisdizioni municipali e statuali]⁹¹, venne successivamente ampliata con la sentenza *Heath v. Alabama*, 474 U.S. 82 (1985); in quel caso, l'imputato era stato accusato per aver assoldato due *killer* al fine di rapire e uccidere la propria moglie, la quale era stata prelevata dalla propria abitazione in Alabama, mentre il cadavere della donna, successivamente, era stato rinvenuto in Georgia.

Il reo, dunque, era stato dapprima condannato all'ergastolo in Georgia e, di seguito, incriminato in Alabama. Sicché il *defendant* aveva sviluppato la *double jeopardy defense*, opponendosi al doppio processo; ciò nonostante, il reo era stato condannato per una seconda volta per le medesime condotte criminose, con una sentenza impugnata davanti alla Corte suprema degli Stati Uniti. La Corte, allora, nel rigettare il gravame rievocò il risalente precedente *Moore v. Illinois*, 14 How. 13, 55 U.S. 19 (1852), per il quale la *double jeopardy clause* avrebbe dovuto essere interpretata in termini di divieto di doppia incriminazione per il medesimo fatto alla luce della medesima "legge"; con la conseguenza che trattandosi di condotta perseguibile in base a norme incriminatrici *diverse*, perché contemplate da ordinamenti giuridici autonomi (quelli di due differenti Stati), non sarebbe stata prospettabile alcuna violazione del Quinto Emendamento.

Sebbene la Corte suprema degli Stati Uniti – come si è avuto modo di esporre – abbia in più occasioni avallato la *dual sovereignty doctrine*, quale eccezione alla *double jeopardy clause*, essa, tuttavia, non trova sistematica applicazione, essendo stata elaborata (al netto delle previsioni statutarie di alcuni Stati federati, come sopra rammentato)⁹², a livello giurisprudenziale, la c.d. "*Petite policy*", anche conosciuta come "*dual and successive prosecution policy*", che, espressa da *Petite v. United States*, 361 U.S. 529 (1960), ha fornito al Dipartimento di Giustizia federale delle *guide-lines* al fine di selezionare i casi da sottoporre a processo già giudicati dalle giurisdizioni degli Stati americani o dalle stesse corti federali (competenti in relazione ai diversi Circuiti), davanti a quest'ultime⁹³.

90 Vd. B. LATZER, *Toward the decentralization of criminal procedure: state constitutional law and selective disincorporation*, in *Criminal Law & Criminology*, 1996, 1, 63 ss; J.F. MARCEAU, *Un-incorporating the Bill of Rights: the tension between the Fourteenth Amendment and the federalism*, in *Journal of Criminal Law & Criminology*, 2008, 4, 1231 ss.

91 Sul tema, vd. L.W. HOUGER, *Double jeopardy where both city and State prosecute the same act*, in *Washington Law Review*, 1963, 4, 819 ss; W.J. ENGLISH JR., *Criminal justice: double jeopardy*, in *Louisiana Law Review*, 1971, 3, 540 ss; T.R. BOSSERT, *Double jeopardy-municipal prosecutions as a bar to subsequent State prosecutions for offenses arising from the same criminal actions*, in *Dickinson Law Review*, 1972, 2, 282 ss.

92 In argomento, vd. M. DAWSON, *Popular sovereignty, double jeopardy, and the dual sovereignty doctrine*, in *The Yale Law Journal*, 1992, 1, 281 ss; M.J. HAGBURG, *Statutory bars to dual sovereign prosecutions: the Minnesota and North Dakota approaches compared*, in *North Dakota Law Review*, 1996, 3, 583 ss.

93 In tema, vd. J.S. ALLEMAND, *Petite policy. An example of enlightened prosecutorial discretion*, in *Georgetown Law Journal*, 1978, 4, 1137 ss; E.T. LEAR, *Contemplating the successive prosecution phenomenon in the federal system*, in *Journal of Criminal Law and Criminology*, 1995, 3, 625 ss; E.S. PODGOR, *Department of Justice guidelines: balancing discretionary justice*, in *Cornell Journal of Law and Public Policy*, 2004, 1, 167 ss.

In particolare, la linea sposata dalla *High Court* implica che, generalmente, si dovrebbe ritenere che tanto nell'ipotesi della condanna, quanto dell'assoluzione, l'azione promossa dai *prosecutors* nelle singole giurisdizioni "consumi" l'interesse federale a perseguire un illecito penale.

Questa regola generale subisce talune eccezioni (la cui ricorrenza è demandata alla valutazione del *Assistant Attorney General of the United States*), come ad esempio nel caso in cui:

- venisse accertato un radicale difetto di potere giurisdizionale in capo all'organo che ha assunto la decisione sul caso, in termini di vera e propria usurpazione del potere giudiziario, o quando risultasse che il pronunciamento sia stato determinato da atti di *corruption*, minacce o, più in genere, "*undue influences*";
- emergesse che la sentenza intervenuta sull'*idem factum* sia stata frutto di uno straordinario errore di diritto o di un travisamento delle emergenze probatorie;
- il precedente pronunciamento di una corte sia stato condizionato dall'indisponibilità contingente di una prova determinante;
- l'illecito federale presentasse un elemento aggiuntivo o specializzante rispetto a quello oggetto del processo già celebrato.

La suddetta presunzione, in caso di antecedente condanna, inoltre, può essere vinta nella (genericissima) ipotesi in cui la precedente sentenza avesse irrogato delle sanzioni manifestamente inadeguate rispetto all'interesse del Governo federale.

Si tratta, dunque, di un insieme ampio ed eterogeneo di casi; ad ogni modo, la giurisprudenza ammette che l'attivazione di un nuovo giudizio in violazione dei suddetti criteri (richiamati dal § 9-2.031 del *Justice Manual* federale) possa autorizzare il *defendant* a sollevare la *double jeopardy defense* – vd. *Rinaldi v. United States*, 434 U.S. 22 (1977); *Thompson v. United States*, 444 U.S. 248 (1980) – e, in effetti, gli studiosi della materia hanno sottolineato, attraverso l'esame dei repertori, che, nonostante l'ampia discrezionalità attribuita agli organi d'accusa federali, emergente dai *Petit criteria*, i casi di promozione di un secondo giudizio sull'*idem factum* (specie a seguito di pronunciamenti da parte delle corti dei singoli Stati) siano tutto sommato rari⁹⁴.

94 S.T. MOAK-R.L. CARLSON, *Criminal justice procedure*, Waltham, 2013, 208. In ogni caso, la *dual sovereignty doctrine* è stata oggetto di critiche da parte di numerosi studiosi della materia, che hanno evidenziato la frizione dei principi che essa esprime con le garanzie costituzionali. Vd., in argomento, J.A.C. GRANT, *The Lanza rule of successive prosecutions*, in *Columbia Law Review*, 1932, 2, 1309 ss; J.M. FEELEY, *Double jeopardy and dual sovereignty*, in *Qashington Law Review*, 1959, 4, 562 ss; G.C. PONTIKES, *Dual sovereignty and double jeopardy: a critique of Bartkus v. Illinois and Abbate v. United States*, in *Western Reserve Law Review*, 1963, 4, 700 ss; R.C. STONER, *Double jeopardy and dual sovereignty: a critical analysis*, in *William & Mary Law Review*, 1970, 4, 946 ss; R.D. BOYLE, *Double jeopardy and dual sovereignty: the impact of Benton v. Maryland on successive prosecution for the same offense by State and Federal Governments*, in *Indiana Law Journal*, 1971, 3, 413 ss; C.W. HOMESLEY, *The dual sovereignty doctrine extended to successive State prosecutions*, in *Campbell Law Review*, 1986, 2, 361 ss; J. BRICKMAN, *The dual sovereignty doctrine and successive State prosecutions*, in *Chicago-Kent Law Review*, 1987, 1, 175 ss; S.R. BERRY, *Double jeopardy clause and successive State prosecution*, in *Journal of Criminal Law and Criminology*, 1987, 3, 632 ss; W.W. VAN ALSTYNE, *Dual sovereignty, federalism and national criminal law: modernist constitutional doctrine and the nonrole of the Supreme Court*, in *American Law Review*, 1989, 4, 1740 ss; R.J. ALLEN, *The double jeopardy clause, constitutional interpretation and the limits of formal logic*, in *Valparaiso University Law Review*, 1991, 1, 281 ss; K. HELLMANN, *The fallacy of dueling sovereignties: why the Supreme Court refuses to eliminate the*

6. Le *continuing offenses*.

Negli *States* si distinguono le *instant* dalle *continuing offenses*, locuzione con cui s'indicano ipotesi in cui una condotta tipizzata si protragga nel tempo, per via della medesima determinazione criminosa, unitamente all'offesa al medesimo bene giuridico tutelato dalla norma incriminatrice di riferimento. In quest'ultimo caso (che evoca il concetto nostrano di reato permanente), si può parlare – a determinate condizioni – di un unico titolo di responsabilità penale.

A lungo, però, le corti non hanno edificato una teoria generale per individuare siffatte ipotesi, che sono state affrontate in giurisprudenza soprattutto nel prisma della questione della prescrizione del reato (ovverosia delle *statutes limitations*).

Fino ad un recente passato, peraltro, solo alcune fattispecie erano state pacificamente ricondotte dalla Corte suprema federale a tale categoria, ovverosia la *conspiracy* [vd. *United States v. Kissel*, 218 U.S. 601 (1910)], taluni reati di *status* [vd. *Edelman v. California*, 344 U.S. 357 (1953), sulla *vagrancy*; *United States v. Cores*, 356 U.S. 405 (1958), sul soggiorno illegale sul territorio nazionale; *Powell v. Texas*, 392 U.S. 515 (1968), in ordine alla dipendenza da sostanze stupefacenti] nonché di possesso [vd. *Harris v. United States*, 331 U.S. 145 (1947)].

Al riguardo si può aggiungere che, attraverso soluzioni del tutto estemporanee, la Corte abbia impiegato, al fine di individuare ipotesi di *continuing offenses*, due parametri principali: i) l'intento del legislatore, come nel caso deciso da *in re Snow*, 120 U.S. 274 (1887), con la quale pronuncia si è qualificata come reato di durata la relazione poligamica; ii) l'identità del "*criminal impulse*", ovverosia dell'intento criminale, fattore valorizzato in *United States v. Universal Corp.*, 344 U.S. 218 (1952), in cui si è affermata l'unicità del titolo di responsabilità penale per plurime violazioni di obblighi correlati ai rapporti di lavoro dipendente⁹⁵.

dual sovereignty doctrine, in *Journal of Law and Policy*, 1994, 2 149 ss; S.N. HERMAN, *Double jeopardy all over again: dual sovereignty, Rodney King*, in *University of California Los Angeles Law Review*, 1994, 2, 609 ss; A.R. AMAR-J.L. MARCUS, *Double jeopardy law after Rodney King*, in *Columbia Law Review*, 1995, 1, 1 ss (spec. 2-3); S. GUERRA, *The myth of dual sovereignty: multijurisdictional drug law enforcement and double jeopardy*, in *North Carolina Law Review*, 1995, 3, 1159 ss; R. MATZ, *Dual sovereignty and the double jeopardy clause: if at first you don't convict, try, try again*, in *Fordham Urban Law Journal*, 1995, 3, 67 ss; D.B. OWSLEY, *Accepting the dual sovereignty exception to double jeopardy*, in *Washington University Law Quarterly*, 2003, 3, 765 ss; G.S. SCHNEIDER-G.J. CHING, *Double trouble: double jeopardy's dual sovereignty exception and State immigration Statutes*, in *Arizona Journal of International and Comparative Law*, 2011, 2 363 ss; E. SERVIDIO DELABRE, *A couple of issues concerning double jeopardy in the United States: hung juries and the dual sovereignty doctrine*, in *Revue Internationale de Droit Pénal*, 2011, 3-4 607 ss; A.J. ADLER, *Dual sovereignty, due process, and duplicative punishment: a new solution to an old problem*, in *Yale Law Journal*, 2014, 2, 248 ss; D.A. PRINCIPATO, *Defining the "sovereign" in dual sovereignty: does the protection against double jeopardy bar successive prosecutions in national and international courts?*, in *Cornell Law Review*, 2014, 3, 767 ss; A.J. COLANGELO, *Gamble, dual sovereignty, and due process*, in *Cato Superior Court Review*, 2018-2019, 1, 189 ss; A. PRILLAMAN, *Gamble v. United States*, in *Ohio Northern University Law Review*, 2019, 4, 1181 ss; J.E. VEAS, *The dual sovereignty doctrine in the case law of the United States Supreme Court*, in *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, 2020, 3, 1503 ss; V. MINA, *Gamble v. United States: the dual sovereignty doctrine under the national v. international context. What is sovereign to one is not sovereign to the other*, in *Maryland Journal of International Law*, 2021, 1, 255 ss; E. OVERTON, *The limits of dual sovereignty*, in *New York University Law Review*, 2022, 3, 799 ss; A. MUNFORD-P.W. ALLDRIDGE, *The history of double jeopardy and criminal law jurisdiction*, in *Queen Mary Law Review*, 2023, 1, 390 ss.

⁹⁵ In argomento, vd. J.M. CHERMERINSKY, *Continuing offenses*, in *Dule Law Journal*, 2009, 2, 709 ss.

In materia, allora, il *landmark case* può essere individuato *Toussie v. United States*, 397 U.S. 112 (1970). In particolare, la vicenda da cui la *Federal High Court* ha preso le mosse era rappresentata dall'inadempimento, da parte del *defendant*, rispetto agli obblighi di registrazione anagrafica, con conseguente violazione, altresì, dei doveri di leva militare.

Con la sentenza gravata era stata, dunque, affermata la natura di *continuing offense* dell'omissione contestata all'imputato, che aveva per parte sua eccepito, invece, l'intervenuta prescrizione quinquennale del reato, perfezionatosi nel momento stesso del sorgere dell'obbligo di registrazione inadempito.

Nell'accogliere l'impugnazione, la Corte suprema U.S.A. ha stabilito: «nell'individuazione del *dies a quo* di prescrizione, diverse considerazioni debbono guidare la nostra decisione. Lo scopo di un termine di prescrizione è di limitare l'esposizione a procedimenti penali a un certo periodo di tempo fisso successivo al verificarsi di quegli atti che il legislatore ha deciso di punire con sanzioni penali. Tale limitazione è progettata per proteggere gli individui dal dover difendersi dalle accuse quando i fatti di base potrebbero essere stati oscurati dal passare del tempo. Tale limite di tempo può anche avere l'effetto benefico di incoraggiare gli ufficiali delle forze dell'ordine a indagare prontamente su presunte attività criminali. Questa Corte ha già stabilito in passato che il termine di prescrizione normalmente comincia a decorrere quando il crimine è perfezionato. Sicché la *continuing offenses doctrine* dovrebbe essere applicata solo in circostanze limitate, poiché la tensione tra lo scopo di una norma che sancisce la prescrizione e la dottrina del reato di durata è evidente; quest'ultima, a tutti gli effetti pratici, rischia di estendere la norma oltre i suoi limiti. Queste considerazioni non significano che un reato particolare non debba mai essere interpretato come *continuing offense*. Tuttavia, s'impone che tale risultato non debba essere raggiunto a meno che il linguaggio esplicito dello statuto penale sostanziale imponga tale conclusione, o la natura del reato in questione sia tale che il legislatore debba sicuramente aver inteso che fosse qualificato dalle corti come reato di durata».

Talché, scrutinando la norma incriminatrice di riferimento, la Corte suprema ha rilevato che alcun elemento di fattispecie avrebbe suggerito all'interprete di approcciare la figura in termini di *continuing offense*.

A valle di *Toussie v. United States*, la Corte suprema degli Stati Uniti, allora, ha qualificato come *continuing offense* ipotesi quali: il reato di evasione [*United States v. Bailey*, 444 U.S. 394 (1980)]; la ricettazione, rispetto alle condotte di ricezione e possesso della *res delittuosa* [*United States v. Cabrales*, 524 U.S. 1 (1998)]; il sequestro di persona [*United States v. Rodriguez-Moreno*, 526 U.S. 275 (1999)]; l'attività di traffico di esseri umani [*United States v. Marcus*, 560 U.S. 258 (2010)]; la *conspiracy* (nel prisma della responsabilità concorsuale dell'aderente al patto criminoso già stipulato da altri) [*United States v. Smith*, 568 U.S. 106 (2013)].

Sul punto, occorre pure osservare che le pronunce della Corte siano state sollecitate, nei precedenti sopra indicati, da questioni relative alla disciplina della prescrizione del reato, al concorso di persone (nel caso *Smith*) e alla giurisdizione (nel caso di *Rodriguez-Moreno*), mentre solo con le già citate sentenze *United States v. Dixon*, del 1993 (peraltro solo attraverso un *obiter*), nonché *in re Nielsen*, del 1889, il tema è stato affrontato nel prisma della *double jeopardy clause*; a queste si deve aggiungere *Garrett v. United States*, del 1985, con cui la Corte

suprema ha affermato che nell'ipotesi di *continuing offenses* la *double jeopardy clause* non impedirebbe l'instaurazione di un nuovo processo in relazione a condotte realizzate dopo quelle contestate nel corso di un precedente *trial*.

La questione dei rapporti tra *continuing offenses* ed *ex post facto clause* (ovverosia degli effetti dello *ius superveniens* sugli illeciti di durata), invece, è stata esaminata dalla Corte d'appello federale, IX Circuito, con la sentenza *United States v. Morales*, 11 F.3d 915 (9th Cir. 1993), con la quale si è riconosciuta la (potenziale) natura di reato di durata alla *bribery* (corruzione), in relazione all'ipotesi di versamento, in più *trance*, delle tangenti al pubblico ufficiale.

