

SP

SISTEMA
PENALE

FASCICOLO

6/2022

COMITATO EDITORIALE Giuseppe Amarelli, Roberto Bartoli, Hervè Belluta, Michele Caianiello, Massimo Ceresa-Gastaldo, Adolfo Ceretti, Cristiano Cupelli, Francesco D'Alessandro, Angela Della Bella, Gian Paolo Demuro, Emilio Dolcini, Novella Galantini, Mitja Gialuz, Glauco Giostra, Antonio Gullo, Stefano Manacorda, Vittorio Manes, Luca Maserà, Anna Maria Maugeri, Melissa Miedico, Vincenzo Mongillo, Francesco Mucciarelli, Claudia Pecorella, Marco Pelissero, Lucia Riscato, Marco Scoletta, Carlo Sotis, Costantino Visconti

COMITATO SCIENTIFICO (REVISORI) Alberto Alessandri, Silvia Allegrezza, Chiara Amalfitano, Ennio Amodio, Gastone Andrezza, Ercole Aprile, Giuliano Balbi, Marta Bargis, Fabio Basile, Alessandra Bassi, Teresa Bene, Carlo Benussi, Alessandro Bernardi, Marta Bertolino, Francesca Biondi, Rocco Blaiotta, Manfredi Bontempelli, Renato Bricchetti, David Brunelli, Carlo Brusco, Silvia Buzzelli, Alberto Cadoppi, Lucio Camaldo, Stefano Canestrari, Giovanni Canzio, Francesco Caprioli, Matteo Caputo, Fabio Salvatore Cassibba, Donato Castronuovo, Elena Maria Catalano, Mauro Catenacci, Antonio Cavaliere, Francesco Centonze, Federico Consulich, Stefano Corbetta, Roberto Cornelli, Fabrizio D'Arcangelo, Marcello Daniele, Gaetano De Amicis, Cristina De Maglie, Alberto De Vita, Ombretta Di Giovine, Gabriella Di Paolo, Giandomenico Dodaro, Massimo Donini, Salvatore Dovere, Tomaso Emilio Epidendio, Luciano Eusebi, Riccardo Ferrante, Giovanni Fiandaca, Giorgio Fidelbo, Carlo Fiorio, Roberto Flor, Luigi Foffani, Désirée Fondaroli, Gabriele Fornasari, Gabrio Forti, Piero Gaeta, Alessandra Galluccio, Marco Gambardella, Alberto Gargani, Loredana Garlati, Giovanni Grasso, Giulio Illuminati, Gaetano Insolera, Roberto E. Kostoris, Sergio Lorusso, Ernesto Lupo, Raffaello Magi, Vincenzo Maiello, Grazia Mannozi, Marco Mantovani, Marco Mantovani, Luca Marafioti, Enrico Marzaduri, Maria Novella Masullo, Oliviero Mazza, Claudia Mazzucato, Alessandro Melchionda, Chantal Meloni, Vincenzo Militello, Andrea Montagni, Gaetana Morgante, Lorenzo Natali, Renzo Orlandi, Luigi Orsi, Francesco Palazzo, Carlo Enrico Paliero, Lucia Parlato, Annamaria Peccioli, Chiara Perini, Carlo Piergallini, Paolo Pisa, Luca Pistorelli, Daniele Piva, Oreste Pollicino, Domenico Pulitanò, Serena Quattrocchio, Tommaso Rafaraci, Paolo Renon, Maurizio Romanelli, Gioacchino Romeo, Alessandra Rossi, Carlo Ruga Riva, Francesca Ruggieri, Elisa Scaroina, Laura Scomparin, Nicola Selvaggi, Sergio Seminara, Paola Severino, Rosaria Sicurella, Piero Silvestri, Fabrizio Siracusano, Nicola Triggiani, Andrea Francesco Tripodi, Giulio Ubertis, Maria Chiara Ubiali, Antonio Vallini, Gianluca Varraso, Vito Velluzzi, Paolo Veneziani, Francesco Viganò, Daniela Vighi, Francesco Zacchè, Stefano Zirulia

REDAZIONE Francesco Lazzeri (coordinatore), Enrico Andolfatto, Enrico Basile, Silvia Bernardi, Carlo Bray, Pietro Chiaraviglio, Stefano Finocchiaro, Beatrice Fragasso, Giulia Mentasti, Cecilia Pagella, Tommaso Trinchera

Sistema penale (SP) è una rivista *online*, aggiornata quotidianamente e fascicolata mensilmente, ad accesso libero, pubblicata dal 18 novembre 2019.