Ciò, dunque, attraverso un'apertura rispetto alla riconduzione alla categoria generale delle *continuing offenses* di reati a consumazione prolungata o, meglio, ad "evento frazionato", che si coglie anche in *United States v. Burfoot*, 8999 F.3d 326 (4th Cir. 2018), con cui è stata pure riconosciuta la natura di *continuing offense* all'estorsione, in un caso in cui la persona offesa era stata costretta a versare l'indebito in favore del reo in forma rateale.

Il che sembra indicativo del fatto che le corti, in taluni casi, tendano ad ammettere, si potrebbe chiosare, la figura del "reato eventualmente di durata", nel prisma della nota distinzione tra perfezionamento e consumazione.

Quanto agli orientamenti delle corti superiori degli Stati federati, sono state inserite nell'alveo delle *continuing offenses*, ad esempio, talune fattispecie di reato definibili come "abituale", quali lo *stalking* [vd. *State v. Tichenor*, 313 Mont. 95 (Montana 2002); *State v. Azamar-Nolasco*, NO. S-1-5C-37760 (New Mexico 2021); *State v. Joseph*, 345 Conn. 516 (Connecticut 2022)], le molestie telefoniche [vd. *State v. Adams*, 24 Sw3d. 289 (Tennessee 2000)], i maltrattamenti in famiglia [*State v. Douglas*, 345 Conn. 421 (Connecticut 2022)].

I reati di durata, per altro verso, non hanno mai destato particolare attenzione da parte della dottrina penalistica, che ha prodotto una letteratura davvero striminzita. Ciò a dispetto della centralità del tema nel prisma della *double jeopardy clause* e, più in generale, della disciplina del concorso di reati.

Taluni studiosi della materia, in ogni caso, si sono soffermati su queste figure soprattutto perché mossi da preoccupazione per i risvolti *contra reum* legati al regime della prescrizione⁹⁶, disinteressandosi però dell'elaborazione di un solido impianto teorico, utile ad orientare la prassi⁹⁷.

96 Vd. J.R. BOLES, *Easing the tension between statute of limitations and the continuing offense doctrine*, in *Northwestern University School of Law*, 2012, 2, 220 ss.

97 Per altro verso, la *double jeopardy clause* è stata evocata anche in relazione ai c.d. "*continuing offenders*", ossia in ordine al problema della recidiva e delle c.d. "*three strikes laws*", introdotte a partire dagli anni '90, che penalizzano severamente i recidivi. Si tratta di un tema vasto, che non può essere affrontato *ex professo* in questa sede. Valga, però, considerare che con la sentenza *Ewing v. California*, 538 U.S. 11 (2003), la Corte suprema degli Stati Uniti ha confermato la costituzionalità di siffatte previsioni, rigettando la tesi del contrasto di esse con l'Ottavo Emendamento, che proibisce pene crudeli e inusuali. Ciò giudicando legittima, pur a fronte di soluzioni punitive sproporzionate, la scelta dei legislatori americani, che s'innesta su *incapacitation* e *deterrence*. In senso analogo, vd. *Lockyer v. Andrade*, 538 U.S. 63 (2003). La disciplina della recidiva negli Stati Uniti ha sollevato, però, come premesso, questioni anche a riguardo del *double jeopardy* del Quinto Emendamento. Tuttavia, il trattamento dei *continuing offenders* ha superato anche tale confronto, avendo la giurisprudenza ritenuto che l'impiego di precedenti come fattore aggravante per determinare la pena per un nuovo reato si collocherebbe al di fuori del perimetro del principio costituzionale. In altre parole, la nuova condanna non è considerata come un

7. Le preclusioni processuali. La disciplina delle impugnazioni.

La *double jeopardy clause* implica delle limitazioni alla disciplina delle impugnazioni (“*appeals*”, termine, questo, che indica tanto i gravami davanti alle *courts of appeals* quanto quelli promossi presso le corti supreme, quelle dei singoli Stati e quella federale) in capo agli organi d’accusa.

In proposito, si deve rammentare che negli ordinamenti statunitensi l’*appeal* rappresenta impugnazione a critica limitata, anche per l’imputato, nel senso che secondo i sistemi processuali degli *States* (ove il *right of appeal* non è di rango costituzionale, bensì è sancito a livello statutario)⁹⁸ possono essere proposte dall’interessato soltanto questioni di diritto e non di fatto; sicché, a differenza del sistema nostrano, siffatti mezzi non hanno carattere di “puro gravame” (anche in ragione del fatto che nelle fasi successive al primo grado non è prevista la presenza della giuria)⁹⁹.

Volgendo l’obiettivo all’impugnazione da parte dell’organo d’accusa¹⁰⁰ occorre rimarcare come i poteri del procuratore si rivelino assai compressi, atteso che, innanzitutto, è inammissibile l’impugnazione (se non in casi assai particolari)¹⁰¹ avverso un verdetto di *acquittal* (assoluzione nel merito)¹⁰², pena, per l’appunto, la violazione della *double jeopardy clause*¹⁰³.

double punishment sulla base della *same offense*, secondo quanto stabilito in *Witte v. United States*, 515 U.S. 389 (1995), nonché in *Monge v. California*, 524 U.S. 721 (1998).

98 Vd. W.R. LAFAVE E AL., *Criminal procedure*, Eagan, 2009, 1294; C.B. ROBERTSON, *The right to appeal*, in *North Carolina Law Review*, 2013, 4, 1219 ss; D. DJUKIC, *The right to appeal in comparative perspective*, in *The journal of appellate practice and process*, 2018, 2, 187 ss. Si tratta di un principio consolidato in giurisprudenza, sancito già da *McKane v. Durston*, 153 U.S. 684 (1894). Ciò nonostante, come stabilito da *Carter v. Illinois*, 329 U.S. 173 (1946), gli Stati federati sono comunque obbligati a prevedere delle forme, seppur limitate nell’oggetto, di impugnazione delle sentenze penali di primo grado, pena la violazione del Quattordicesimo Emendamento e della *due process clause*. In ogni caso si tratta di una questione più teorica che pratica, in quanto tutte le giurisdizioni prevedono l’istituto dell’*appeal*.

99 Talché, l’imputato può impugnare la sentenza di condanna facendo riferimento ad un catalogo abbastanza ristretto di motivi di censura, che possono essere ricondotti a questioni di legittimità che investono la violazione di legge sostanziale e processuale, tra cui le norme che attengono ai criteri di valutazione delle prove, in caso di c.d. “*jury misconduct*”, nonché di violazioni dei diritti della difesa costituzionalmente garantiti. Vd. D.E. HALL, *Criminal law and procedure*, Boston, 2021, 533 ss.

100 Su cui vd., nella letteratura italiana, vd. M. GRIFFO, *Il processo penale nel sistema statunitense*, Napoli, 2015, 99 ss; F. LAZZARINI, *L’appello del pubblico ministero contro le sentenze di proscioglimento: dagli Stati Uniti un modello per l’Italia?*, in *Sistema Penale*, 2022, 2, 45 ss.

101 Uno di questi è indicato da *People v. Aleman*, 281 Ill. App. 3d 991, 667 N.E.2d 615 (Ill. App. Ct. 1996), analizzata da D.S. RUDSTEIN, *Double jeopardy and the fraudulently obtained acquittal*, in *Missouri Law Review*, 1995, 3, 607. Nell’occasione, l’imputato aveva corrotto il giudice, con la conseguenza che si ritenne possibile agire nuovamente contro il *defendant* poiché nel precedente *trial* questi non avrebbe «mai effettivamente corso il rischio di subire la condanna».

102 All’assoluzione è assimilato il proscioglimento per insufficienza di prove. Vd. *United States v. Martin Linen Supply Co.*, 430 U.S. 564 (1977); *Hudson v. Louisiana*, 450 U.S. 40 (1981); *Evans v. Michigan*, 568 U.S. 313 (2013).

103 Si tratta di un limite (*bar*) che è stato affermato in più occasioni dalla Corte suprema degli Stati Uniti già a partire dalla fine del XIX secolo, in ordine al sistema penale federale. Vd. *United States v. Sanges*, cit.; *United States v. Ball*, 163 U.S. 662 (1896); *Kepner v. United States*, cit. Più di recente, vd. *United States v. Powell*, 469 U.S. 57 (1984). Siffatto sbarramento si applica anche in casi di gravi sviste in ordine all’interpretazione del diritto penale sostanziale o processuale da parte della corte: vd. *Smalis v. Pennsylvania*, 476 U.S. 140 (1986). In argomento, vd. anche *Duncan v. Tennessee*, 405 U.S. 127 (1972), nonché *United States v. Scott*, 437 U.S. 82 (1978), per la quale «il fatto che l’assoluzione possa derivare da decisioni probatorie sbagliate o da

Sulla questione si è soffermata la già richiamata *Benton v. Maryland* (1969), prima della quale la clausola del doppio rischio – come si ricordato – era considerata applicabile solo nei confronti del Governo e delle giurisdizioni federali e nella limitata sfera dell’ordinamento federale medesimo, secondo la tesi sposata dalla citata *Palko v. Connecticut* (1937).

Nel *Benton’s case*, l’imputato era stato inizialmente assolto da un’accusa di furto con scasso, ma condannato per un ulteriore episodio di furto. Dopo un nuovo processo, richiesto su iniziativa del *defendant* (che aveva eccepito un vizio processuale, relativo alla formazione della giuria che aveva pronunciato il verdetto), questi era stato condannato per entrambi i reati.

Benton, allora, aveva sostenuto che il nuovo processo e la condanna che ne era scaturita in ordine all’accusa da cui era stato assolto violasse il principio del *double jeopardy*; la Corte Suprema, quindi, in accoglimento delle doglianze dell’interessato, ha rovesciato il precedente *Palko v. Connecticut* e ha stabilito il diritto a non essere processato due volte per lo stesso reato su cui fosse stato già pronunciato un verdetto di *acquittal*, ovverosia una decisione sulla fondatezza dell’accusa¹⁰⁴.

Sicché, per inciso, una limitazione alle prerogative dell’accusa ben più ampia rispetto a quella da ultimo introdotta in Italia con la “riforma Nordio” (l. 9 agosto 2024, n. 114) che, intervenendo sull’art. 593 c.p.p., ha stabilito che «il pubblico ministero non può appellare contro le sentenze di proscioglimento per i reati di cui all’art. 550, commi 1 e 2».

Si tratta, dunque, di un elemento particolarmente significativo nell’economia del *ne bis in idem* statunitense, in quanto esso conferisce alla proiezione processuale della *double jeopardy clause* dei caratteri peculiari rispetto a quella di diritto penale sostanziale.

Se, infatti, come si è avuto modo di sottolineare, non sussiste alcun divieto per il legislatore di prevedere che da una condotta possano derivare plurime responsabilità, in base all’applicazione congiunta di diverse norme incriminatrici confluenti sull’*idem factum*, con conseguente possibilità di cumulo anche di processi (e ciò segna una delle più rilevanti diversità con il sistema nostrano, su cui *infra*), in questo caso si è al cospetto di uno sbarramento invalicabile, tale da determinare l’illegittimità di previsioni statutarie di senso contrario.

interpretazioni errate dei principi giuridici vigenti influisce sull’accuratezza di tale determinazione, ma non impatta sul carattere essenziale della *double jeopardy clause*». Il che, tenendo conto delle facoltà riconosciute all’imputato, determina un sistema di appello c.d. “asimmetrico”.

104 Sicché, l’impugnazione dello Stato è ammessa nel caso in cui il proscioglimento del *defendant* sia intervenuto per motivi diversi, come ad esempio per via dell’inadeguatezza formale dell’accusa, vizi di procedura, la prescrizione del reato, o il difetto di giurisdizione. Su questa linea la giurisprudenza statunitense si è orientata rispetto all’ipotesi in cui il proscioglimento dell’imputato, per motivi diversi da quelli che attengono l’accertamento nel merito della colpevolezza, sia disposto in sede di gravame, a seguito di una precedente pronuncia di condanna. In questi casi, con una serie di sentenze di metà anni ’70, la Corte suprema U.S.A. ha fissato la *regula iuris* per cui l’impugnazione del *prosecutor* davanti ad una corte superiore, fondata su questioni di diritto, non si collocherebbe in violazione della *double jeopardy clause*, in quanto essa mirerebbe a “rispristinare” la pregressa statuizione di condanna. Vd. *United States v. Morrison*, 429 U.S. 1 (1976); *United States v. Rose*, 429 U.S. 5 (1976); *United States v. Kopp*, 429 U.S. 121 (1976). In argomento, vd. anche *United States v. Wilson*, 420 U.S. 332 (1975): «quando un giudice si pronuncia a favore dell’imputato dopo che sia stato emesso un verdetto di colpevolezza, il *prosecutor* può presentare ricorso contro tale sentenza senza violare la clausola del doppio rischio».

Ciò dovendosi ritenere l'*acquittal* «*final and conclusive*», al fine di tutelare il *defendant* dal rischio di essere condannato pur laddove innocente¹⁰⁵. Inoltre, all'accusa è, di massima, preclusa anche l'impugnazione delle sentenze di condanna al fine di ottenere una riforma e l'applicazione di una pena più severa (*sentence increase*). Ciò salvo il caso in cui tale prospettiva venga espressamente contemplata dal legislatore, nel qual caso non si applica la *double jeopardy clause*¹⁰⁶.

A quanto sopra esposto si deve aggiungere che nei sistemi processuali americani gli organi d'accusa sono legittimati a formulare accuse "alternative", ovvero sia a prospettare la condanna del *defendant* sulla base di qualificazioni giuridiche diverse del fatto¹⁰⁷. In argomento occorre rilevare, allora, che nel caso in cui l'imputato venisse condannato per una *lesser offense*, ciò determinerebbe un *implicit acquittal* per le ipotesi più gravi, generando lo sbarramento all'appello promanante dalla *double jeopardy clause*¹⁰⁸.

7.1. Il *retrial* e il *mistrial*.

Come già si è accennato, la *double jeopardy clause* costituisce un ostacolo invalicabile anche alla possibilità del *retrial*, ovvero sia di un secondo processo, sulla diade *same conduct/same offense*, laddove sia intervenuto un pronunciamento nel merito sulla responsabilità dell'imputato¹⁰⁹.

105 Vd., nella letteratura italiana, V. FRANCHIOTTI, *La giustizia penale statunitense*, Torino, 2022, 111 ss.

106 Vd. *United States v. DiFrancesco*, 449 U.S. 117 (1980); *Pennsylvania v. Goldhammer*, 474 U.S. 28 (1985). In ogni caso, come stabilito da *Bullington v. Missouri*, 451 U.S. 430 (1969) deve, comunque, ritenersi preclusa tale ipotesi nel caso in cui, a seguito di una sentenza di condanna, l'*appeal* fosse finalizzato ad ottenere il *capital punishment*.

107 Così come, del resto, in Italia. Vd., di recente, Cass., Sez. V, 12 marzo 2024, n. 21860. Ciò, sebbene, in effetti, tale facoltà dovrebbe ritenersi non estensibile all'ipotesi di contestazione di fatti e di norme logicamente incompatibili tra loro, poiché in siffatta ipotesi verrebbe leso il diritto di difesa dell'imputato ed il principio del giusto processo.

108 Il principio è stato espresso dalla già citata *Green v. United States*, che ha per l'appunto creato la c.d. "*implied acquittal doctrine*", sulla quale vd. anche *Price v. Georgia*, 398 U.S. 323 (1970). Più di recente, vd. *Yeager v. United States*, 557 U.S. 110–122 (2009), per la quale lo sbarramento si verificherebbe anche nell'ipotesi in cui la giuria avesse raggiunto un verdetto di assoluzione su uno dei capi d'imputazione e fosse entrata in "stallo" sugli altri, qualora, comunque, il difetto di responsabilità dichiarato dalla giuria fosse logicamente incompatibile con la fondatezza delle ulteriori accuse mosse nei confronti del *defendant*, su cui la giuria non fosse stata in grado di esprimere un verdetto. Su questo tema, vd. anche *infra*.

109 Vd. *Arizona v. Washington*, 434 U.S. 497 (1978), per la quale l'interesse pubblico alla tutela del principio, che è alla base del sistema giudiziario, «*is so strong that an acquitted defendant may not be retried even though the acquittal was based upon an egregiously erroneous foundation*». Analogamente, in precedenza, *Fong Foo v. United States*, 369 U.S. 141 (1962). Sull'impossibilità di esercitare una nuova azione penale, in relazione alla *same offense*, a seguito dell'annullamento in appello della sentenza di condanna in primo grado, determinato dalla carenza di prove, vd. *Burks v. United States*, 437 U.S. 1 (1978), nonché *Greene v. Massey*, 437 U.S. 19 (1978). Sul particolare caso della c.d. "*inconsistency*", vd., di recente, *McElrath v. Georgia*, 601 U.S. (2024). L'imputato, in particolare, era stato imputato per omicidio ed omicidio premeditato (*malice murder*) per aver ucciso la propria madre adottiva. La giuria, dunque, aveva riconosciuto il *defendant* colpevole di omicidio assolvendolo per l'altra, più grave, accusa in ragione dell'incapacità di intendere e di volere. Successivamente, la Corte suprema della Georgia aveva annullato il verdetto, ritenendolo viziato da *inconsistency*, ovvero sia da incoerenza/contraddittorietà insanabile, rinviando alla corte inferiore per un nuovo giudizio su tutti i capi d'imputazione precedentemente contestati. All'apertura del nuovo *trial*, l'interessato, dunque, aveva preliminarmente eccepito la violazione della *double jeopardy clause*, sviluppando una mozione che, tuttavia, era stata rigettata. Nel corso del nuovo giudizio, l'accusato aveva nuovamente eccepito che il nuovo processo

Il *double jeopardy*, tuttavia, non si concretizza allorché un precedente verdetto di colpevolezza venga invalidato per vizi di natura procedurale, nel qual caso, di massima, è ammessa la riattivazione dell'accusa¹¹⁰.

Si deve notare, in proposito, che i sistemi statunitensi – che in ciò rappresentano un vero e proprio *unicum* nel panorama internazionale – si fondano sul principio per cui, sulla base della *double jeopardy clause*, è preclusa l'instaurazione di un nuovo processo anche in ipotesi in cui sia stato già attivato un procedimento sulla medesima accusa che si sia concluso senza l'adozione di un verdetto.

Tale sbarramento, in estrema sintesi, sorge allorché si sia verificato il c.d. "*jeopardy attachment*", ovvero sia dopo l'impannamento ed il giuramento prestato dalla giuria¹¹¹ nonché l'intervento, nel corso del *trial*, di una decisione della corte che possa essere considerata, di fatto, come espressiva dell'*acquittal*¹¹². Il che si verifica, ad esempio, allorché la corte disponga, prima del pronunciamento del verdetto da parte della giuria, la chiusura del processo rilevando l'insufficienza delle prove addotte dall'accusa¹¹³. Sicché,

sarebbe stato precluso per motivi di doppio rischio, ma la corte aveva giudicato tale deduzione infondata. Sicché, il ricorso alla *Federal High Court*, che ha ritenuto che la *double jeopardy clause* impedirebbe, nel caso di sentenza di assoluzione, la riproposizione di un nuovo giudizio sulla *same offense*, nonostante le previsioni statutarie di senso contrario previste nell'ordinamento della Georgia. Ciò soggiungendo che l'effetto paralizzante della pronuncia di *acquittal* non potrebbe essere scalfito dall'incoerenza del verdetto. Questo orientamento deve essere ricondotto, invero, ad un certo filone giurisprudenziale – vd., ad esempio, *Dunn v. United States*, 284 U.S. 390 (1932) – per il quale l'*inconsistency* potrebbe essere determinata da scelte clemenziali legittimamente assunte, di fatto, dalla giuria in sede di pronuncia del verdetto. Chiaramente la prospettiva è diversa nel caso in cui la contraddittorietà del verdetto si ripercuotesse negativamente sulla posizione del reo; tuttavia, anche in tale evenienza, rimangono intangibili i capi della pronuncia favorevoli al *defendant*. Vd. *Bravo-Fernandez v. United States*, 137 S.Ct. 352 (2016).

110 Come rilevato già da *Murphy v. Massachusetts*, 177 U.S. 155 (1900) e, più di recente, da *Michigan v. Payne*, 412 U.S. 47 (1973), con cui è stata rigettata la *double jeopardy defense* in un caso in cui un imputato aveva impugnato vittoriosamente un verdetto di condanna deducendo che lo stesso si fosse basato su una confessione estorta in fase di indagini, opponendo poi la suddetta *defense* nel nuovo processo. Nello stesso tempo negli U.S.A. è stata elaborata, in relazione alle ipotesi di impugnazione della sentenza di condanna da parte dell'imputato, la c.d. "presunzione di vendetta" (*presumption of vindictiveness*) che costituisce un limite alla *reformatio in pejus*. Essa mira a prevenire che la pena possa essere impiegata come ritorsione nei confronti del *defendant* per aver esercitato il diritto di appello, o come strumento disincentivante la proposizione del gravame. Su questa *rule*, vd. *North Carolina v. Pearce*, cit.; *Bullington v. Missouri*, cit.; *Colten v. Kentucky*, 407 U.S. 104 (1972); *Blackledge v. Perry*, 417 U.S. 21 (1974); *United States v. Goldwin*, 457 U.S. 368 (1982); *Arizona v. Rumsey*, 467 U.S. 203 (1984); *Wasman v. United States*, 468 U.S. 559 (1984); *Texas v. McCullough*, 475 U.S. 134 (1986), nonché *Alabama v. Smith*, 490 U.S. 794 (1989). Si tratta di una serie di pronunce in linea con *Moon v. Maryland*, 398 U.S. 319 (1970), che ha chiarito come la condanna ad una pena più grave rispetto a quella stabilita nella sentenza oggetto di gravame, a seguito di annullamento e regresso del giudizio, debba essere oggetto di specifica motivazione da parte del giudice, nonché fondarsi su fatti sopravvenuti alla sentenza invalidata. In dottrina, su questo principio, vd. B. SIAGAL, *Double jeopardy and due process*, in *Journal of Criminal Law and Criminology*, 1968, 2, 247.

111 Vd. *Martinez v. Illinois*, 572 U.S. 833 (2014). Nel caso di processo senza giuria (c.d. "*bench trial*"), il *double jeopardy attachment* scatta, invece, al momento in cui sia principiata l'acquisizione delle prove. Vd. *Serfass v. United States*, 420 U.S. 377 (1975); *Crist v. Bretz*, 437 U.S. 28 (1978); *State v. Linscott*, 416 A.2d 255, 258 (Maine 1980). Sul *double jeopardy attachment*, vd., in generale, anche *Downum v. United States*, 372 U.S. 734 (1963).

112 Vd. *Schiro v. Farley*, 510 U.S. 222 (1994), per la quale si deve trattare di provvedimenti "*amounting to an acquittal*".

113 Vd. *United States v. Jenkins*, 420 U.S. 358 (1975); *Finch v. United States*, 433 U.S. 676 (1977); *Smith v. Massachusetts*, 543 U.S. 462 (2005).

per tirare le somme, nel caso in cui il processo fosse giunto ad una fase in cui si sia verificato il *jeopardy attachment* e sia stato emesso dalla corte un provvedimento di *substantial acquittal*:

- è preclusa all'accusa l'istaurazione di un nuovo processo (*retrial*) sulla base della *same conduct* e della *same offense*;

- è parimenti escluso, salvo casi limite, al *prosecutor* proporre impugnazione avverso il provvedimento di assoluzione¹¹⁴.

Qualora, invece, una volta che si fosse verificato il *jeopardy attachment*, il procedimento si chiudesse in difetto di un verdetto nel merito della giuria, su decisione della corte che avesse rilevato un vizio procedurale, ossia in caso di c.d. "*procedural rulings*", la clausola, di massima, non impedisce, come si è accennato in precedenza, l'appello dell'accusa¹¹⁵.

Quanto al *retrial*, esso è pure ammesso¹¹⁶, salvo sia intervenuto un *dismissal with prejudice* (il che si verifica nell'ipotesi in cui la corte avesse rilevato vizi a livello procedurale o violazioni dei diritti costituzionali dell'imputato insanabili)¹¹⁷ oppure nel caso in cui il potere di interrompere il processo fosse stato illegittimamente esercitato dal giudice o, sempre a determinate condizioni, provocato dal comportamento tenuto dall'accusa, anche nel corso del *trial*.

Occorre tenere presente, a tal riguardo, che nei sistemi processuali statunitensi il giudice, nel caso di vizi che minano la validità del processo (*mistrial*), è investito di ampi poteri officiosi di disporre, prima del pronunciamento del verdetto della giuria, l'interruzione del *trial* che, se correttamente esercitato, determina l'effetto [suggestivamente indicato da *Poland v. Arizona*, 476 U.S. 147 (1986)] della "*slate wiped clean*" ("ripulitura della lavagna"). Sicché, come stabilito dalla già citata *United States v. Josef Perez*, in talune ipotesi di invalidazione, determinate da una "*manifest necessity*" (concetto, questo, che ha determinato non minime incertezze interpretative e applicative)¹¹⁸, in caso di riattivazione dell'accusa in un *second trial*, la *double jeopardy defense* è paralizzata.

Trattandosi, allora, di soluzioni che impattano sulla sfera dell'imputato e sul diritto ad essere giudicato "una sola volta", le corti superiori [vd., ad esempio, *United States v. Tateo*,

114 Vd. AA.VV., *U.S. Constitution. Fifth Amendment*, Washington, 2017, 1493 ss.

115 Vd. *Sanabria v. United States*, 437 U.S. 54 (1978).

116 Vd. *Gori v. United States*, 367 U.S. 364 (1961): «quando, per ragioni ritenute impellenti dal giudice del processo, che è nella posizione migliore per prendere una tale decisione in modo intelligente, gli scopi della giustizia sostanziale non possono essere raggiunti senza interrompere il processo, anche senza il consenso dell'imputato e addirittura nonostante la sua obiezione a tale soluzione, un nuovo processo può essere intentato, e l'imputato può essere sottoposto a un nuovo processo in conformità con il Quinto Emendamento». Generalmente, la giurisprudenza ammette il *retrial* laddove si verifichi lo "stallo", allorquando, cioè, la giuria non riesca a raggiungere un verdetto sui capi d'accusa o su alcuni di essi: vd. *Johnson v. Louisiana*, 406 U.S. 356 (1972); *United States v. Sanford*, 429 U.S. 14 (1976); *Richardson v. United States*, 468 U.S. 317 (1984); *Sattazahn v. Pennsylvania*, 537 U.S. 101 (2003); *Yaeger v. United States*, 557 U.S. 110 (2009); *Blueford v. Arkansas*, 566 U.S. 599 (2012). In dottrina, vd. J.E. FINDLATER, *Retrial after hung jury: the double jeopardy problem*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 1981, 2, 701 ss.

117 Vd., ad esempio, *Brady v. Maryland*, 373 U.S. 83 (1963), sull'occultamento delle prove a favore del *defendant*, nonché *Arizona v. Youngblood*, 488 U.S. 51 (1988), sul tema della distruzione delle prove.

118 Vd. R.C. BROWN, *Constitutional law, double jeopardy: new approach to the "manifest necessity" rule*, in *Wake Forest Law Review*, 1972, 2, 453 ss; S.J. SCHULHOFER, *Jeopardy and mistrials*, in *Journal University of Pennsylvania Law Review*, 1977, 3, 449 ss; B.N. HAMPTON, *Recent development*, in *University of Baltimore Law Forum*, 2014, 2, 221 ss.

377 U.S. 463 (1964)], sollecitano al riguardo estrema cautela, attraverso una delicata opera di bilanciamento con l'esigenza di evitare che, per via di talora minimi errori procedurali, possano generarsi delle indebite nicchie di impunità¹¹⁹.

7.2. Il c.d. "collateral estoppel".

Sul piano processuale, infine, per completare il breve affresco che si è tracciato, si deve segnalare come la *double jeopardy clause* abbia a corollario la c.d. "collateral estoppel doctrine" (o "issue doctrine"), in base alla quale una corte non può riesaminare *contra reum* una questione di fatto già giudicata in un altro procedimento in senso favorevole all'imputato.

Il *leading case* è rappresentato da *Ashe v. Swenson*, 397 U.S. 436 (1970), con cui, in particolare, si è escluso che un *defendant*, accusato di aver commesso, nella medesima occasione, una rapina ai danni di più soggetti, già prosciolto per la *robbery* perpetrata nei confronti di una delle vittime, potesse essere ulteriormente processato per quelle riguardanti le altre, attesa la medesimezza dell'oggetto dell'accusa, dell'azione (evidentemente intesa in termini spazio-temporali), la comunanza dei mezzi probatori necessari ad accertare la responsabilità ma, soprattutto, la circostanza per cui nel precedente *trial* era stata esclusa la presenza *in loco* dell'imputato e che questo fosse responsabile dell'azione predatoria¹²⁰.

La giurisprudenza, in merito, ha precisato che: i) il *collateral estoppel* sia una garanzia per l'imputato, non assumendo carattere di c.d. "mutuality" (ovverosia non potendosi attribuire efficacia panprocessuale a pronunciamenti sfavorevoli al reo); ii) la *res iudicata* sia efficacemente invocabile soltanto da un soggetto che abbia assunto la veste di parte nel precedente *trial*; iii) l'efficacia di giudicato relativa ad una precedente statuizione possa essere invocata soltanto se questa sia intervenuta nel corso di un processo penale e fatta valere in un successivo *criminal trial*, dovendosi escludere la fruibilità del precedente in un giudizio *civil*, quale quello avente ad oggetto la *forfeiture*, perché governato da canoni

¹¹⁹ Su questo tema, vd. *United States v. Jorn*, 400 U.S. 470 (1971), per la quale un plateale abuso del potere conferito al giudice di interrompere il processo implicherebbe la preclusione del *retrial*; *Illinois v. Somerville*, 410 U.S. 458 (1973), secondo cui la suddetta preclusione si verificherebbe nel caso in cui il vizio procedurale fosse stato determinato scientemente dall'accusa; *United States v. Dinitz*, 424 U.S. 600 (1976), per la quale «quando si verificano vizi procedurali non attribuibili ad abusi dell'accusa o della corte, si presume normalmente che una mozione dell'imputato per nullità del processo rimuova qualsiasi ostacolo alla riattivazione del procedimento, anche se la mozione dell'imputato è resa necessaria da un errore dell'accusa o del giudice. In assenza di tale mozione, i giudici possono comunque esercitare la loro discrezionalità giudiziaria affinché l'attività giudiziaria non sia vanificata». Vd., inoltre, *Lee v. United States*, 432 U.S. 23 (1977): «quando un imputato sviluppa un'eccezione al fine di invalidare il processo, la clausola del doppio rischio non impedirà la riedizione del procedimento in assenza di condotta in malafede da parte del giudice o del pubblico ministero»; *Oregon v. Kennedy*, 456 U.S. 667 (1982), che ha stabilito come la *double jeopardy clause* si applicherebbe nel caso in cui il *prosecutor*, avvedendosi di errori nell'impostazione dell'accusa, determinasse volontariamente un'invalidità processuale, "provocando" l'eccezione del *defendant*, al fine di evitare che il *trial* sfoci in un verdetto favorevole all'imputato, trattandosi di "prosecutorial manipulation". Su questi temi, vd. anche la sentenza della Corte suprema del Nevada *Thomas v. State*, 138 Nev. Adv. Op. 37 (Nevada 2022). In dottrina, vd. E. MCEVOY, *When double jeopardy should bar retrial in cases of prosecutorial misconduct*, in *Columbia Law Review*, 2022, 1, 173 ss.

¹²⁰ Analogamente *Simpson v. Florida*, 403 U.S. 384 (1971). Ciò con *overruling* rispetto a *Hoag v. New Jersey*, 356 U.S. 464 (1958). Su questo vincolo, vd. anche *Harris v. Washington*, 404 U.S. 55 (1971); *Turner v. Arkansas*, 407 U.S. 366 (1972); *Dowling v. United States*, 493 U.S. 342 (1990); *Bobby Bies v. United States*, 556 U.S. 825 (2009); *Bravo-Fernandez v. United States*, cit.

probatori difformi (la prevalenza della prova piuttosto che il *beyond any reasonable doubt*); iv) il *collateral estoppel* si determini soltanto laddove il fatto accertato nel giudizio parallelo sia stato essenziale per la decisione sulla fondatezza della precedente accusa, dovendosi escludere, pertanto, l'efficacia panprocessuale di meri *obiter dicta*¹²¹.

Si tratta, dunque, di principi che, in parte, richiamano il concetto di "conflitto tra giudicati" e la disciplina della revisione, di cui all'art. 630 del codice di procedura penale italiano, ove è stabilito che «la revisione può essere richiesta... se i fatti stabiliti a fondamento della sentenza o del decreto penale di condanna non possono conciliarsi con quelli stabiliti in un'altra sentenza penale», con una previsione che si fonda sul presupposto della «oggettiva incompatibilità tra i "fatti" (ineludibilmente apprezzati nella loro dimensione storico-naturalistica) su cui si fondano le diverse sentenze»¹²².

Tale disciplina, però, differisce dal *collateral estoppel* anche in relazione alla circostanza che la revisione implica la sussistenza di due pronunciamenti definitivi incompatibili sul fatto. Sicché, *de iure condito*, solo attraverso una (forse non inopportuna) lettura estensiva dell'art. 649 c.p.p. (su cui *infra*) si potrebbe ammettere un *collateral estoppel* "italiano", teso a prevenire il conflitto c.d. "teorico" tra giudicati con effetti *contra reum*¹²³.

8. Le posizioni dottrinali.

Già a partire dagli anni '50 dello scorso secolo, la dottrina evidenziò come la *double jeopardy clause* costituisca un limite illusorio al diritto e alle iniziative accusatorie. In particolare, già *illo tempore*, si osservò come le corti dei singoli Stati tendessero sistematicamente ad ignorare il principio della Costituzione federale, talora espresso anche dalle Carte e dagli statuti nazionali, dando origine ad un corpo di precedenti illogico e contraddittorio.

Del resto, la locuzione *same offense*, compendiata nel Quinto Emendamento, per via della sua indeterminatezza, finì presto con l'assecondare orientamenti alquanto ondivaghi in sede pretoria, nonché il frequente rigetto di questioni di legittimità sollevate sulla scorta del citato canone costituzionale, attraverso soluzioni *case to case*, da "giustizia del caso concreto".

Il tutto in un contesto che, già allora, cominciò a far registrare la proliferazione delle previsioni incriminatrici, generando, a sua volta, l'aumento delle ipotesi di convergenza di norme e, quindi, il rischio dei cumuli processuali e punitivi¹²⁴.

121 Sulla *collateral estoppel*, nella letteratura vd., anche per gli opportuni richiami giurisprudenziali, W.H. POKORNY Jr., *Criminal law: federal rule of collateral estoppel*, in *Loyola University of Chicago Law Journal*, 1971, 2, 183 ss; E. HILL, *Expanding double jeopardy collateral estoppel*, in *Florida State University Law Review*, 1974, 3, 511 ss; R.L. WEAVER, *Double jeopardy and issue preclusion*, in *Texas Technology and Law Review*, 2020, 1, 85 ss; V.A. NORTH, *Doubling down: inconsistent prosecutions, capital punishment and double jeopardy*, in *New York Law Review*, 2022, 1, 236 ss.

122 Corte cost., 2 marzo 2018, n. 42.

123 Su questi temi, nella sterminata letteratura, vd., tra i contributi più recenti, M. BONTEMPELLI, *Prova, verità e giudicato penale*, in www.archiviopenale.it, 21 gennaio 2020.