La *Rivista*, realizzata con la collaborazione scientifica dell'Università degli Studi di Milano e dell'Università Bocconi di Milano, è edita da Progetto giustizia penale, associazione senza fine di lucro con sede presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche "C. Beccaria" dell'Università degli Studi di Milano, dove pure hanno sede la direzione e la redazione centrale. Tutte le collaborazioni organizzative ed editoriali sono a titolo gratuito e agli autori non sono imposti costi di elaborazione e pubblicazione.

La *Rivista* si uniforma agli standard internazionali definiti dal *Committee on Publication Ethics* (COPE) e fa proprie le relative linee guida.

I materiali pubblicati su *Sistema Penale* sono oggetto di licenza CC BY-NC-ND 4.00 International. Il lettore può riprodurli e condividerli, in tutto o in parte, con ogni mezzo di comunicazione e segnalazione anche tramite collegamento ipertestuale, con qualsiasi mezzo, supporto e formato, per qualsiasi scopo lecito e non commerciale, conservando l'indicazione del nome dell'autore, del titolo del contributo, della fonte, del logo e del formato grafico originale (salvo le modifiche tecnicamente indispensabili). La licenza è consultabile su <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>.

Peer review I contributi che la direzione ritiene di destinare alla sezione "Articoli" del fascicolo mensile sono inviati a un revisore, individuato secondo criteri di rotazione tra i membri del Comitato scientifico, composto da esperti esterni alla direzione e al comitato editoriale. La scelta del revisore è effettuata garantendo l'assenza di conflitti di interesse. I contributi sono inviati ai revisori in forma anonima. La direzione, tramite la redazione, comunica all'autore l'esito della valutazione, garantendo l'anonimato dei revisori. Se la valutazione è positiva, il contributo è pubblicato. Se il revisore raccomanda modifiche, il contributo è pubblicato previa revisione dell'autore, in base ai commenti ricevuti, e verifica del loro accoglimento da parte della direzione. Il contributo non è pubblicato se il revisore esprime parere negativo alla pubblicazione. La direzione si riserva la facoltà di pubblicare nella sezione "Altri contributi" una selezione di contributi diversi dagli articoli, non previamente sottoposti alla procedura di *peer review*. Di ciò è data notizia nella prima pagina della relativa sezione.

Di tutte le operazioni compiute nella procedura di *peer review* è conservata idonea documentazione presso la redazione.

Modalità di citazione Per la citazione dei contributi presenti nei fascicoli di *Sistema penale*, si consiglia di utilizzare la forma di seguito esemplificata: N. COGNOME, *Titolo del contributo*, in *Sist. pen.* (o *SP*), 1/2022, p. 5 ss.

INDICE DEI CONTRIBUTI

P. BECCARI, <i>Le prime difficoltà applicative della nuova fattispecie di “revenge porn” in caso di diffusione del materiale da parte di soggetti estranei al rapporto sessuale.....</i>	5
I. ERCOLE, <i>Falsi d’arte e confisca in assenza di condanna, tra tentativi definitivi e prassi applicativa.....</i>	25
F. LAZZARINI, <i>L’appello del pubblico ministero contro le sentenze di proscioglimento: dagli Stati Uniti un modello per l’Italia?.....</i>	45
F. DELLA CASA, <i>I rimedi preventivi a tutela dei diritti e della dignità del detenuto. Parallelismi tra l’evoluzione normativa italiana e quella francese.....</i>	91
L. BUSCEMA, <i>Giustizia riparativa e negazionismo: ricordare, rimediare e riflettere per riconciliare.....</i>	111
G. ACCINNI, <i>L’utilizzo criminogeno della blockchain: gli smart contract</i>	133
A. FALCONE, <i>Indipendenza e imparzialità del giudice quali presupposti per un’effettiva tutela del principio della presunzione di innocenza.....</i>	149

L'APPELLO DEL PUBBLICO MINISTERO CONTRO LE SENTENZE DI PROSCIoglIMENTO: DAGLI STATI UNITI UN MODELLO PER L'ITALIA?

di Francesco Lazzarini

Con la discussione che ha accompagnato la prossima riforma del processo penale è tornata attuale la questione, per vero mai del tutto sopita, della legittimità del p.m. ad appellare le sentenze di proscioglimento. In Italia, la previsione di tale potere in capo alla parte pubblica è stata costantemente criticata da quanti la considerano un ostacolo alla piena attuazione del paradigma accusatorio. Molti hanno auspicato un intervento legislativo sul modello degli Stati Uniti, in cui vige il principio della tendenziale inappellabilità degli esiti liberatori. Il contributo, esaminate le vicende che hanno interessato i confini e i limiti dell'impugnazione della pubblica accusa nei due sistemi, pone a confronto le ragioni addotte nell'uno e nell'altro a sostegno del divieto di appello, verificando se vi sia spazio per una trasposizione, anche parziale, degli argomenti spesi oltreoceano nell'ordinamento italiano.