124 In argomento, vd. W. COMLEY, *Former jeopardy*, in *Yale Law Journal*, 1926, 3, 674 ss; F.E. HORACK JR., *The multiple consequences of a single criminal act*, in *Minnesota Law Review*, 1937, 1, 805 ss; O. KIRCHHEIMER, *The act, the offense and double jeopardy*, in *Tale Law Journal*, 1949, 1, 513 ss; D.K. MAYERS-F.L. YARBOROUGH, *Bis vexari, new trials and successive prosecutions*, in *Harvard Law Review*, 1960, 1, 1 ss.

A valle dell'elaborazione del *Blockburger test*, come pure la dottrina non ha mancato di rilevare, la giurisprudenza si è trovata, peraltro, a dover fruire di criteri richiamati dalla Corte suprema federale in maniera assai laconica; il che ha sospinto le corti a riferirsi alla *voluntas legislatoris*, idonea a garantire alla giurisprudenza ampi spazi di manovra, dando luogo, così, a soluzioni talora platealmente discordanti su casi analoghi e, quindi, un insieme di precedenti assai incoerenti tra loro¹²⁵.

Del resto, il *same transaction test* (astrattamente idoneo a ridurre i cumuli in ipotesi riconducibili al concorso formale e al reato continuato), così come il concetto di azione nella tradizione nostrana, nonché il *same element criterion*, che presenta forti analogie con il confronto strutturale e il criterio di specialità "*Italian style*", si sono rivelati particolarmente resilienti ad un'esatta definizione; a ciò si aggiunga che il *same evidence test*, che rappresenta forse l'elemento più interessante nel *Blockburger's set*, sinora è stato oggetto di un approccio alquanto semplicistico da parte della giurisprudenza americana.

A ben riflettere, il parametro da ultimo citato si presta ad esser concepito in due diverse accezioni, ovverosia in concreto o in astratto; nel primo caso, l'ipotesi della *same offense* si concretizzerebbe, agli effetti della disciplina del concorso di reati e della *double jeopardy clause*, allorquando le accuse mosse nei confronti del reo implicassero l'assunzione del medesimo mezzo di prova nel processo, in dipendenza della specifica vicenda criminosa. Così, ad esempio, qualora il reo dovesse compiere una rapina nei confronti di una vittima e un omicidio ai danni di un'altra davanti agli occhi del medesimo teste, si dovrebbe concludere che si sarebbe dinnanzi, per l'appunto, alla *same offense*, con risultati, però, alquanto discutibili, sotto il profilo della logica e della giustizia sostanziale¹²⁶.

Nella seconda accezione, invece, ovverosia qualora il *test* dovesse essere impiegato nel prisma astratto, tenendo conto, cioè, dei fatti da dimostrarsi a processo, il *same evidence* tracimerebbe nel *same element test*, risultando sostanzialmente un suo doppione. Ciò secondo una linea sposata, ad esempio, da *Thomas v. State*, 277 Md. 257, 267 (Maryland 1976): «se ognuno dei reati richiede una prova di un fatto che gli altri non richiedono o, in altre parole, ogni reato contiene elementi che l'altro non possiede, non vi è *same offense* ai fini del *double jeopardy*»¹²⁷.

Il che pone in luce le ragioni di talune tendenze giurisprudenziali, che, come si è già accennato, negano *tout court* della validità del parametro.

Più in generale, occorre rimarcare che sebbene con *Blockburger v. United States* la Corte suprema U.S.A. avesse coltivato, mediante l'elaborazione di indici rivelatori della *same offense*, l'ambizione di fornire all'interprete dei criteri guida, fruibili in caso di impossibilità di individuazione della *ratio legis*, nella prospettiva di una limitazione dei cumuli, i suddetti

125 M. ASH, *Multiple offenders and multiple offenses*, in *Prosecutor*, 1974, 6, 473 ss.

126 A ciò si aggiunga una potenziale "aporia" teorico-applicativa correlata al *same evidence test*. Nell'ipotesi in cui ad un omicidio avessero assistito più testimoni, il *prosecutor* sarebbe addirittura legittimato a procedere due volte per lo stesso fatto, nei confronti del medesimo imputato, chiamando a deporre in ciascuno dei diversi *trial* uno soltanto dei testi oculari, come rilevato dalla citata sentenza *Grady v. Corbin*.

127 In tal senso anche *State v. Magee*, 146 So.3d, 193 (Louisiana 2014), in cui la Corte suprema della Louisiana ha confermato la sentenza di condanna dell'imputato per i reati di occultamento di arma da fuoco e di detenzione di arma provento di furto, rilevando come le fattispecie in comparazione si distinguessero in ragione degli elementi costitutivi e, conseguentemente, delle prove necessarie ad accertarli.

parametri siano stati, non di rado, impiegati dalla giurisprudenza, talvolta con plateali forzature, in un'ottica diametralmente opposta, ovverosia spiccatamente *contra reum* e, su questa linea, utilizzati per far emergere una *voluntas legislatoris* conforme alla soluzione di volta in volta sposata, per suffragare epiloghi di particolare rigore.

La Corte suprema degli Stati Uniti, ben al di là della *dual sovereignty doctrine*, ha mostrato, del resto, un chiaro *self restraint* rispetto alle scelte di incriminazione operate dai legislatori americani, affermando, in più occasioni, come la *double jeopardy clause* non vieterebbe che da una medesima condotta, o da un medesimo contesto d'azione possano scaturire responsabilità per una pluralità di reati concorrenti e cumuli processuali¹²⁸. Sicché, in questa prospettiva, gli studiosi della materia hanno rimarcato che la clausola abbia finora mostrato scarsa capacità di controllo rispetto ad eccessi punitivi¹²⁹.

Con ciò non si vuole affatto sostenere che, ipotizzando l'impiego degli istituti nostrani, in tutti i casi sopra riportati, si sarebbe approdati a risultati diversi; quel che, invece, si intende sottolineare in questa sede è che l'approccio giurisprudenziale sopra descritto si colloca in un contesto ove l'*harsh treatment*, ovverosia le scelte punitive di inusitata severità attuate dai legislatori americani, non risulta validamente controbilanciato da principi, quali la *double jeopardy clause*, o istituti atti a garantire la proporzionalità della risposta sanzionatoria all'illecito.

In alcuni settori "sensibili", poi, si deve constatare che la proliferazione di fattispecie (che finiscono spesso col convergere sull'*idem factum*, come nel caso della disciplina penale degli stupefacenti), pure frutto della logica del *tough on crime* e che, nella gran parte dei casi, alla luce degli orientamenti pretori sopra illustrati, genera delle matrici punitive a molteplici colonne, produce risultati in insanabile contrasto con la *proportionality* ma, a ben riflettere, anche con gli obiettivi moderni dei sistemi penali, in termini di reinserimento nel tessuto sociale del reo.

Né può tacersi sull'afflittività di misure, di natura patrimoniale ma anche personale, che pure sono previste, sotto l'etichetta "*civil*", in molti ambiti "cruciali" per la politica criminale statunitense (oltre agli stupefacenti, gli illeciti fiscali e, più in generale, i reati contro l'economia; le *sex offenses*), che, cumulandosi con le conseguenze giuridiche "classiche" del reato, contribuiscono a delineare un vero e proprio *Feindstrafrecht*.

Alle criticità sollevate dalle scelte legislative e dalle tendenze giurisprudenziali in disamina, però, si assomma la carenza di approfondimento dottrinale, nella misura in cui gli studiosi, pur mostrando interesse per le proiezioni della *double jeopardy clause* sul piano del processo, hanno scarsamente approfondito la disciplina del concorso di reati (valga considerare che, ancor oggi, nella manualistica di diritto penale sostanziale sono assai ridotte – se non, addirittura, del tutto assenti – parti dedicate a tale argomento).

128 In argomento, vd. anche A.B. POULIN, *Double jeopardy and multiple punishment: cutting the gordian knot*, in *University of Colorado Law Review*, 2006, 3, 595 ss; C.B. HESSICK-F.A. HESSICK, *Double jeopardy as a limit on punishment*, in *Cornell Law Review*, 2011, 1, 45 ss.

129 P.M. BRYCE, *Second thoughts on second punishments: redefining the multiple punishment prohibition*, in *Vanderbilt Law Review*, 1997, 1, 167 ss (spec. 174).

Il che ha reso il dibattito alquanto limitato, tenendo conto che – per quanto si è esposto – al netto di alcune peculiarità della *double jeopardy clause* nella proiezione del *trial*, il dilemma tra concorso reale o apparente impatta in maniera significativa sul *ne bis in idem* processuale.

La dottrina penalistica statunitense, per di più, si è pressoché totalmente sottratta ad un (invece opportuno) confronto comparatistico con le più evolute costruzioni europee, tra cui quella italiana e quella tedesca. Non è un caso, allora, che uno studioso della levatura di Michael Vitiello (professore presso la *University of Pacific*), intervenendo anche sulla *double jeopardy clause*, abbia stigmatizzato “l’isolamento teorico” statunitense rispetto all’esperienza nostrana¹³⁰.

Indipendentemente da ciò, qui di seguito verranno analizzate alcune delle costruzioni più significative elaborate dalla dottrina statunitense e, in particolare, quelle di Jay Sigler, Michael Moore, George Thomas e Douglas Husak.

8.1. La ricostruzione di Jay Sigler.

La monografia di Jay A. Sigler (docente di scienze politiche presso la *Rutgers*), dal titolo *Double jeopardy: development of a legal and social policy*, pubblicata nel 1969 a New York, rappresenta un testo fondamentale per l’approccio alla *double jeopardy clause*.

Il volume, antecedente a *Benton v. Maryland* (ovverosia alla pronuncia con cui, come si è già rammentato, la *double jeopardy clause* sancita dal Quinto Emendamento e il correlato *Blockburger test* sono divenuti parametri *official* anche per i legislatori e, soprattutto, per le giurisdizioni dei singoli Stati americani), riveste, innanzitutto, uno straordinario valore storico-ricostruttivo.

L’Autore, ripercorrendo la storia del principio, focalizzando l’attenzione sulla tradizione di *common law* inglese, infatti, ha il merito di aver posto in luce come il principio sia stato trapiantato negli *States* assumendo precocemente, però, un significato assai diverso da quello originario, per via delle peculiarità di contesto.

Sigler, in proposito, ha notato come il *double jeopardy* avesse acquisito un particolare valore, in Inghilterra, allorquando cominciarono ad essere inseriti a sistema un numero consistente di illeciti e che, negli *States*, dopo l’approvazione del Quinto Emendamento, agli albori dell’ipertrofia del *criminal law*, i legislatori americani si occuparono di introdurre degli sbarramenti di natura processuale, piuttosto che prevedere un sistema ordinato di regole atte a limitare i cumuli nel contesto del diritto penale sostanziale e, in particolare, della disciplina del concorso di reati.

Tali *procedural rules*, ad avviso dello studioso, avrebbero però rappresentato una barriera assai limitata ai cumuli prodotti nei tempi a venire dall’ingrossamento della materia penale, tenendo conto che, secondo l’idea condivisa dall’Autore, «*constitutionally, there is nothing to prevent the legislature from repeatedly incriminating similar acts*».

Per altro verso, anche la dottrina – ha proseguito Sigler – si sarebbe impegnata nell’elaborare costruzioni finalizzate a limitare i cumuli soprattutto sul terreno del processo, al fine di informare il sistema al principio generale per cui «*no man should suffer twice for single act*, che, per lo studioso, costituirebbe un principio pre-positivo, immanente al sistema

¹³⁰ Vd. M. VITIELLO, *Bargained for justice: lessons from Italians*, in www.archiviopenale.it, 12 maggio 2017.

normativo. Ciò attraverso il conio di principi, quali declinazioni della *double jeopardy*, recepiti in giurisprudenza ma rivelatisi, al banco della prassi, oscuri e produttivi di contrasti esegetici, tra cui la *manifest necessity rule*.

Il lavoro, inoltre, ha posto in risalto come la Corte suprema federale, sin dai primi arresti, chiamata a decidere in ordine ai cumuli sanzionatori, sanciti dai sistemi e dalle giurisdizioni dei singoli Stati americani, abbia mostrato in ordine ad essi un chiaro *self restraint*, a dispetto di soluzioni alquanto opinabili nel prisma del principio di proporzionalità.

Citando *Ciucci v. Illinois*, ovvero sia un caso di *multiple prosecution*, Sigler ha stigmatizzato, poi, le difficoltà in cui si è dovuta imbattere, nel tempo, la giurisprudenza a fronte di un *set* di parametri, quali quelli elaborati da *Blockburger v. United States*, idonei a guidare l'interprete, al più, nell'ambito del concorso eterogeneo, sottolineando altresì come la sopra citata sentenza *Ciucci v. Illinois* si sarebbe rivelata indicativa di una proverbiale tendenza della Corte suprema «*to defer to State the double jeopardy policy*». Quanto, ancora, ai parametri che compongono il *Blockburger's set*, Sigler ben ha osservato come «*this important area of double jeopardy law seems to be largely in the hands of the trial judge. He is left relatively free to employ the test of his choice, and his decision is usually affirmed. The intangible nature of the tests and the flexibility of their applications give the trial judge unusually discretionary powers*».

Volgendo l'obiettivo dell'indagine ai sistemi degli Stati federati, l'Autore ha affermato: «sebbene la *double jeopardy policy* a livello federale potesse prestarsi a rappresentare un modello, i singoli Stati hanno elaborato, su una minima base comune, le proprie politiche sui cumuli. I legislatori dei vari Stati si sono impegnati soprattutto nel prevedere norme atte a regolamentare i casi di *overlapping jurisdictions*. Al netto di ciò, le corti sono state lasciate senza punti di riferimento normativi per la gran parte degli aspetti legati al doppio rischio. A causa del silenzio degli statuti, quindi, la giurisprudenza è stata indotta all'improvvisazione, giungendo all'elaborazione di *test* ancor più cervellotici rispetto a quelli disegnati dalla giurisdizione federale».

Ciò, ad avviso di Sigler, avrebbe determinato l'implementazione dei poteri dei *prosecutors*, che si rivelerebbe di «*great significance in the State double jeopardy policy*», anche tenendo conto del maggior numero di illeciti previsti dagli statuti dei singoli Stati rispetto a quelli contemplati a livello federale.

Per altro verso, è stato sottolineato come il dibattito sulla questione dei cumuli sia stato tradizionalmente chiuso a confronti comparatistici, per via di «*nationalistic tendencies of American courts and lawyers*», nonché il fatto che i giuristi americani sarebbero «particolarmente restii all'ingresso di costruzioni giuridiche straniere (diverse da quelle di *common law* inglese) nella giurisprudenza e nei trattati di diritto, specie nel contesto del *criminal law*»¹³¹.

Nella parte finale del libro l'Autore ha esposto, allora, le proprie idee di riforma, rimarcando che «in difetto di un intervento dei legislatori sul terreno del diritto penale sostanziale e processuale, la disciplina del *double jeopardy* non potrà che rimanere vaga».

131 Si tratta, però, di un errore in cui incorre, a ben considerare, anche il lavoro di Sigler, atteso che, al netto di brevi cenni al sistema francese, in esso non vi è traccia di alcuna analisi relativa a quello italiano e tedesco, ben più avanzanti rispetto al tema del *ne bis in idem*.

Su questa linea, si è sostenuto che «dal punto di vista del diritto penale sostantivo, ciò che occorrerebbe fare è una vera e propria ristrutturazione dei sistemi, al fine di evitare i vuoti normativi, ma anche i casi di sovrapposizione di norme incriminatrici. Siffatta iniziativa risolverebbe la gran parte dei problemi che si registrano attualmente sul *double jeopardy*. Difatti, in molti statuti sono previste fattispecie pressoché identiche, che descrivono il medesimo fatto accordando pene diverse».

Dal punto di vista processuale, invece, Sigler ha notato come la più rilevante proposta del *Model Penal Code* sarebbe rappresentata dall'introduzione di *mandatory joinder provisions*. Tuttavia, a tal riguardo, si è pure colto lo sbilanciamento di siffatte scelte verso la tutela del reo e come esse, fondandosi sulle disfunzioni dell'accusa, potrebbero determinare, in singoli casi, dei vantaggi indebiti per il *defendant*, con risultati in netto contrasto con le esigenze di tutela e di repressione che sottendono al *criminal law system*.

A margine di tale, breve ricostruzione del pensiero dell'Autore, si può osservare che, nel complesso, il libro di Sigler ha avuto un impatto significativo sulla successiva ricerca giuridica, fornendo un'approfondita base storica e sollevando importanti questioni che hanno stimolato un dibattito e un'analisi continui tra gli studiosi del diritto che si sono occupati della *double jeopardy clause*.

Il suo lavoro, così, è stato spesso citato nelle discussioni sui limiti e le applicazioni della clausola del doppio rischio; gli elementi di maggior interesse sono, però, rappresentati dal fatto che l'Autore ha ben colto come i problemi sollevati dal *ne bis in idem* statunitense ben difficilmente potrebbero essere risolti in difetto di interventi dei legislatori.

Sicché, le previsioni di Sigler, a distanza di quasi mezzo secolo dalla loro elaborazione, si rivelano esatte, nel senso che l'analisi della casistica giurisprudenziale restituisce l'immagine di un disordine e di una disomogeneità rispetto alla quale i legislatori non hanno ancora inteso porre rimedio, attraverso interventi sulle parti generali dei codici penali, atte a regolare la convergenza di norme incriminatrici, o comunque sui rapporti tra singole fattispecie, mediante l'introduzione di clausole di riserva.

Ciò in contesti in cui, a fronte di un costituzionalismo "debole" in materia penale, il *ne bis in idem* processuale, talora presidiato da regole contenenti sbarramenti al *multiple trial*, ha rappresentato un argine davvero risicato rispetto alle tendenze espansive della materia penale e del *punishment*, che hanno implementato cumuli oltremodo severi.