SOMMARIO: 1. Premessa minima: l'ordinamento italiano al banco di prova dell'appello contro le sentenze di proscioglimento. – 1.1. Le proposte di riforma. – 1.2. La "Legge Pecorella". – 1.3. Le risposte della Corte costituzionale. – 1.4. La ristrutturazione del giudizio di appello. – 1.5. La perdurante attualità del dibattito sulla legittimazione ad appellare del pubblico ministero. – 2. I richiami all'ordinamento statunitense. – 3. Il principio dell'inappellabilità negli Stati Uniti. – 3.1. L'affermazione giurisprudenziale del principio. – 3.2. Gli interventi legislativi. – 3.3. La successiva evoluzione della prassi. – 3.4. La questione dell'appellabilità per "errors of law". – 4. La comparazione. – 4.1. Il diverso ruolo delle impugnazioni nei due sistemi. – 4.2. La differente origine delle regole in materia di legittimazione ad appellare. – 4.3. La diversa latitudine del *double jeopardy* e del *ne bis in idem*. – 5. Le ragioni a sostegno dell'inappellabilità nei due ordinamenti. – 5.1. La tutela del diritto alla «quiete penalistica». – 5.2. La minimizzazione delle condanne ingiuste. – 5.3. La tutela delle prerogative costituzionali della giuria. – 5.4. La limitazione dei poteri e degli abusi dell'accusa. – 5.5. La tutela dell'immagine e dell'efficienza del sistema giudiziario. – 5.6. La tutela del contraddittorio, dell'oralità e dell'immediatezza. – 6. L'(ipotizzata) appellabilità per *errors of law* negli Stati Uniti e il ricorso per cassazione in Italia. – 7. La parità delle parti. – 8. Una riflessione conclusiva.

1. Premessa minima: l'ordinamento italiano al banco di prova dell'appello contro le sentenze di proscioglimento.

Il codice Vassalli ha accolto, in continuità con il passato¹, la regola della generale appellabilità delle sentenze, dai punti di vista soggettivo e oggettivo², prevedendo, di regola, la facoltà del pubblico ministero e dell'imputato di appellare le sentenze di condanna e di proscioglimento³.

In particolare, l'appello delle sentenze di proscioglimento ha sollevato una serie di interrogativi circa la sua compatibilità con il nuovo modello processuale. Fin dall'approvazione del codice, è stata evidenziata l'incoerenza tra l'intenzione di attuare «i caratteri del sistema accusatorio»⁴ e la scelta di recepire, senza sostanziali modifiche, l'assetto delle impugnazioni tipico del sistema inquisitorio-misto⁵. Nel tempo, molteplici interventi, legislativi e giurisprudenziali, si sono susseguiti sul tema, che tuttavia rimane uno dei nodi irrisolti del nostro sistema processuale.

1.1. Le proposte di riforma.

Tra gli anni Novanta e gli anni Duemila, in dottrina furono elaborate diverse proposte di riforma del giudizio di secondo grado, con l'obiettivo di adeguarlo ai principi ispiratori del nuovo codice.

¹ V. artt. 512-513 r.d. 19 ottobre 1930, n. 1399; artt. 477-478 r.d. 27 febbraio 1913, n. 127; artt. 341-390 l. 20 novembre 1859, n. 3784, la cui applicabilità venne estesa a tutto il Regno d'Italia con il r.d. 26 novembre 1865, n. 2598.

² *Relazioni al progetto preliminare e al testo definitivo del codice di procedura penale, delle disposizioni sul processo penale a carico di imputati minorenni e delle norme per l'adeguamento dell'ordinamento giudiziario al nuovo processo penale ed a quello a carico degli imputati minorenni*, in *Suppl. ord. n. 2 alla G.U. n. 250, Serie generale dell'anno 1988*, 124-125 e 199.

³ Nella formulazione originaria, l'art. 593, comma 1, c.p.p. disponeva che «salvo quanto previsto dagli articoli 443, 448 comma 2, 469, il pubblico ministero e l'imputato possono appellare contro le sentenze di condanna o di proscioglimento»; residuavano alcune ipotesi eccezionali di inappellabilità ai commi 2 e 3.

⁴ Art. 2, comma 1, l. n. 81/1987.