8.2. La teoria dell'azione di Michael Moore.

Michael S. Moore (professore nell'*Illinois College of Law*) è autore della monografia *Act and crime: the philosophy of action and its implications for criminal law*, pubblicata per la prima volta a New York nel 1993 (e, successivamente, riedita nel 2010, ancora per i tipi di *Oxford University Press*).

Moore, in premessa, ha evidenziato due principali caratteristiche del diritto penale moderno, ovvero la proliferazione delle fattispecie penali (con il connesso problema della «*redundancy in provisions*») e la carenza di norme, di contenuto generale, idonee a guidare l'interpretazione delle fattispecie astratte previste dall'ordinamento, nonché delle relazioni tra esse intercorrenti.

Il volume di questo autorevole studioso si è prefissato, quindi, l'ambizioso obiettivo di illuminare tre elementi fondamentali del diritto penale anglo-americano attraverso l'elaborazione di una teoria filosofica dell'azione. Tali elementi, in particolare, sono rappresentati dall'*act*, dall'*actus reus* nonché, per l'appunto, dalla *double jeopardy clause*, segnata, come ha notato pure Moore, da una persistente incertezza ed incoerenza nell'applicazione pretoria.

In questo quadro, la tesi muove dalla definizione di *act* (o *action*: l'Autore utilizza i termini come sinonimici), che è inteso in termini di «movimento corporeo volontario» (si tratta della c.d. "*coarse-grained theory*", ossia della "teoria della grana grossa")¹³². L'Autore si è soffermato, poi, sul rapporto tra *act token* (ovverosia l'atto "basico", concretamente compiuto dall'individuo) e *actus reus* (o *act type*); in estrema sintesi, per quanto rilevato da Moore, le norme penali non descriverebbero "atti basici" («come il premere il grilletto della pistola»): «è risaputo che le leggi penali non utilizzano semplici descrizioni dell'atto, come "non muovere il dito", bensì *complex descriptions*, come ad esempio "non uccidere"». In quest'ottica, nel definire il rapporto tra *act token* e *actus reus* (la condotta tipica), si è sostenuto: «*the act for which an accused is punished must be an act (bodily movement caused by a volition) that has the properties required by some complex act description contained in some valid source of criminal law*». Ciò affermando che l'*actus reus* includerebbe elementi della più ampia varietà, tra cui, oltre allo stesso *basic act*, la *mens rea* (sicché, il ruolo dell'elemento soggettivo nella descrizione del fatto tipico), evento, nesso causale, *excuse* e *justifications* (talché, l'accoglimento di una concezione bipartita del reato).

La teoria di Moore si fonda, però, anche sull'idea che l'*actus reus* non dovrebbe essere inteso in termini di mera riconducibilità formale di un determinato comportamento, concretamente tenuto dal reo, al tipo legale, bensì tenendo in debita considerazione i principi morali che sottendono alla norma incriminatrice di riferimento e al *criminal law* nel suo complesso e, in questo senso, la *blameworthiness* dovrebbe essere individuata dall'interprete rispondendo ad un elementare quesito «*what bad state of affairs does the statute seek to eradicate by its prohibition?*». Difatti, ad avviso di questo studioso, la responsabilità penale seguirebbe e dovrebbe necessariamente seguire la violazione di un precetto morale, importando una conseguenza giuridica che dovrebbe essere proporzionata al disvalore morale che caratterizza la condotta tenuta dal reo (cosicché, il contributo della *blameworthiness* nella definizione del fatto tipico).

Quanto al doppio rischio, l'Autore ha rilevato: «non è sufficiente che il reo abbia realizzato un movimento corporeo volontario (soddisfacendo il requisito dell'atto) e che tale movimento abbia le proprietà descritte nella norma penale (*actus reus*): in aggiunta, l'atto compiuto e le sue proprietà non devono essere state già oggetto di un'accusa o di un processo». Quanto alle funzioni della clausola sul doppio rischio, in termini di *ban* (sbarramento), Moore ha rimarcato come il divieto di *multiple punishment* in ragione del medesimo *act token* risiederebbe nell'esigenza di contenere la risposta sanzionatoria entro i limiti di proporzionalità. In questo senso, il concetto di *double jeopardy* coopererebbe, in

¹³² Su cui vd. A.I. GOLDMAN, *Action and crime: a fine-grained approach*, in *Pennsylvania Law Review*, 1994, 4, 1563 ss.

difetto di indicazione esplicita da parte del legislatore sulla regolamentazione delle ipotesi di convergenza, con l'Ottavo Emendamento al fine di evitare sproporzioni punitive («*despite the difference, the frase "same offense" should be interpreted to as to serve the same value that animates interpretations of the cruel and unusual punishment... to prevent undeserved punishment*»).

Quanto al divieto di doppio giudizio, l'Autore ha sostenuto che tale sbarramento sarebbe "*handmaiden*", ovvero sia ancillare rispetto a quello relativo al *multiple punishment*: «l'idea è che il divieto di cumulo di processi sia finalizzato ad evitare il cumulo di punizioni».

Diverso sarebbe, invece, il terzo, principale *ban* promanante dalla clausola, ovvero sia il divieto di impugnazione in caso di assoluzione del *defendant*, che trarrebbe linfa da tre, principali esigenze: di evitare il rischio di punizione dell'innocente, che l'individuo patisca la sofferenza derivante dal procrastinarsi della vicenda giudiziaria, nonché quella di garantire l'efficienza della macchina giudiziaria, in termini di risparmio dei costi a carico della collettività.

Quanto alla portata della *double jeopardy clause*, essa, per Moore, non potrebbe ritenersi innestata sul mero binomio tra *same act token* e *same offense/act type*, atteso che questo rappresenterebbe solo il contenuto minimo del principio, laddove «*double jeopardy sameness has never meant full identity of act types*», dovendosi, quindi, lo sbarramento estendere, a talune condizioni, ad ipotesi di *partial identity*.

Analizzando la questione dell'*act type identity*, lo studioso ha rilevato come questo fenomeno si verificherebbe, innanzitutto, nelle ipotesi di rapporto di continenza tra fattispecie convergenti, ovvero sia qualora gli elementi costitutivi di un illecito fossero comuni ad un altro che, a sua volta, ne contemplasse altri. Così, ad esempio, per Moore, nel caso in cui un soggetto provocasse un incidente automobilistico, cagionando la morte di un altro individuo, la confluenza tra fattispecie di omicidio stradale e omicidio colposo "comune" non potrebbe determinare cumulo di responsabilità, essendo unico l'*act token* ed essendo idonea la prima fattispecie sopra richiamata ad assorbire l'intero disvalore del fatto. Ad analoga conclusione si dovrebbe poi pervenire in ordine ai rapporti tra rapina (*robbery*), furto (*larceny*) e *assault* (violenza), qualora riconducibili al medesimo contesto d'azione.

Per altro verso, l'Autore ha sostenuto la tesi per la quale, in caso di confluenza tra norme incriminatrici differenti l'una dall'altra per via della presenza di elementi specializzanti (ovvero sia di specialità bilaterale, per utilizzare la terminologia nostrana), l'interprete dovrebbe comunque escludere l'operatività di talune di esse laddove non espressive di un autonomo disvalore morale (ovvero sia qualora non si rivelassero "*morally salient*").

Alla soluzione del cumulo si dovrebbe, dunque, approdare nell'ipotesi in cui un soggetto venisse accusato di guida in stato di ebbrezza, di guida senza patente e di condurre un veicolo con eccesso di carico, poiché in tal caso non vi sarebbe identità di tipi di "atti moralmente significativi".

Analogamente, nel caso in cui un individuo si introducesse in un'abitazione al fine di perpetrare un furto e, nel corso dell'*iter*, decidesse di commettere un omicidio, si verificherebbe un cumulo di responsabilità, poiché in ciascuna fase dell'*iter criminis* sarebbe possibile individuare *diversi* atti connotati da *diverse* volontà e riconducibili ad *act types* espressivi di autonomo disvalore. Così anche nell'esempio di un soggetto che esplosa dei

colpi di arma da fuoco all'indirizzo della medesima vittima con diverse finalità (prima ledere e, poi, uccidere. *Id est*, in ipotesi definibili, secondo la nostra nomenclatura, come di "progressione criminosa"): ciascun proiettile sparato dovrebbe essere considerato, per Moore, come un singolo atto intenzionale, fonte di autonoma responsabilità.

L'Autore, poi, ha affrontato anche il problema di determinare quando un unico *act token*, producendo una pluralità di conseguenze lesive, debba comunque essere inquadrato in un'unica fattispecie astratta; richiamando ipotesi riconducibili al concetto di concorso formale eterogeneo e di reato aberrante plurilesivo, Moore, quindi, ha rilevato come non sarebbe affatto sufficiente, per giungere ad una corretta soluzione, tener conto del fatto che le norme mostrassero affinità dal punto di vista strutturale, essendo invece necessario analizzare, ancora una volta, le componenti volitive e causali di ciascun atto (c.d. "*causal-volitional approach*", ove il concetto di causa non è correlato all'evento, bensì al rapporto tra volontà e condotta)¹³³, il disvalore degli effetti prodotti, la riferibilità dei beni giuridici a soggetti diversi, la natura dell'interesse tutelato (facendo leva sulla ben conosciuta questione dei c.d. "valori altamente personali") con la connessa verifica della circostanza che le norme confluenti descrivano o meno elementi espressivi di autonoma *blameworthiness*. Ciò ha condotto, allora, Moore ad una serrata critica del *Blockburger test*, soprattutto per via del fatto che esso si disinteresserebbe di profili che attengono al disvalore della condotta, rivelandosi particolarmente inaffidabile anche al cospetto della disciplina delle *continuing offenses*.

I rapporti tra la filosofia dell'azione e il principio del *double jeopardy* si rivelano, allora, assai stretti nella costruzione in disamina, in quanto entrambi toccano questioni fondamentali sulla natura dell'agire umano e le sue implicazioni in termini di responsabilità penale; in ogni caso, si deve osservare che l'impostazione di Moore non può essere adeguatamente compresa se non posta in rapporto con il pensiero dell'Autore nel suo complesso, ricavabile da un'ampia produzione letteraria¹³⁴.

Lo studioso, in particolare, sostiene una "*simple deserts theory*", ovverosia una tesi retributivista "pura" (verosimilmente, questo Autore può essere, addirittura, considerato, anche per via della sua autorevolezza, il "campione" del retributivismo statunitense).

Su questa linea, la pena è considerata come una proiezione anancastica della realizzazione dell'illecito, sulla base della componente morale del diritto e della sanzione criminale, nel senso che il *punishment* sarebbe condizionato alla realizzazione da parte del *wrongdoer* di un atto moralmente repressibile.

Lo spirito moraleggiante dell'impostazione di Moore, che richiama la *blameworthiness* come elemento che contraddistinguerebbe il *deserts*¹³⁵, si coglie, così, agilmente tanto in ordine alla definizione del concetto di azione quanto nell'ambito di altre riflessioni condotte dall'Autore, nell'approccio ad alcuni istituti di diritto penale sostanziale. Tanto è vero che

133 In tema, vd. S.J. MORSE, *Culpability and control*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 1994, 4, 1587 ss.

134 Il riferimento, in particolare, è alle opere monografiche M.S. MOORE, *Placing blame*, Oxford, 1997, 158, nonché M.S. MOORE, *Causation and responsibility: an essay in law, morals, and metaphysics*, Oxford, 2009.

135 Ma che, più in generale, costituisce un carattere del *criminal law* statunitense. Sul punto, vd. Nella letteratura italiana, vd. A. CADOPPI, voce *Moralità pubblica e buon costume (diritto anglo-americano)*, in *Dig. Disc. Pen.*, VIII, Torino, 1994, 198 ss; M. PAPA, *Considerazioni sui rapporti tra previsioni legali e prassi applicative nel diritto penale federale statunitense*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1997, 4, 1258 ss.

per lo stesso Moore, ad esempio, il ragionamento causale, specie nel contesto della convergenza di una pluralità di fattori ascrivibili a diverse fonti, dovrebbe lasciare il passo, nel prisma della *proximate cause*, a valutazioni che attengono alla riprovevolezza morale della condotta concretamente tenuta dal reo che, in questo senso, costituirebbe il criterio principale per l'ascrizione dell'evento¹³⁶. Sicché, ben si spiega il motivo dell'accento posto dall'Autore sulla volontarietà dell'*act* («*voluntary act are required as a prerequisite to legal liability because such acts are a prerequisite of moral responsibility*», si afferma in *Act and crime*) e sull'elemento psichico correlato all'evento lesivo (*mens rea*), poiché per il *just deserts* è essenziale che la punizione segua ad un comportamento particolarmente riprovevole sotto il profilo morale, tanto è vero che le tesi retributiviste, tra cui quella di Moore, generalmente non ammettono neppure la responsabilità per mera *negligence*, perché ritenuta sprovvista di sufficiente *blameworthiness*¹³⁷.

Il volume evidenzia, allora¹³⁸, profili di rilevante interesse per la nostra trattazione. *In primis*, il fatto che l'Autore, comunque, abbia assegnato una prevalenza alla *legislative intention*, nel senso che, in effetti, si ritiene che la *double jeopardy clause*, salvo alcune eccezioni (in particolare, in ordine all'effetto preclusivo determinato dalla pronuncia del verdetto), possa operare, anche nel prisma del rispetto del principio di *proportionality*, solo laddove il sistema penale non fornisca all'interprete indicazioni esplicite circa i cumuli e non, dunque, al fine di sindacare le scelte operate dal legislatore.

In secondo luogo, il richiamo continuo, ai fini della definizione del concetto di *same offense*, alla *blameworthiness* (ovverosia alla morale), coerente con l'idea retributivista ma, nel contempo, idoneo ad alimentare un approccio assai "soggettivo" alla questione dei cumuli e, dunque, estrema incertezza ed opinabilità in sede applicativa.

Tale ultimo profilo, in ogni caso, si colloca in un contesto assai più ampio, che dimostra l'insoddisfazione, nutrita anche da Moore, circa i risultati conseguibili attraverso il ricorso ai criteri *Blockburger*. Oltre ai rilievi critici mossi al *same evidence test*, l'Autore, difatti, ha sminuito la capacità euristica del *same transaction criterion* (sostenendo che l'unicità dell'azione, intesa in termini spazio-temporali, non rappresenterebbe che un indice fruibile dall'interprete, non di portata assorbente)¹³⁹, nonché del *same element test*, con il conseguente impiego di altri parametri e, in particolare, di quelli valoriali, secondo una linea sposata, come si accennerà da qui a poco, anche da una parte consistente della dottrina italiana.

Per il resto, la teoria di Moore si colloca nell'ambito di un vastissimo dibattito sul concetto di azione, su cui si è soffermata anche la dottrina penalistica italiana¹⁴⁰. Talché, l'opera

136 In argomento, vd. L. KATZ, *Proximate cause in Michael Moore's Act and crime*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 1994, 4, 1513 ss.

137 Vd. A. DE LIA, *I confini tra recklessness e (criminal) negligence nel sistema penale statunitense*, in www.archiviopenale.it, 22 luglio 2024, spec. 52 ss.

138 Al netto dell'opinabilità della correttezza delle soluzioni proposte da Moore in ordine ad alcuni degli esempi prospettati.

139 In tal senso, nella dottrina italiana, vd., ad esempio, A. MORO, *Unità e pluralità di reati*, Padova, 1951, *passim*, nonché M. SINISCALCO, *Il concorso apparente di norme nell'ordinamento penale italiano*, Milano, 1961, 184.

140 Vd., per tutti, vd. D. BRUNELLI, *Azione unica e concorso di reati nell'esperienza italiana*, Torino, 2004, nonché F. PALAZZO, *Il fatto di reato*, Torino, 2004, 21ss.

dell'Autore si apprezza anche per il confronto con le innumerevoli tesi elaborate dagli studiosi anglo-americani e per i richiami bibliografici¹⁴¹.

8.3. La tesi di George Thomas.

Nella sua ampia monografia, dal titolo *Double jeopardy: the history, the law* (pubblicata a New York nel 1998) George C. Thomas III (professore presso la *Rutgers Law School* di New York) ha lamentato, innanzitutto, che la *Federal High Court* non avrebbe ancora compiutamente definito il contenuto e la portata della *double jeopardy clause*, nonostante la centralità del tema rispetto al *criminal law system* americano.

Già dalle premesse della propria ricerca, Thomas, per il resto, ha negato che il principio costituzionale possa essere letto in termini di divieto per il legislatore di prevedere, in relazione alla medesima condotta, una responsabilità plurima, derivante da convergenza di diverse norme incriminatrici, così come è stata recisamente disconosciuta un'interpretazione della clausola medesima in termini di sbarramento, di natura processuale, all'instaurazione di più processi in relazione al medesimo fatto storico, aventi ad oggetto ipotesi di reato diverse.

Talché, sostanzialmente, ad avviso dello studioso, la citata clausola costituirebbe un argine a scelte arbitrarie della magistratura, perché non conformi alla volontà del legislatore federale e a quella degli Stati americani in ordine ai cumuli di *punishment* e di *trials*.

D'altro canto, si è soggiunto, il principio di proporzionalità avrebbe fatto breccia nella giurisprudenza statunitense solo in ipotesi limite, in materia di *death penalty*, tanto da non costituire – ad avviso di Thomas – un parametro fruibile nel contesto del *bis in idem*, sostanziale e processuale.