⁵ *Ex multis*, VIOLANTE, *La formazione della prova nei processi di criminalità organizzata*, in *Cass. pen.*, 1992, 494; FIORIO, *L'appello. Funzioni, caratteristiche e ipotesi del giudizio di appello*, in *Le impugnazioni penali*, diretto da Gaito, I, Torino, 1998, 300; ID., *Profili sovranazionali e costituzionali della facoltà di impugnare*, in AA.VV., *La nuova disciplina delle impugnazioni dopo la "legge Pecorella"*, a cura di Gaito, Torino, 2006, 116; CHIUSANO, in AA.VV., *Presunzione di non colpevolezza e disciplina delle impugnazioni. Atti del Convegno: Foggia-Mattinata, 25-27 settembre 1998*, Milano, 2000, 283; GROHMANN, *Brevi riflessioni de iure condendo sulle impugnazioni*, in AA.VV., *Principio accusatorio, impugnazioni, ragionevole durata del processo*, a cura di Nunziata, *Suppl. a Dir. giust.*, 2004, XXIX, 93; ZINCANI, *Uno strano connubio: impugnazioni inquisitorie e processo accusatorio. Osservazioni e spunti di diritto comparato*, in AA.VV., *Principio accusatorio, impugnazioni, ragionevole durata del processo*, cit., 125; NAPPI, *Adeguamenti necessari per il sistema delle impugnazioni*, in AA.VV., *Principio accusatorio, impugnazioni, ragionevole durata del processo*, cit., 151; OLIVERI DEL CASTILLO, *Teleologia del processo e delle impugnazioni: l'emergenza continua tra scopi di difesa sociale e scopi garantisti*, in AA.VV., *Principio accusatorio, impugnazioni, ragionevole durata del processo*, cit., 73.

Una prima proposta, avallata anche dalle Sezioni Unite della Cassazione⁶, lasciava intatta la facoltà di impugnare in capo alla parte pubblica, ma prevedeva la trasformazione dell'appello da quest'ultima introdotto in un giudizio meramente rescindente. Si sosteneva che al giudice di seconda istanza dovessero essere consentiti due soli epiloghi decisori, la conferma o l'annullamento della sentenza di primo grado, e che all'annullamento dovesse seguire la rinnovazione del giudizio davanti al giudice di prime cure, sede privilegiata di accertamento del fatto. Si sarebbe così eliminata la contraddizione insita nella possibilità che il giudice d'appello, su basi unicamente cartolari, potesse riformare la sentenza di proscioglimento, pronunciata all'esito di un processo assistito dal contraddittorio, dall'oralità e dall'immediatezza. Inoltre, si sarebbe garantito all'imputato il riesame nel merito del caso, ancora oggi precluso al condannato in secondo grado⁷.

Una seconda ipotesi di modifica, avanzata da coloro che temevano la trasformazione dell'appello in una «minicassazione»⁸, puntava invece sulla rinnovazione del dibattimento davanti al giudice di seconde cure⁹. A detta dei suoi sostenitori, la soluzione avrebbe rappresentato un equo bilanciamento tra il principio del contraddittorio e quello della ragionevole durata del processo¹⁰.

⁶ Cass., Sez. un., 24 ottobre 2003, n. 45267, Andreotti, in *Cass. pen.*, 2004, 811 ss., in cui si auspica che il legislatore provveda a «ristrutturare sapientemente il giudizio d'appello, secondo cadenze e modalità tali da precludere a quel giudice (che di regola rimane estraneo alla formazione dialettica della prova) di ribaltare il costruito logico della decisione di proscioglimento dell'imputato, all'esito di una mera rilettura delle carte del processo e di un contraddittorio dibattimentale *ex actis*. Nel senso cioè di qualificare in questo caso l'appello, ove non si concluda con la conferma dell'alternativa assolutoria, come giudizio di natura esclusivamente rescindente, cui debba seguire un rinnovato giudizio di primo grado sul merito della responsabilità dell'imputato, modulato sui binari tracciati dalla sentenza di annullamento».

⁷ NAPPI, in AA.VV., *Presunzione di non colpevolezza e disciplina delle impugnazioni*, cit., 256; ID., *Il nuovo processo penale: un'ipotesi di aggiornamento del giudizio di appello*, in *Cass. pen.*, 1990, 974; SIMEONE, in AA.VV., *Presunzione di non colpevolezza e disciplina delle impugnazioni*, cit., 291; Padovani, *Il doppio grado di giurisdizione: appello dell'imputato, appello del pubblico ministero e principio del contraddittorio*, in *Cass. pen.*, 2003, 4033; PERONI, *Giusto processo e doppio grado di giurisdizione nel merito*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, 729-731; ID., *L'istruzione dibattimentale nel giudizio di appello*, Padova, 1995, 273-274; FERRUA, *La sentenza costituzionale sull'inappellabilità del proscioglimento e il diritto al riesame dell'imputato*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, 611; DE CARO, *Filosofia della riforma e doppio grado di giurisdizione di merito*, in AA.VV., *La nuova disciplina delle impugnazioni dopo la "legge Pecorella"*, cit., 26.

⁸ AMODIO, *Disorientamenti legislativi nella riforma delle impugnazioni*, in *Cass. pen.*, 2006, 2576.

⁹ CORDERO, *Un'arma contro due*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, III, 810; NUZZO, *De profundis per l'appello del pubblico ministero contro le sentenze di assoluzione?*, in *Cass. pen.*, 2004, 3919-3920; KOSTORIS, *Le impugnazioni penali, travagliato terreno alla ricerca di nuovi equilibri*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, 923; LATTANZI, *Una legge improvvida*, in *Impugnazioni e regole di giudizio nella legge di riforma del 2006, dai problemi di fondo ai primi responsi costituzionali*, a cura di Bargis-Caprioli, Torino, 2007, 491; LOZZI, *Reformatio in peius del giudice di appello e cognitio facti ex actis della Corte di cassazione*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2004, II, 603; ID., *La riforma del sistema delle impugnazioni, per un processo penale dalla durata ragionevole*, in *Dem. dir.*, 2005, III, 203; PISANI, *Durata ragionevole del processo penale e appellabilità delle sentenze*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, 9; MARZADURI, *Luci e ombre di un messaggio presidenziale*, in *Guida dir.*, 2006, V, 12.

¹⁰ A sottolineare il contrasto tra l'appello rescindente e il principio della ragionevole durata del processo furono, tra gli altri, NUZZO, *op. cit.*, 3919; LOZZI, *Reformatio in peius del giudice di appello e cognitio facti ex actis della Corte di cassazione*, cit., 603; GUALTIERI, *Il secondo grado di giudizio: ambito e limiti*, in *Cass. pen.*, 2007, 1827-1828; AMODIO, *Disorientamenti legislativi nella riforma delle impugnazioni*, cit., 2576; Kostoris, *Le impugnazioni*

Una terza iniziativa intendeva innovare muovendo dall'appello incidentale, nel senso di stabilire che l'imputato potesse sempre esperirlo in caso di impugnazione del pubblico ministero, anche quando non fosse legittimato alla proposizione dell'appello principale¹¹. Si sarebbe così tutelato il diritto di difesa dell'imputato, evitando la determinazione unilaterale, ad opera della parte pubblica, del perimetro della devoluzione al giudice di secondo grado¹².

Un'ultima proposta, la più radicale, si proponeva di agire non sul *quomodo* del giudizio di appello introdotto dal pubblico ministero, bensì sull'*an* dello stesso, privando l'organo dell'accusa del potere di impugnare le sentenze di proscioglimento, nella convinzione che questa fosse l'unica alternativa idonea ad adeguare il sistema italiano al modello accusatorio. Si sarebbe così realizzato un nuovo bilanciamento tra i diritti di libertà dei cittadini e l'interesse pubblico alla repressione dei reati. Inoltre, l'inappellabilità avrebbe dato piena attuazione alla regola B.A.R.D., dovendosi ritenere che la sentenza di assoluzione di primo grado, di per sé, integri il ragionevole dubbio sulla colpevolezza dell'imputato e impedisca un successivo accertamento di responsabilità¹³.

Tra i sostenitori del principio asimmetrico, molti censuravano l'appello del pubblico ministero per violazione del principio del contraddittorio *ex art. 111 Cost.* e del diritto di difesa *ex art. 24 Cost.*¹⁴. Nei primi anni Duemila, diverse eccezioni di illegittimità costituzionale furono sollevate dalle difese in alcuni procedimenti penali, anche di grande risonanza mediatica, come avvenne nel processo per il Petrolchimico di Porto Marghera o in quello a carico dell'ex ministro Mannino. Peraltro, le risposte delle Corti furono di segno negativo: le questioni di legittimità costituzionale vennero

penali, cit., 923; PISANI, *Durata ragionevole del processo penale e appellabilità delle sentenze*, cit., 20; Lattanzi, *op. cit.*, 491.