Partendo da tali premesse, l'intera opera è mirata ad individuare dei criteri per risolvere, in ipotesi di carenza di indicazioni esplicite da parte del legislatore, dilemmi correlati ai cumuli, ponendosi come punto di riferimento imprescindibile la *blameworthiness* della condotta e, correlativamente, la capacità di una norma incriminatrice di "assorbire" l'intero disvalore rivestito dal fatto storico. In questo quadro, lo studioso, rimarcando in più occasioni le affinità tra le proiezioni sostanziali e processuali della *double jeopardy clause*, si è sforzato di rintracciare le radici storiche dell'impostazione propugnata nel *common law* inglese, ove lo sbarramento, poi recepito con il Quinto Emendamento, sarebbe stato originato dalla pronuncia definitiva, in termini di condanna o assoluzione, su «*the same identical act and crime*». Talché, in questi precisi termini, ad avviso di Thomas, dovrebbe essere letta la citata clausola e il suo nucleo, rappresentato dal divieto di cumuli sanzionatori e processuali derivanti dalla *medesima condotta* descritta dalla fattispecie astratta ed alimentati dalla *stessa norma incriminatrice*. Per il resto, si è sostenuto che la giurisprudenza e la dottrina avrebbero tentato di allargare, nel tempo, la portata del principio costituzionale, attraverso l'elaborazione di costrutti quali quelli espressi dalla *lesser included offense doctrine*, il richiamo della *fairness* nonché attraverso l'*harassment approach* (in base a cui, in sostanza, si dovrebbe presumere che i cumuli si porrebbero in contrasto con il principio del giusto processo e con la necessità di proteggere l'individuo da iniziative arbitrarie della magistratura).

141 Così, anche D. DOLINKO, *Action theory and criminal law*, in *Law and Philosophy*, 1996, 3, 293 ss.

Si tratterebbe, ad avviso di Thomas, di tentativi che avrebbero, però, generato orientamenti oltremodo ondivaghi, perché forieri di “*soft edge rules*”, ovverosia di regole ambigue, viatico per soluzioni giurisprudenziali *case to case*.

Nello stesso tempo Thomas non ha affatto lesinato rilievi critici nei confronti del *same transaction*, del *same evidence* nonché del *same element test* (che nella prassi avrebbe dimostrato disfunzioni, in termini di cumulo di fattispecie caratterizzate da minutissime peculiarità strutturali), rimarcando come i *Blockburger criteria* sarebbero frutto della fantasia giurisprudenziale, perché estranei alla tradizione di *common law* e, nel contempo, idonei a condurre a soluzioni logicamente insostenibili ed inique.

Il concetto di *same offense*, a sua volta, si fonderebbe su una presunzione, seppur *iuris tantum*, rappresentata dalla circostanza che la riconducibilità della medesima condotta ad una pluralità di norme incriminatrici sarebbe indicativa del fatto che l’interprete si troverebbe al cospetto di diversi illeciti, idonei a generare cumuli sanzionatori e processuali (mentre a soluzione diametralmente opposta si dovrebbe giungere nelle ipotesi in cui la medesima disposizione contemplasse una pluralità di condotte, nel qual caso troverebbe spazio una presunzione tale da assegnare alla disposizione la natura di “fattispecie a più norme”, per impiegare la nomenclatura nostrana).

Tale presunzione, allora, potrebbe essere vinta dalla constatazione del fatto che una delle norme incriminatrici convergenti si rivelasse idonea a coprire l’intero disvalore del fatto. Analogamente, seppur nella diversa ipotesi di concorso omogeneo, l’interprete sarebbe tenuto a considerare le ricadute della *same conduct*, giungendo, dunque, a riconoscere la cumulabilità di responsabilità derivante dalla perpetrazione, nella medesima occasione, di furto o rapina ai danni di una pluralità di persone offese¹⁴².

Per altro verso, sempre nell’ambito del concorso omogeneo, l’interprete dovrebbe tener conto di un’ulteriore presunzione, rappresentata dal fatto che, di massima, la ripetizione della condotta incriminata in diversi contesti temporali e spaziali importerebbe una responsabilità plurima.

Quanto, poi, ai casi resilienti rispetto a tentativi di definizione della *voluntas legis* e della portata offensiva delle condotte descritte dalle norme incriminatrici convergenti, si è proposto il ricorso alla *rule of lenity*, ossia l’applicazione del principio *in dubio pro reo*.

In estrema sintesi, gli obiettivi dichiarati della teoria sono rappresentati dal taglio di nodi gordiani concettuali, cioè dall’eliminazione delle criticità che sono state sollevate da letture estensive/evolutive del principio costituzionale, come nei casi – sopra descritti – del *retrial* in relazione all’ipotesi della *hung jury*, della *manifest necessity* nell’annullamento del processo da parte della corte adita, nonché del *jeopardy attachment*.

In senso analogo si è cercato di fornire una soluzione *tranchant* alla *dual sovereignty doctrine*: la *ratio* sottendente al sistema federale dovrebbe indurre, così, a ritenere che la volontà dei legislatori statunitensi sarebbe in termini di autorizzazione della doppia responsabilità e del *double trial*. Si tratterebbe, dunque, di una scelta incensurabile dal punto di vista costituzionale.

¹⁴² Si tratta, per il vero, di una soluzione che è stata sposata, in talune occasioni, anche dalla giurisprudenza nostrana. Vd., ad esempio, Cass., Sez. V, 19 maggio 2014, n. 41141, sul furto; Cass., Sez. II, 4 marzo 2019, n. 9330, sulla rapina.

Il positivismo “spinto” di Thomas si riverbera, così, anche sull’approccio all’annosa *querelle* relativa all’applicabilità della clausola a norme che prevedono conseguenze all’illecito definite dai legislatori come *civil*: anche in questo caso, infatti, l’interprete – ad avviso dell’Autore – dovrebbe adeguarsi (supinamente) alla volontà del legislatore il quale, del resto, etichettando le conseguenze giuridiche dell’illecito esprimerebbe chiaramente la volontà di autorizzare i cumuli di responsabilità e di iniziative giudiziarie sull’*idem factum*.

In questa prospettiva, d’altro canto, il richiamo ad opera del Quinto Emendamento a “*life or limb*” sarebbe suggestivo, per lo studioso, di una restrizione del principio, per l’appunto, alla sola materia penale o, meglio, a quella definita, *expressis verbis*, come tale dal legislatore.

Sebbene, allora, il volume di Thomas sia ricco di spunti interessanti, ciò nondimeno esso presta il fianco a diverse critiche. In particolare:

- appare evidente che il *double jeopardy*, nella costruzione dell’Autore, si presti ad un’assai risicata applicazione, avendo esso come destinatari, in effetti, soltanto corti e organi d’accusa (poiché i vincoli imposti al legislatore sarebbero rappresentati, a conti fatti, soltanto dal divieto di ammettere il *retrial* in caso dell’intervento definitivo di un verdetto, oltre che dell’*appeal* da parte del *prosecutor* a fronte dell’*acquittal*);

- lo sforzo di eliminazione delle soft edge rules e l’idea positivista che ne è alla base sono contraddetti dal ricorso a criteri valoriali, oltre che alla *rule of lenity* che, come risaputo, costituiscono materiale plastico nelle mani dell’interprete ed il cui frutto – in difetto di ulteriori parametri – è spesso rappresentato dall’arbitrio punitivo;

- il tentativo di corroborare le tesi espone attraverso il richiamo della tradizione di *common law* inglese e il rifiuto di sposare un’interpretazione evolutiva del principio costituzionale si rivelano totalmente disallineati rispetto all’esigenza di attualizzazione della *double jeopardy clause* rispetto ad un contesto, giuridico e criminologico, del tutto diverso da quello di origine;

- alcune delle soluzioni prospettate da Thomas e, in particolare, l’approccio al dilemma tra concorso (reale o apparente) omogeneo non trovano, dal canto loro, un certo addentellato nella tradizione di *common law*;

- si coglie una certa confusione tra il concetto di *blameworthiness* e quello di *harm*. Si tratta di termini che lo studioso spesso dà l’impressione di impiegare come sinonimi, quando invece essi esprimono significati niente affatto sovrapponibili, ovverosia, rispettivamente, biasimo morale promanante dall’illecito e offesa al bene giuridico tutelato dalla norma incriminatrice;

- il totale disinteresse rispetto al confronto comparatistico con le esperienze di *civil law* europeo.

8.4. Il problema della *overcriminalization* e l’impostazione di Douglas Husak.

Husak (anch’egli docente alla *Rutgers*) è uno dei filosofi del diritto più influenti nel panorama statunitense; questo studioso ha incentrato una parte consistente dei propri studi sulla disciplina penale degli stupefacenti¹⁴³, nonché sul (correlato) tema degli eccessi punitivi, oggetto del (già citato) volume dal titolo *Overcriminalization: the limits of the criminal law* (New

143 Vd. D. HUSAK – D.P. DE MARNEFFE, *Legalization of drugs*, Cambridge, 2005.

York, 2007), che si colloca nel contesto del più ampio impegno profuso dall'Autore sulla teoria generale del reato¹⁴⁴.

In questo quadro, Husak ha espresso un motivato dissenso rispetto alla linea, sostenuta dai retributivisti "puri", per la quale occorrerebbe porre al centro del diritto penale il *just deserts* nonché il *punishment* e considerare quest'ultimo come l'unico, essenziale obiettivo da perseguire¹⁴⁵.

Questo studioso, difatti, ha rilevato come l'assetto attuale del sistema penale, con la proliferazione di illeciti di pura condotta nonché di ipotesi di *strict liability* (ossia di responsabilità oggettiva), sarebbe ben distante dall'immagine del *wrongdoing* e del pagamento del prezzo del reato che ha animato, nel tempo, il retributivismo "hard". Ciò rilevando che «il retributivismo "puro" stressa il rapporto tra illecito e punizione, con la conseguenza che, ad esempio, dovrebbero essere riaperti, a rigore, dei processi conclusi con sentenza di assoluzione laddove emergessero nuovi strumenti di acquisizione della prova tali da ribaltare il verdetto favorevole al reo. Sicché, in definitiva, non possiamo pensare alla creazione di un sistema penale senza porci l'obiettivo che esso abbia la funzione di ridurre la frequenza delle condotte che noi qualificiamo come penali»¹⁴⁶.

Ancora, Husak ha sostenuto: «costituisce un dato incontrovertito che negli ultimi anni la giustizia penale sia stata caratterizzata dal fenomeno della *overcriminalization*. Discutere di questo tema è particolarmente complicato in quanto, innanzitutto, non vi è concordia nella definizione della sanzione a carattere penale. In ogni caso, nella mia opinione il termine *overcriminalization* sta ad indicare che un ordinamento presenta "troppo diritto penale". Con questo si intende che vigono troppe leggi in materia penale, che prevedono un numero considerevole di fattispecie incriminatrici. Ciò provoca, peraltro, la situazione delle *overlapping offenses*, ovverosia la frequenza di casi in cui i fatti rientrano nella disciplina di diverse norme incriminatrici. La gran parte della dottrina, oggi, ritiene che il sistema americano punisca troppe persone, e troppo severamente. Questo determina un diritto penale ingiusto, che si rivela in contrasto con il principio di proporzionalità. Ciò contribuisce, inoltre, all'erosione del significato del diritto penale e della sua funzionalità»¹⁴⁷.

Quel che si può aggiungere, allora, prendendo spunto da Husak, è che il confronto tra opposte teorie (retributivismo e utilitarismo) ha generato, negli Stati Uniti, un dibattito ancora irrisolto (una vera e propria "*never ending story*") che, muovendo da premesse generali, si è proiettato anche sull'analisi della struttura e della *ratio* di innumerevoli istituti di diritto penale sostanziale oltre che processuale.

Il tutto attraverso una logica, a ben considerare, assai distante da quella che caratterizza il contesto nostrano che, ormai da molti anni, si fonda sul costante confronto con la Carta fondamentale; negli Stati Uniti, invece, il ruolo più ristretto giocato dai principi costituzionali nel *criminal law system*¹⁴⁸ sembra aver lasciato campo aperto alle teorizzazioni dottrinali che, rivelando scarso interesse per il confronto coi valori cardine dell'ordinamento, si sono

144 Vd. D. HUSAK, *The philosophy of criminal law. Selected essays*, Oxford, 2010.

145 Vd. D. HUSAK, *What do the criminals deserve?*, in *Legal moral and metaphysical truths: the philosophy of Michael S. Moore*, a cura di K.K. Ferzan e S.J. Morse, Oxford, 2016, 49 ss.

146 D. HUSAK, *Retribution in criminal theory*, in *San Diego Law Review*, 2000, 4, 959 ss.

147 D. HUSAK, *Six questions about overcriminalization*, in *Annual Review of Criminology*, 2023, 6, 265 ss.

piuttosto orientate allo sviluppo di ragionamenti di matrice puramente filosofica, politica, economica, sociologica, e così via.

Lo stesso Husak, del resto, si è cimentato in più di un'occasione nell'analisi della conformità di alcuni istituti, quali le scusanti, con le teorie retributiviste e utilitariste, piuttosto che con i principi compendati nelle Carte costituzionali statunitensi¹⁴⁹. Tale ritardo, dunque, ha impattato anche sul tema dei cumuli che, per quanto già accennato, è stato sinora guardato, soprattutto, come questione di politica criminale e di interpretazione del dato positivo, piuttosto che nella ben differente e problematica prospettiva dello scrutinio di legittimità delle scelte operate dal legislatore, nel prisma dell'esigenza di tutela dei diritti dell'individuo.

9. Un rapido cenno alla questione italiana del *ne bis in idem*.

L'individuazione dei criteri per determinare se una condotta possa generare la responsabilità del reo per uno o più titoli di reato può essere considerata tra le questioni più complicate nel diritto penale. Si tratta di un argomento appassionante sotto il profilo teorico-dogmatico che, tuttavia, mostra evidenti ricadute sul piano pratico; il che ben giustifica, nel complesso, la grande attenzione rivolta al tema dalla dottrina italiana sin dalla metà del XIX secolo, che ha ormai generato una letteratura assai consistente.

L'approccio alla suddetta questione, per il vero, è stato condizionato dalle evoluzioni attinenti al principio di legalità, nel senso che la lenta ma inarrestabile crisi del giuspositivismo e l'accresciuta valenza dell'interpretazione delle Corti¹⁵⁰ ha condotto ad un certo disincanto rispetto alle prospettive di una più chiara definizione dei rapporti tra norme da parte del legislatore, in senso generale e con riferimento alle relazioni tra singole fattispecie incriminatrici.

Ciò ha sospinto una parte della dottrina a rispolverare antiche teorie fondate su controversi criteri valoriali, nonché a ricorrere al *ne bis in idem* (che, però, è principio imperniato su di una definizione legislativa, peraltro di natura processuale, particolarmente vaga) al fine di favorire soluzioni conformate al principio di proporzionalità della pena, nel

148 In argomento, vd. W.W. VAN ALSTYNE, *Dual sovereignty, federalism and national criminal law*, op. cit.; L.D. BILIONS, *Process, the Constitution, and substantive criminal law*, in *Michigan Law Review*, 1998, 51269 ss; D. SULEIMAN, *The capital punishment exception: a case for constitutionalizing the substantive criminal law*, in *Columbia Law Review*, 2004, 2, 426 ss; M.D. DUBBER, *Toward constitutional law of crime and punishment*, in *Hastings Law Review*, 2004, 3, 509 ss; W.A. LOGAN, *Contingent constitutionalism: state and local criminal laws and the applicability of federal constitutional rights*, in *William and Mary Law Review*, 2009, 10, 143 ss; B.L. BERGER, *Constitutional principles in substantive criminal law*, in *Osgoode Legal Studies Research Paper Series*, 2014, 6, 1 ss; B.M. FISSELL, *Federalism and constitutional criminal law*, in *Hofstra Law Review*, 2017, 2, 489 ss; R.A. BIRSCHBACH, *Fragmentation and democracy in the constitutional law of punishment*, in *Northwestern University Law Review*, 2017, 6, 1437 ss.

149 Vd. D. HUSAK, *Retributivism and over-punishment*, op. cit. e ID., *The philosophy of criminal law. Selected essays*, op. cit., *passim*.

150 Sul tema vd., *ex multis*, V. MANES, *Dalla "fattispecie" al "precedente": appunti di "deontologia ermeneutica"*, in www.penalecontemporaneo.it, 17 gennaio 2018; M. DONINI, *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Milano, 2011 e ID., *I due paradigmi fondamentali della comparazione penalistica*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2020, 465 ss.

contesto di un sistema che, per via di un continuo processo di *law enforcement*, si appalesa sempre più ipertrofico¹⁵¹. ed oltremodo caotico.

I temi del *perché* si registrano, all'interno del sistema, rapporti dubbi tra fattispecie incriminatrici e del *come* risolverli (*ad excludendum*, oppure in termini di cumulo), allora, risultano ancora particolarmente *à la page*, anche in ragione del confronto con il diritto eurounitario, che ha determinato rilevanti evoluzioni interpretative interne.

L'ipotesi oggetto di analisi, suggestivamente indicata in dottrina come «qualificazione giuridica multipla»¹⁵², che genera il dilemma tra il cumulo e la selezione delle norme applicabili al caso concreto, ha acquisito, col tempo, un posizionamento centrale nei dibattiti in materia, in ragione di una pluralità di fattori; innanzitutto, tra di essi, vi è certamente la proliferazione degli illeciti, l'ingrossamento della materia penale (con frequente sovrapposizione, per di più, tra illeciti penali e amministrativi "punitivi"), che ha condotto a risultati in contrasto con l'idea dell'*extrema ratio* e della frammentarietà e, nel contempo, ha implementato i casi di interferenza tra norme¹⁵³.

In secondo luogo, occorre segnalare il graduale abbandono, da parte del legislatore, di una tecnica normativa tesa a descrivere minuziosamente il tipo-legale, in parte dipendente dall'esigenza di ricorrere a formule ampie per contrastare più efficacemente l'aggressione a determinati beni giuridici, sfocando la descrizione della condotta, con effetti evidenti in ordine all'intersezione tra fattispecie¹⁵⁴.