¹¹ Per consolidato insegnamento giurisprudenziale, l'imputato non può proporre l'appello incidentale quando non è legittimato ad esperire l'appello principale, come avviene nei casi in cui l'assoluzione viene pronunciata con le formule più ampiamente liberatorie, v. Cass., Sez. un., 18 giugno 1993, n. 339, Rabiti, in *Cass. pen.*, 1994, 556 ss.

¹² ORLANDI, *Sono davvero troppi tre gradi di giurisdizione?*, in AA.VV., *Principio accusatorio, impugnazioni, ragionevole durata del processo*, cit., 141. Alcuni autori da tempo sottolineavano come l'imputato non legittimato alla proposizione dell'appello incidentale subisse una grave compressione del suo diritto di difesa, non potendo ad esempio fare valere le eccezioni di nullità e di incompetenza, sollevate e rigettate in primo grado, né chiedere l'assunzione di prove a discarico non ammesse in primo grado. Sul punto, v. PADOVANI, *op. cit.*, 4029-4030; NUZZO, *op. cit.*, 3913; posizione successivamente sostenuta anche da Vicoli, *Irragionevoli i limiti all'appello del pubblico ministero, ma labili i confini tra norma illegittima e norma inopportuna*, in *Giur. it.*, 2008, 260; GARUTI-DEAN, *I nuovi ambiti soggettivi della facoltà di impugnare*, in AA.VV., *La nuova disciplina delle impugnazioni dopo la "legge Pecorella"*, cit., 133.

¹³ Tra i sostenitori della tesi "abolizionistica", v. COPPI, *No all'appello del p.m. dopo la sentenza di assoluzione*, in *Il giusto processo*, 2003, V, 27 ss.; STELLA, *Sul divieto per il pubblico ministero di proporre appello contro le sentenze di assoluzione*, in *Cass. pen.*, 2004, 756 ss.; ROSSI, *Riformare "insieme" la disciplina della prescrizione e dell'appello del pubblico ministero*, in *Questione giustizia*, 2005, V, 11; *Relazione del Procuratore Generale presso la Corte Suprema di Cassazione*, 12 gennaio 2004, 48-49.

¹⁴ *Ex multis*, Frigo, *Un intervento coerente con il sistema*, in *Guida dir.*, 2006, X, 101; Padovani, *op. cit.*, 4029-4032.

rigettate in quanto “manifestamente infondate”¹⁵. Fallì così il tentativo di eliminare l’appello del pubblico ministero a mezzo dell’incidente di costituzionalità.

1.2. La “Legge Pecorella”.

Ad assumere l’iniziativa per l’introduzione dell’appello asimmetrico nel nostro ordinamento fu, com’è noto, l’on. Gaetano Pecorella, che nel 2004 presentò alla Camera un disegno di legge concernente «modifiche al codice di procedura penale in materia di inappellabilità delle sentenze di proscioglimento»¹⁶. Il testo riscriveva l’art. 593 c.p.p., prevedendo che il pubblico ministero e l’imputato potessero appellare le sole sentenze di condanna, e, parallelamente, abrogava l’art. 443, comma 1, c.p.p., vietando l’impugnazione delle sentenze di proscioglimento nel giudizio abbreviato.

Nella relazione accompagnatoria alla proposta, l’on. Pecorella sostenne che la riforma fosse necessaria per adeguare il nostro ordinamento al principio del “doppio grado di giurisdizione” ex art. 2 prot. 7 CEDU¹⁷. Nel corso dell’iter parlamentare, altre ragioni furono addotte dagli esponenti della maggioranza, che attinsero ampiamente al dibattito dottrinale degli anni precedenti¹⁸. Inoltre, il testo si arricchì di nuove disposizioni, tra cui quella che prevedeva la riscrittura dell’art. 533, comma 1, c.p.p., prevedendo che «il giudice pronuncia sentenza di condanna se l’imputato risulta colpevole del reato contestatogli al di là di ogni ragionevole dubbio»¹⁹.

La riforma, approvata in via definitiva dal Parlamento il 12 gennaio 2006²⁰, non venne promulgata dal Presidente della Repubblica, che decise di avvalersi della facoltà prevista dall’art. 74 Cost. e rinviò la legge alle Camere. Nel suo messaggio motivato, il Presidente Ciampi sostenne, in particolare, che l’inappellabilità travalicasse i limiti fissati dal principio di parità delle parti ex art. 111, comma 2, Cost., ritenendo che la

¹⁵ Corte app. Venezia, 2 marzo 2004, Reichenbach, inedita, a cui fa riferimento, tra gli altri, GIARDA, *Rimodellato il sistema delle impugnazioni penali tra presunzione di innocenza e durata ragionevole del processo*, in AA.VV., *Novità su impugnazioni penali e regole di giudizio*, a cura di Scalfati, Milano, 2006, 13-16; Cass., Sez. un., 12 luglio 2005, n. 33748, Mannino, in C.E.D. Cass. n. 231670-01.