In terza battuta, nella medesima prospettiva, occorre sottolineare l'avanzare, come si è già accennato, della "giurisprudenza giuscreativa", della *judge-made law* di matrice *common law* ed eurounitaria, che ha determinato la perdita di valenza limitatrice del modello astratto, del vincolo punitivo per lo Stato e per il giudice rispetto alla sfera di libertà dei consociati, rendendo la norma scritta una sorta di canovaccio, un punto di partenza per l'interpretazione tesa ad evitare, talora sfruttando disposizioni coniate dal legislatore in *altra epoca*, in *altro contesto* (politico, criminale, economico, sociale, etc.) e con *diversa finalità*, vuoti di tutela penale (reali o presunti). Sicché l'allargamento delle maglie delle fattispecie incriminatrici, comprimendo gli spazi vuoti, implica frequenti sovrapposizioni tra norme.

Si tratta di temi che si sono intrecciati con delle importanti evoluzioni che si sono registrate in giurisprudenza sul *ne bis in idem*, delle quali si darà conto qui di seguito.

9.1. Gli orientamenti della giurisprudenza sul *ne bis in idem*.

La Corte di cassazione ha a lungo impiegato, ai fini della risoluzione del dilemma tra concorso reale e apparente, il criterio del bene giuridico, attraverso una logica che è rimasta in auge per lo meno fino agli anni '90; solo sporadicamente, dunque, la Corte suprema utilizzò, originariamente, quello del confronto strutturale, evocato dal principio di specialità

151 Richiamando proprio Husak, di recente, Cadoppi ha impiegato la locuzione "pandemia penale" (vd. A. CADOPPI, *Il "reato penale". Teorie e strategie di riduzione della criminalizzazione*, Napoli, 2022, 29 ss).

152 M. PAPA, *Le qualificazioni giuridiche multiple. Contributo allo studio del concorso apparente di norme*, Torino, 1997.

153 D. BRUNELLI, *Appunti sulla tipicità unitaria del concorso apparente di norme: eclissi definitiva o spazi per la riemersione del reato soccombente?*, 3 marzo 2021, in www.archiviopenale.it.

154 Vd. A. GARGANI, *Dal corpus delicti al Tatbestand. Le origini della tipicità penale*, Milano, 1997, 27 ss; M. PAPA, *Fantastic Voyage. Attraverso la specialità nel diritto penale*, Torino, 2019, *passim*.

di cui all'art. 15 c.p. che, negli ultimi anni, è divenuto, invece, l'unico strumento ritenuto fruibile¹⁵⁵.

Sul tale metodologia, di recente, sono nuovamente intervenute le Sezioni Unite, con la sentenza "Gambacurta" (Cass., Sez. un., 11 luglio 2024, n. 27727). In particolare, la Corte analizzando l'art. 73 del d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309, in materia di stupefacenti, ha ritenuto, innanzitutto, che la norma sarebbe qualificabile come "a più fattispecie" scartando, dunque, la tesi opposta, ossia quella della "fattispecie a più norme"; ciò con l'effetto della cumulabilità, a determinate condizioni, delle responsabilità derivanti dalla realizzazione di plurime condotte descritte nella disposizione incriminatrice di riferimento.

Su queste premesse, allora, le Sezioni Unite, nel dichiarare che la fattispecie di cui al comma 5 della disposizione dianzi citata sarebbe da considerarsi speciale rispetto alle altre ivi contemplate, si è soffermata sul principio di cui al citato art. 15 c.p., attraverso alcuni passaggi che è utile riportare qui di seguito: «la norma speciale è concordemente individuata in quella che contiene tutti gli elementi costitutivi della norma generale e che presenta uno o più requisiti propri e caratteristici, che hanno appunto funzione specializzante, sicché l'ipotesi di cui alla norma speciale, qualora la stessa mancasse, ricadrebbe nell'ambito operativo della norma generale. Tuttavia, nel tempo la giurisprudenza di questa Corte ha differenziato i criteri alla cui stregua effettuare la preliminare operazione di raffronto tra le norme onde ricavare, o meno, appunto, la ricomprensione dell'una nell'altra. In alcune iniziali pronunce si è fatto riferimento alla necessità di guardare alla identità del bene giuridico tutelato, mentre successivamente si è affermata la necessità di avere riguardo al confronto tra le fattispecie astratte. Secondo gli approdi da considerare ormai stabilizzati e reiteratamente espressi dalle Sezioni Unite, il criterio di specialità è da intendersi in senso logico formale: il presupposto della convergenza di norme, necessario perché risulti applicabile la regola relativa alla individuazione della disposizione prevalente, può ritenersi integrato solo in presenza di un rapporto di continenza tra le stesse alla cui verifica deve procedersi attraverso il confronto strutturale tra le fattispecie astratte rispettivamente configurate mediante la comparazione degli elementi costitutivi che concorrono a definire le fattispecie stesse. La giurisprudenza di questa Corte ha altresì stabilito che l'art. 15 c.p. si riferisce alla sola specialità unilaterale, giacché le altre tipologie di relazioni tra norme, quali la "specialità reciproca" o "bilaterale", non evidenziano alcun rapporto di *genus ad speciem*. Ha, poi, sottolineato la eccentricità dei criteri di "sussidiarietà", "assorbimento" e "consunzione", suscettibili di opposte valutazioni da parte degli interpreti, e la loro estraneità all'unico criterio legale previsto, ovvero quello di specialità positivizzato dall'art. 15 c.p.».

Talché, oltre al rifiuto del ricorso a parametri valoriali, la limitazione del criterio della specialità, per di più intesa solo in astratto, alla sola ipotesi dell'unilateralità, attraverso una soluzione che desta alcune perplessità; a tal riguardo, si può notare che l'interpretazione resa nell'occasione sul principio di specialità, seppur non rappresentando affatto una novità

¹⁵⁵ Per un'ampia rassegna, vd. I. GIACONA, *Concorso apparente di reati e istanze di ne bis in idem sostanziale*, Torino, 2022, spec. 36-95; M. SCOLETTA, *Idem crimen*, op. cit., spec. 134-285; A. DE LIA, *Le frodi nelle pubbliche sovvenzioni*, Pisa, 2024, 188 ss.

(ponendosi essa in linea con numerosi pronunciamenti della Corte di legittimità)¹⁵⁶, ciò non di meno si rivela in contrasto con quanto stabilito dalla Consulta con la sentenza Corte cost., 3 aprile 1987, n. 97, per la quale il criterio di specialità risulterebbe inoperativo per le sole ipotesi di specialità bilaterale per reciproca aggiunta. Sicché, si potrebbe chiosare, l'impostazione accolta dal recente pronunciamento delle Sezioni Unite, assommandosi ad una lettura particolarmente restrittiva offerta dalla medesima Corte anche in riferimento all'istituto del reato complesso¹⁵⁷, ha reso le disposizioni di riferimento (artt. 15 e 84 c.p.) un avamposto alquanto sguarnito rispetto alla prospettiva dei cumuli di responsabilità.

Quanto al *ne bis in idem*, è ben noto che il panorama nostrano, ormai da qualche anno, sia stato fortemente condizionato dal diritto (vd., in particolare, art. 4 Prot. 7 CEDU, nonché art. 50 CDFUE) e dal formante giurisprudenziale sovranazionale. Si tratta, però, di sbarramenti (elaborati dalla giurisprudenza nel corso di giudizi aventi ad oggetto ipotesi di c.d. "doppio binario sanzionatorio", ovverosia di cumuli di processi e di sanzioni penali e formalmente amministrativi) che esplicano la propria efficacia soprattutto sulla sfera processuale; del resto, le Corti europee hanno riconosciuto la possibilità del legislatore di prevedere che dall'*idem factum* possano derivare una pluralità di conseguenze afflittive per il trasgressore¹⁵⁸.

Alla luce degli orientamenti espressi dalle corti sovranazionali, la Corte costituzionale, come risaputo, negli ultimi tempi è intervenuta a più riprese sul tema. In particolare, occorre rammentare la sentenza Corte cost., 31 maggio 2016, n. 200 che, nell'accogliere l'approccio sostanzialistico già predicato (tra l'altro) da Corte EDU, Grande Camera, 10 febbraio 2009, *Zolotoukhine contro Russia*, nonché dalla Corte di Giustizia, con varie pronunce¹⁵⁹ (ovverosia ponendo al centro della logica della garanzia l'*idem factum*, incardinato sugli elementi della condotta, dell'evento e del nesso causale¹⁶⁰, piuttosto che l'*idem legale*), ha dichiarato la parziale illegittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p., nella parte in cui, secondo il diritto vivente, tale disposizione non sarebbe stata d'ostacolo ad un secondo processo, originato dallo stesso fatto, ed incardinato su di un reato in rapporto di concorso formale con un altro, già contestato in un precedente giudizio¹⁶¹.

156 Per un quadro specifico, vd. I. GIACONA, *Concorso apparente di reati*, op. cit., 36 ss. In senso difforme, vd. Cass., Sez. Un., 21 gennaio 2011, n. 1963, "Di Lorenzo", per la quale, sebbene il confronto strutturale dovrebbe essere operato solo in astratto, «l'identità di materia si ha sempre nel caso di specialità unilaterale per specificazione perché l'ipotesi speciale è ricompresa in quella generale; ciò si verifica anche nel caso di specialità reciproca per specificazione (si veda per esempio, il rapporto tra gli artt. 581 e 572 c.p.) ed è compatibile anche con la specialità unilaterale per aggiunta (per esempio, artt. 605 e 630 c.p.) e con la specialità reciproca parte per specificazione e parte per aggiunta (art. 641 c.p. e art. 218 della legge fallimentare). L'identità di materia è invece da escludere nella specialità reciproca bilaterale per aggiunta nei casi in cui ciascuna delle fattispecie presenti, rispetto all'altra, un elemento aggiuntivo eterogeneo (per esempio violenza sessuale e incesto: violenza e minaccia nel primo caso; rapporto di parentela o affinità nel secondo)».

157 Vd., da ultimo, Cass., Sez. Un., 15 luglio 2021, n. 38402, "Magistri".

158 Vd. oltre alla già citata sentenza della Grande Camera della Corte EDU sul caso *A. e B. contro Norvegia*, CGUE, Grande Sezione, 20 marzo 2018, causa C-524/15, *Menci contro Italia*; CGUE, Grande Sezione, 20 marzo 2018, causa C-537/16, *Garlsson Real Estate e altri contro CONSOB*; CGUE, Grande Sezione, 20 marzo 2018, cause riunite C-596/16 e C-597/16, *Di Puma e Zecca contro CONSOB*.

159 Vd., ad esempio, Corte di Giustizia, Prima Sezione, 28 settembre 2006, C.150/05, *Van Straaten contro Italia*.

160 Ciò rigettando la tesi per cui l'*idem factum* sarebbe segnato dalla sola condotta, attiva od omissiva, sostenuta, come si è avuto modo di illustrare in precedenza, nel contesto statunitense, da *Grady v. Corbin*.

161 In senso analogo, successivamente, vd. Corte cost., 16 giugno 2022, n. 149.

Ciò statuendo che: i) la *res iudicata*, preclusiva ad un secondo giudizio, si estenderebbe all'ipotesi di proscioglimento per intervenuta prescrizione del reato; ii) il *ne bis in idem* processuale assumerebbe un crisma costituzionale («benché non riconosciuto espressamente dalla lettera della Costituzione, tale principio è infatti immanente alla funzione ordinante cui la Carta ha dato vita, perché non è compatibile con tale funzione dell'ordinamento giuridico una normativa nel cui ambito la medesima situazione giuridica possa divenire oggetto di statuizioni giurisdizionali in perpetuo divenire»); iii) lo sbarramento sorgerebbe per l'effetto della contestazione, da parte dell'accusa, in un precedente giudizio, del medesimo "fatto", ovvero sia della "triade" condotta-evento-nesso causale, indipendentemente dalla qualificazione giuridica del fatto stesso operata nei diversi giudizi; iv) il *ne bis in idem* europeo non osterebbe alla possibilità che il legislatore interno preveda cumuli sanzionatori sull'*idem factum* («va premesso che, sul piano delle opzioni di politica criminale dello Stato, è ben possibile, per quanto qui interessa, che un'unica azione o omissione infranga, in base alla valutazione normativa dell'ordinamento, diverse disposizioni penali, alle quali corrisponde un autonomo disvalore che il legislatore, nei limiti della discrezionalità di cui dispone, reputa opportuno riflettere nella molteplicità dei corrispondenti reati e sanzionare attraverso le relative pene»). Talché il disallineamento rispetto al *ne bis in idem* processuale («queste opzioni in sé [non] violano la garanzia individuale del divieto di *bis in idem*, che si sviluppa invece con absolutezza in una dimensione esclusivamente processuale, e preclude non il *simultaneus processus* per distinti reati commessi con il medesimo fatto, ma una seconda iniziativa penale, laddove tale fatto sia già stato oggetto di una pronuncia di carattere definitivo»); v) seppur attraverso un *obiter*, la Consulta ha riconosciuto la valenza, ai fini di risolvere le questioni derivanti dalla convergenza di norme incriminatrici, non solo del criterio di specialità, ma anche di criteri valoriali, rilevandosi che il cumulo sarebbe da escludersi qualora «tra le norme viga un rapporto di specialità, ovvero [laddove] esse si pongano in concorso apparente, in quanto un reato assorbe interamente il disvalore dell'altro».

Fatto è, comunque, che il riferimento ad opera delle Corti europee alla proporzionalità dei cumuli sanzionatori, quale limite al *bis in idem* di natura processuale ha finito, giocoforza, per conferire al *ne bis in idem* una proiezione sul campo del diritto penale sostanziale. Tanto è vero che le Corti italiane hanno cominciato ad impiegare uno strumento inedito nell'esperienza interna, ovvero sia la disapplicazione *in mitius*, in taluni specifici settori, delle norme penali, al fine di ricondurre a proporzionalità i cumuli punitivi derivanti dalle pene irrogate in diversi processi sull'*idem factum*¹⁶².

Ciò rinvigorendo, come si mostrerà nel prossimo paragrafo, il dibattito dottrinale, che si è dovuto confrontare con le nuove prospettive segnate in giurisprudenza.

9.2. Le soluzioni proposte dalla dottrina nostrana.

162 Vd. Cass., Sez. V, 21 settembre 2018, n. 49869; Cass., Sez. V, 15 aprile 2019, n. 39999. In ordine al potere di disapplicazione della norma penale contrastante con il principio del *ne bis in idem* eurounitario, vd. anche Corte cost. n. 149/2022 cit. Su questi temi, nella manualistica, vd. M. DONINI, *Diritto penale. Parte generale*, vol. I, Milano, 2024, 947 ss.

Quanto alla posizione assunta dalla dottrina, volendosi limitare – in un panorama assai ricco – l’analisi ai contributi più recenti, volgendo l’attenzione alla manualistica, si rileva che Marco Pelissero abbia rilevato come «il principio di specialità in astratto non è idoneo da solo a risolvere quelle esigenze di giustizia sostanziale di cui il *ne bis in idem* è espressione». Ciò ammettendo, dunque, la possibilità per l’interprete di ricorrere a criteri valoriali (rimarcandosi come il rifiuto opposto dalla giurisprudenza si rivelerebbe «non convincente, perché sulla base di queste premesse dovrebbe allora essere anche escluso il bene giuridico come canone di interpretazione delle fattispecie incriminatrici») ¹⁶³.

Lucia Risicato ha rilevato come le teorie c.d. “monistiche” (che intendono, cioè, approssimare il concorso di reati fruendo del solo criterio di specialità di cui all’art. 15 c.p.), per limitare i cumuli, avrebbero finito con l’alterare la logica della specialità, allargando indebitamente il criterio attraverso l’ammissione di una forma di specialità in concreto, nonché aprendo alla specialità bilaterale. Talché, al fine di evitare siffatte forzature, si propone l’accoglimento di criteri suppletivi, di natura valoriale e, in particolare, la sussidiarietà e la consunzione ¹⁶⁴.

Su analoga posizione si attesta Marco Scoletta che, dopo aver rimarcato l’inadeguatezza delle teorie monistiche, tanto nella proiezione della specialità in concreto quanto dell’estensione del parametro al caso della specialità bilaterale, ha ammesso il ricorso a sussidiarietà e consunzione (nonché a quelle figure che sono ritenute dall’Autore dei loro corollari, ovverosia reato progressivo, progressione criminosa, antefatto e postfatto non punibili), sostenendo, quanto alla “base legale” di siffatti parametri, che essi avrebbero una «solida rilevanza implicita. In particolare, la diffusa previsione legislativa delle clausole di riserva corrisponde esattamente ad esigenze di sussidiarietà e consunzione, che risultano significative non di valutazioni specifiche ed eccezionali ma di istanze sistematiche, che permettono di attribuire a tali principi una portata di ordine generale... D’altra parte l’utilizzo delle teorie valoriali appare del tutto coerente con le istanze costituzionali sottese al principio di *ne bis in idem* sostanziale consentendo meglio di cogliere le ipotesi di reale e concreta reiterazione dei medesimi giudizi normativi di disvalore e quindi di evitare risposte punitive sproporzionate» ¹⁶⁵.

Per David Brunelli, invece, «l’esigenza logica che muove il legislatore non cambia neppure di fronte alla dimensione “impura” del criterio, quando cioè la specialità sia bilaterale o reciproca. L’esigenza è quella di impedire la plurima qualificazione penale della “stessa materia”».

Talché, l’esclusione del cumulo in casi di specialità bilaterale, con eccezione dell’ipotesi della specialità reciproca per aggiunta e, allo stesso tempo, l’ammissione di criteri valoriali (sussidiarietà e consunzione), secondo una soluzione eclettica ritenuta dall’Autore conforme al canone di offensività che, d’altro canto, contribuisce a definire la tipicità ¹⁶⁶.

¹⁶³ M. PELISSERO, *Concorso apparente di norme*, in Id.-C.F. Grosso-D. Petrini-P. Pisa, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2020, 606 ss.

¹⁶⁴ Vd. L. RISICATO, *Lezioni di diritto penale*, Pisa, 2023, 389-395.

¹⁶⁵ M. SCOLETTA, *Concorso di norme e concorso di reati*, in *Il sistema penale*, a cura di C.E. Paliero, Torino, 2024, 502 ss.

¹⁶⁶ D. BRUNELLI, *Diritto penale delle fattispecie criminose*, Torino, 2019, 359 ss.

Una tesi monistica è sostenuta, di contro, da Giancarlo De Vero (per il quale, il criterio di specialità opererebbe solo in astratto ed in senso unilaterale)¹⁶⁷, da Enrico Mezzetti (il quale ritiene che la specialità bilaterale, in sostanza, possa essere valorizzata, ai fini dell'affermazione del concorso apparente, solo in abbinamento con la *voluntas legis*)¹⁶⁸, nonché da Antonio Fiorella (il quale, però, ammette il criterio della specialità in concreto)¹⁶⁹, nonché da Tullio Padovani (che, invece, estende il criterio di cui all'art. 15 c.p., operativo solo in astratto, alla specialità bilaterale)¹⁷⁰.

Quanto alle monografie, si può richiamare quella di Ignazio Giacona che, dopo aver aspramente criticato la teoria della specialità reciproca (rimarcando come la stessa risulti assai difficilmente impiegabile nella pratica, attesa la scarsa definizione dei parametri attraverso cui essa intenderebbe operare, nonché la circostanza che, posta al banco della prassi, la stessa sarebbe idonea a determinare «risultati aberranti»), ha sostenuto l'applicabilità, per risolvere il problema del *ne bis in idem* sostanziale, del criterio di consunzione che, ad avviso dell'Autore, opererebbe sulla base di due requisiti, ovverosia la comunanza di beni giuridici tutelati dalle norme convergenti nonché, soprattutto, la circostanza che, in concreto, le condotte criminose, ascrivibili nell'ambito di diverse disposizioni incriminatrici, rientrino nel medesimo "quadro di vita".

Con tale locuzione, in particolare, s'intende che la commissione di un reato sia correlata, secondo l'*id quod plerumque accidit*, a quella di un altro illecito penale¹⁷¹.

Secondo Marco Gambardella il criterio di specialità, di cui all'art. 15 c.p., sarebbe applicabile soltanto all'ipotesi della specialità unilaterale e nella dimensione in astratto; quanto alla sussidiarietà, essa sarebbe destinata a regolare, pure in difetto di clausole di riserva normativamente previste, l'ipotesi di convergenza di norme eterogenee che presentano un rapporto di interferenza e che sono poste a tutela di un medesimo bene giuridico, disciplinando diversi gradi di offesa al medesimo. Analogamente, s'intenderebbe ammettere il criterio di consunzione, destinato a governare, su base valoriale, rapporti tra norme "oltre la specialità"¹⁷².

Del resto, ancor oggi, le tesi valoriali, per via della dimostrata incapacità dell'impostazione monistica di ridurre in maniera apprezzabile il fenomeno dei cumuli punitivi, esercitano un notevole *appeal* in dottrina. Tanto è vero che Giovannangelo De Francesco, tra i più autorevoli sostenitori del monismo¹⁷³, ha recentemente manifestato una certa apertura ai criteri di valore ai fini della risoluzione dei casi di convergenza tra norme

167 Vd. G. DE VERO, *Corso di diritto penale*, vol. I, Torino, 2012, 351 ss.

168 E. MEZZETTI, *Diritto penale. Dottrina, casi e materiali*, Bologna, 2023, 173 ss.

169 A. FIORELLA, *Le strutture del diritto penale. Questioni fondamentali di parte generale*, Torino, 2018, 125 ss.

170 Sul pluralismo si attestano, invece, molti altri manuali. Vd. G. CONTENTO, *Corso di diritto penale*, vol. II, Bari, 1995, 513 ss.; G. FIANDACA-E.MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 1995, 613 ss.; G. MARINUCCI-E.DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2017 (ed. a cura anche di G.L. Gatta), 518 ss.; D. PULITANÒ, *Diritto penale*, Torino, 2017, 427 ss.; A. MANNA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2021, 523 ss.

171 I. GIACONA, *Concorso apparente di reati e istanze di ne bis in idem sostanziale*, op. cit.

172 M. GAMBARDELLA, *L'unità del molteplici. La relazione tra fattispecie nel concorso di reati*, Roma, 2024. Tra gli autori che hanno sostenuto tesi pluralistiche si annoverano anche B. ROMANO, *Il rapporto tra norme penali. Intertemporalità, spazialità, coesistenza*, Milano, 1998, nonché V.B. MUSCATIELLO, *Pluralità e unità di reati. Per una microfisica del molteplici*, Padova, 2002.

incriminatrici, seppur in abbinamento con la specialità (intesa in senso astratto e con l'ammissione dell'ipotesi della specialità bilaterale)¹⁷⁴.

Per altro verso, alcuni autori, prendendo spunto dalle evoluzioni della giurisprudenza sovranazionale sul tema del *ne bis in idem* e, in particolare, dal richiamo operato dalle corti alla proporzionalità, sostengono una proiezione sul terreno del diritto penale sostanziale del principio, tale da autorizzare l'impiego, da parte dell'interprete, di criteri valoriali per dirimere la questione del concorso di reati.

In particolare, in questo senso si è espresso Nicola Madia¹⁷⁵, per il quale «il connotato della proporzionalità della pena assurge a pietra angolare del *ne bis in idem* europeo, ma poiché tale elemento appartiene alla sfera sostanziale del principio, emerge la perdurante verità dell'assunto secondo cui la garanzia convenzionale ha nettamente cambiato fisionomia... ciò comporta l'esigenza di un maggiore approfondimento delle relazioni tra disposizioni astrattamente concorrenti... i criteri di valore rinvergono ormai un proprio presidio normativo espresso e si atteggiano a parametri euristici fondamentali. In altri termini, attese le statuizioni delle Corti sovranazionali, occorre definitivamente prendere atto come, anche in forza di criteri diversi da quello di specialità, si dovrà appurare se un avvenimento infranga o meno diverse disposizioni penali, alle quali corrisponda un autonomo disvalore». Talché, in definitiva, l'apertura a sussidiarietà e consunzione.

Quanto, ancora, alla dimensione sostanziale del *ne bis in idem*, sul tema si è soffermata, di recente, anche l'indagine di Chiara Silva, la quale ha osservato che esso sarebbe orientato a garantire una proporzionalità tra punizione e disvalore del fatto concreto ma che, nel contempo, esso non avrebbe mai trovato alcuna compiuta definizione da parte della dottrina, che avrebbe lasciato nell'incertezza anche la questione del rapporto tra sfera sostanziale e processuale del medesimo principio.

Quest'ultimo, a livello di diritto penale sostanziale, come quello di offensività, per Silva sarebbe immanente al sistema e mostrerebbe un crisma costituzionale; le analogie tra i suddetti valori, peraltro, si estenderebbero per l'Autrice alla duplice dimensione astratta e concreta, in termini di limite per il legislatore rispetto all'introduzione di meccanismi di cumulo sanzionatorio con effetti sproporzionati, ma anche di canone ermeneutico per il giudice, in sede di applicazione del diritto.

Volgendo l'attenzione, ancora, ai rapporti tra *ne bis in idem* sostanziale e processuale, l'Autrice, in conclusione, ha rilevato come una spinta ad una rinnovata attenzione al controllo dei cumuli punitivi sia stata fornita dal confronto con il diritto e, soprattutto, col formante giurisprudenziale europeo, soggiungendosi però che – nel solco della risalente *opinio* di molti studiosi della materia¹⁷⁶ – persisterebbe una difformità di *ratio* e di operatività

173 Vd. G. DE FRANCESCO, *Lex specialis. Specialità ed interferenza nel concorso di norme penali*, Milano, 1980.

174 Vd. G. DE FRANCESCO, *Concorso di norme e ne bis in idem: una rimediazione sul problema*, in www.lalegislazionepenale.eu, 20 febbraio 2024.

175 N. MADIA, *Ne bis in idem europeo e giustizia penale*, Milano, 2020.

176 Vd. G. CONSO, *I fatti giuridici processuali penali. Perfezione ed efficacia*, Milano, 1955; G. DE LUCA, *I limiti soggettivi della cosa giudicata penale*, Milano, 1963; G. LOZZI, *Profili di una indagine sui rapporti tra ne bis in idem e concorso formale di reati*, Milano, 1974.

delle due diverse dimensioni del suddetto principio, pur a fronte della convergenza funzionale, in termini di «garanzia *ad personam*»¹⁷⁷.

Sulla medesima linea si colloca, sostanzialmente, la tesi di Ludovico Bin che, volgendo l'attenzione al *ne bis in idem* sostanziale, alla luce dei più recenti orientamenti giurisprudenziali interni e sovranazionali, ha dubitato della reale capacità operativa, nel campo del diritto penale sostanziale, del principio del *ne bis in idem*, sottolineandosene – nel prisma della proporzionalità – l'impalpabilità che, ad avviso dell'Autore (che sul punto si è espresso con disincanto), non potrebbe essere superata neppure all'esito della (da taluni auspicata)¹⁷⁸ “codificazione” del principio¹⁷⁹.

10. Conclusioni: “*the moral of the story*”.

Il confronto tra la *double jeopardy clause* del sistema penale americano, da un lato, e il principio del *ne bis in idem* processuale e sostanziale nel contesto italiano, dall'altro, mette in luce significative divergenze storiche, legislative, giurisprudenziali e dottrinali, ma anche alcuni punti di convergenza potenzialmente rilevanti per il futuro sviluppo dei rispettivi ordinamenti.

L'analisi comparativa ha mostrato come i principi abbiano origini storiche distinte e siano evoluti in maniera disomogenea: la *double jeopardy clause*, in particolare, affonda le proprie radici nel *common law* inglese piuttosto che nella tradizione giuridica continentale-europea, e si è sviluppata negli Stati Uniti attraverso un percorso di adattamento e innovazione, segnato dall'interpretazione del Quinto Emendamento.

Il principio si è inizialmente concentrato sullo sbarramento, a seguito della pronuncia di un verdetto, ad un secondo processo per lo stesso reato federale, fondandosi sul concetto di *same offense* (secondo il binomio *stessa condotta* e *stessa norma incriminatrice*), oltre che sul *ban* all'appello da parte dello Stato in caso di assoluzione dell'imputato nel merito; a seguito della pronuncia *Blockburger v. United States* del 1932, con cui sono stati elaborati criteri volti a definire il concetto di *same offense* e a governare i cumuli sanzionatori nel medesimo *trial* (*multiple punishment*), la portata del citato *test*, dopo l'intervento della Corte suprema federale sui *landmark cases* *Benton v. Maryland* e *North Carolina v. Pierce*, è stata estesa alle questioni sui cumuli, anche processuali, negli Stati federati.

Tuttavia, l'applicazione giurisprudenziale di tali criteri è stata eterogenea, variando significativamente anche da Stato a Stato e, comunque, facendo registrare un certo *self restraint* da parte della giurisprudenza rispetto alle scelte di politica criminale attuate dai legislatori americani, riducendo la clausola sul doppio pericolo ed il *Blockburger set* a strumentario finalizzato ad evitare abusi delle corti nell'applicazione del diritto, oltretutto al tradimento del *legislative intent*.

¹⁷⁷ C. SILVA, *Sistema punitivo e concorso apparente di illeciti*, Torino, 2018.

¹⁷⁸ Così F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, Bologna, 1966, il quale, in ogni caso, ha sostenuto la rilevanza implicita del principio, ritenendolo immanente al sistema penale.

¹⁷⁹ «Il *ne bis in idem* sostanziale potrebbe al massimo ambire al ruolo di principio argomentativo, di indirizzo politico, ma sarebbe privo di reale forza prescrittiva, tendenzialmente non giustiziabile e ancora incapace di tradursi automaticamente in questo o quel criterio», L. BIN, *Unità e pluralità nel concorso di reati*, Torino, 2022, spec. 184 ss.

In Italia, invece, il principio del *ne bis in idem*, muovendo anch'esso da una matrice eminentemente processuale, ha subito una trasformazione più recente, influenzata dall'interazione con il diritto ed il formante giurisprudenziale sovranazionale, che hanno condotto alla citata pronuncia della Consulta n. 200/2016.

Tale fondamentale arresto, nel riconoscere degli sbarramenti al *multi trial*, sulla logica del *simultaneus processus*, ha però confermato, nel contempo, la netta differenza col *ne bis in idem* sostanziale, che resta governato da norme di parte generale che sono state sinora oggetto di interpretazioni particolarmente discordanti, specie in dottrina. Ciò in un contesto segnato, anche in questo caso, dal riconoscimento ad opera delle corti dell'ampia discrezionalità del legislatore nelle scelte punitive (sancita, per di più, dalla pronuncia *A. e B. contro Norvegia*) e dalla tutto sommata scarsa affermazione del principio di proporzionalità, soprattutto al di fuori della logica del *tertium comparationis*.

Negli Stati Uniti, all'assenza di un sistema organico di regole di diritto penale sostanziale per regolamentare i cumuli (che rappresenta un elemento particolarmente critico, anche in considerazione della severità dei sistemi penali, che compendiano norme che prevedono trattamenti sanzionatori di inusitato rigore) ha fatto da controaltare, oltre alla creazione giurisprudenziale di alcune *rules* (quale, ad esempio, il *collateral estoppel*), l'introduzione, da parte dei legislatori, di particolari istituti disciplinanti sbarramenti di natura processuale e, in particolare, delle *mandatory joinder provisions*, che estendono il concetto di *same offense* e limitano i cumuli (in questa prospettiva anche punitivi) facendo anch'esse leva sul principio del *simultaneus processus*.

Tuttavia, l'applicazione di tali disposizioni, che talora si legano a concetti di complicata definizione (*same conduct, same act, same action, same transaction, same episode*), rimane incerta e variegata tra le diverse giurisdizioni statali. Così come si rivela particolarmente resiliente ad esatta definizione il concetto di *same offense* nella proiezione del dilemma tra concorso reale ed apparente, atteso che le corti superiori tendono ad impiegare i parametri sviluppati dalla giurisprudenza federale in un'ottica *case to case*, secondo forme di giustizia da caso concreto, senza l'ambizione di elaborare una teoria generale utile ad indirizzare l'interprete.

In Italia, al contrario, le più recenti e rilevanti novità sul *ne bis in idem* sono rappresentate dagli arresti della giurisprudenza europea e nazionale, laddove il varo di norme ad opera del legislatore che consentono al giudice di disapplicare norme penali, al commendevole fine di evitare sanzioni sproporzionate, sono settoriali e limitate all'ipotesi (pur frequente e non priva di criticità) di c.d. "doppio binario sanzionatorio" (vd., da ultimo, il nuovo art. 21-ter del d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74, introdotto dal d.lgs. 14 giugno 2024, n. 87, in materia tributaria), sollevando comunque forti perplessità in ragione dell'evidente tensione rispetto al principio di legalità.

Entrambi i sistemi giuridici hanno, però, in comune il fatto di aver generato insoddisfazione verso l'utilizzo esclusivo di criteri logico-formali (confronto strutturale e *same element test*) per risolvere le questioni relative al *ne bis in idem* e alla *double jeopardy*. Negli Stati Uniti, questa insoddisfazione ha portato, oltre che all'elaborazione (da parte della giurisprudenza e della dottrina) di quelli che potrebbero essere definiti "indici di *same*

offense” (che rappresenta un’idea che potrebbe essere “importata” nel contesto nostrano), ad un frequente ricorso da parte delle corti a criteri correttivi, di natura valoriale.

In Italia, invece, pur a fronte delle articolate proposte dottrinali di superamento della ristretta logica della specialità (soprattutto nella sua proiezione astratta e unilaterale), la giurisprudenza sembra essersi attestata su un approccio assai restrittivo, per il quale il concorso apparente costituirebbe l’eccezione rispetto al cumulo.

Dall’analisi comparativa emerge, allora, con sufficiente chiarezza che il problema del bis in *idem*, degli eccessi sanzionatori nonché dei conflitti interpretativi dovrebbe passare attraverso interventi legislativi organici, come pure ha segnalato una parte della dottrina statunitense.

Entrambi gli ordinamenti necessitano, in particolare, di una più esatta definizione delle norme incriminatrici¹⁸⁰ nonché di una sensibile arretramento del raggio d’azione del diritto penale, oltre che di una forte limitazione delle ipotesi di doppio binario, al fine di ridurre le occasioni di cumulo sanzionatorio e processuale.

Un meno ambizioso, ma in qualche misura efficace, strumento potrebbe essere rappresentato, inoltre, dall’introduzione di specifiche clausole di riserva¹⁸¹, funzionali a “regolare il traffico” tra norme che si pongono in rapporto ostinatamente impermeabile ad esatta definizione o che, comunque, hanno generato soluzioni ermeneutiche di correttezza alquanto opinabile (ne sono pieni i repertori. Si pensi, ad esempio, alle relazioni tra truffa, da un lato, millantato credito/traffico di influenze, falso documentale e malversazione, dall’altro; per quanto concerne i sistemi statunitensi, invece, emblematico è il caso dell’*overlapping punishment* nella disciplina penale degli stupefacenti).

Siffatte iniziative avrebbero, allora, importanti implicazioni per la certezza del diritto e per la tutela dei diritti dell’individuo, rafforzando la coerenza del sistema penale e allineandolo maggiormente ai principi di legalità e proporzionalità.

180 Atteso che, per il vero, il problema dei cumuli punitivi sembra difficilmente risolvibile solo attraverso disposizione di parte generale, se non nell’ipotesi di introduzione di norme di efficacia *tranchant* e, in quanto tali, potenzialmente foriere di soluzioni concrete inique.

181 Il cui ruolo nell’ambito dell’ordinamento è stato sinora oggetto di letture divergenti. Per taluni autori, infatti, esse sarebbero indicative di una *ratio* sottendente all’intero sistema, in termini di tendenziale divieto di cumulo. Per altri, invece, dovrebbero essere lette nel prisma del principio *ubi lex voluit dixit*.