¹⁶ *Atti parl. Cam., XIV leg., Disegni di legge e relazioni, stampato n. 4604*.

¹⁷ *Atti parl. Cam., XIV leg., Disegni di legge e relazioni, stampato n. 4604*, 1, secondo cui la vigente disciplina «in caso di condanna in sede di gravame, non concede la possibilità di ottenere un secondo grado di giudizio nel merito in favore del condannato, che ne avrebbe diritto in forza del principio esposto»; peraltro, ha suscitato perplessità che la relazione, da un lato, individuasse nell’art. 2 prot. 7 CEDU il fondamento della proposta, dall’altro, riportasse per intero la disposizione convenzionale, incluso il par. 2, che contempla espressamente, tra le eccezioni al diritto al riesame, la condanna seguita al ricorso contro il proscioglimento, v. PISANI, *Durata ragionevole del processo penale e appellabilità delle sentenze*, cit., 22.

¹⁸ On. VITALI, *Relazione alla p.d.l. 4604*, in *Atti parl. Cam., XIV leg., Resoconto della II Commissione permanente (Giustizia)*, seduta 15 luglio 2004, 57, che richiamò il contrasto dell’appello dell’accusa con la regola B.A.R.D. e con la necessità di trovare un nuovo punto di equilibrio tra interesse punitivo e diritti individuali; le argomentazioni furono poi riprese dall’on. Bertolini, *Relazione all’Assemblea sulla p.d.l. 4604*, in *Atti parl. Cam., XIV leg., Resoconto stenografico dell’Assemblea*, seduta 25 luglio 2005, n. 661, 75 ss.

¹⁹ La modifica si deve all’emendamento 1.0104 dell’on. Mormino, v. *Atti parl. Cam., XIV leg., Resoconto della II Commissione permanente (Giustizia)*, seduta 10 novembre 2004, 25.

²⁰ *Atti parl. Sen., XIV leg., Resoconto stenografico dell’Assemblea*, seduta 12 gennaio 2006, n. 935.

disparità introdotta dalla riforma superasse quella «compatibile con la diversità delle funzioni svolte dalle parti nel processo»²¹.

Peraltro, il Parlamento non accolse i rilievi del Presidente della Repubblica in ordine all'asserita violazione del principio di parità delle parti, ma, per ragioni di «giustizia sostanziale»²², fu introdotto un nuovo comma all'art. 593 c.p.p., permettendo al pubblico ministero e all'imputato di appellare le sentenze di proscioglimento nelle ipotesi di cui all'art. 603, comma 2, c.p.p., se la prova fosse stata decisiva. Alla fine, la legge fu approvata in via definitiva dal Senato il 14 febbraio 2006 e poi promulgata il 20 febbraio dello stesso anno²³.

La riforma divise profondamente il mondo politico e quello accademico, anche a causa del sospetto che la legge trovasse la sua reale giustificazione nella tutela di interessi particolari, facenti capo all'allora Presidente del Consiglio e ad altri esponenti della maggioranza, piuttosto che in esigenze collettive²⁴.

A ciò si accompagnò una forte reazione della giurisprudenza: in pochi mesi furono pronunciate decine di ordinanze di rimessione alla Corte costituzionale²⁵, in cui si denunciavano violazioni concernenti la parità delle parti²⁶, l'obbligatorietà dell'azione

²¹ *Atti parl. Cam., XIV leg., Disegni di legge e relazioni, stampato n. 4604, doc. I, n. 7.*

²² On. Bertolini, cit., 6.

²³ Legge 20 febbraio 2006, n. 46.

²⁴ Nel dibattito parlamentare, v. gli interventi dell'on. Kessler, dell'on. Lettieri e dell'on. Ruzzante in *Atti parl. Cam., XIV leg., Resoconto stenografico dell'Assemblea, seduta 20 settembre 2005, n. 674, 37 ss.*; in dottrina v. VALENTINI, *I lavori parlamentari, in Impugnazioni e regole di giudizio nella legge di riforma del 2006, dai problemi di fondo ai primi responsi costituzionali*, cit., 3-4; DE CARO, *Filosofia della riforma e doppio grado di giurisdizione di merito*, cit., 2; LATTANZI, *op. cit.*, 486; FERRUA, *Riforma disorganica, era meglio rinviare. Ma non avremo il terzo giudizio di merito*, in *Dir. giust.*, 2006, IX, 80; MATTEUCCI, *La declaratoria di illegittimità costituzionale per i limiti all'appellabilità delle sentenze di proscioglimento nel giudizio abbreviato*, in *Ind. pen.*, 2008, 632. Secondo alcuni, la dimostrazione dell'assunto si ebbe quando intervenne una declaratoria di inammissibilità dell'appello del pubblico ministero, pronunciata dalla Corte d'appello di Milano, nel procedimento a carico dell'allora Presidente del Consiglio, del cui collegio difensivo faceva parte anche l'on. Pecorella, v. Corte app. Milano, 26-27 aprile 2006, Berlusconi ed altri, in *Guida dir.*, 2006, XIII, 84 ss.; CORDERO, *Un'arma contro due*, cit., 811.

²⁵ *Ex multis*, Corte app. Brescia, 27 marzo 2006, Lembo ed altri, in *Guida dir.*, 2006, XIX, 89 ss.; Corte app. Milano, 14 marzo 2006, in *G.U. n. 35, I Serie speciale*, 2006; Corte app. Milano, 26 aprile 2006, in *G.U. n. 49, I Serie speciale*, 2006; Corte app. Milano, 10 maggio 2006, in *G.U. n. 8, I Serie speciale*, 2007; Corte ass. app. Caltanissetta, 30 marzo 2006, in *G.U. n. 36, I Serie speciale*, 2006; Corte app. Cagliari, 13 marzo 2006, in *G.U. n. 37, I Serie speciale*, 2007; Corte app. Firenze, 9 marzo 2006, in *G.U. n. 36, I Serie speciale*, 2006.

²⁶ La violazione fu denunciata dalla totalità delle ordinanze di rimessione; in dottrina, v. CERESA-GASTALDO, *I limiti all'appellabilità delle sentenze di proscioglimento: discutibili giustificazioni e gravi problemi di costituzionalità*, in *Cass. pen.*, 2007, 835-837; CORDERO, *Se la destra cancella il processo d'appello*, in *Repubblica*, 19 dicembre 2005.; CORDERO, *Un'arma contro due*, cit., 809; LOZZI, *La riforma del sistema delle impugnazioni, per un processo penale dalla durata ragionevole*, cit., 201.

penale²⁷, la «funzione di difesa» delle vittime di reato e della società svolta dal pubblico ministero²⁸, il principio di ragionevolezza²⁹.

1.3. Le risposte della Corte costituzionale.

A meno di un anno dall'entrata in vigore della riforma, la Corte costituzionale intervenne sul "nuovo" art. 593 c.p.p. con la sentenza n. 26 del 2007³⁰.

Il Giudice delle leggi, pur riconosciuta la sussistenza di differenze fisiologiche tra le posizioni del pubblico ministero e dell'imputato, affermò che alterazioni della simmetria tra le parti «sono compatibili con il principio di parità, ad una duplice condizione: e, cioè, che esse, per un verso, trovino un'adeguata *ratio* giustificatrice nel ruolo istituzionale del pubblico ministero, ovvero in esigenze di funzionale e corretta esplicazione della giustizia penale, anche in vista del completo sviluppo di finalità esse pure costituzionalmente rilevanti; e, per un altro verso, risultino comunque contenute – anche in un'ottica di complessivo riequilibrio dei poteri [...] – entro i limiti della ragionevolezza». La Corte chiarì che il vaglio di ragionevolezza andava condotto sulla base del rapporto comparativo tra la *ratio* ispiratrice della norma all'origine della disparità e la «ampiezza dello scalino» da essa creato.

Entrando nel vivo dello scrutinio di costituzionalità, i giudici sostennero che la "legge Pecorella" generasse una «dissimetria radicale», visto che al pubblico ministero, a differenza che all'imputato, era precluso l'appello delle sentenze che lo vedevano

²⁷ Corte app. Cagliari, 13 marzo 2006, cit.; Corte app. Firenze, 9 marzo 2006, cit.; in dottrina v. PRESUTTI, *L'inappellabilità delle sentenze di proscioglimento tra regola ed eccezione*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2006, IV, 1224; CORDERO, *Un'arma contro due*, cit., 810; GREVI, *Appello del pubblico ministero e obbligatorietà dell'azione penale*, in *Cass. pen.*, 2007, 1415-1416.

²⁸ Corte ass. app. Caltanissetta, 30 marzo 2006, cit.; in dottrina v. NANNUCCI, *Sono gli appelli del pubblico ministero che inquinano il giusto processo?*, in *Cass. pen.*, 2004, 4341.

²⁹ CORDERO, *Un'arma contro due*, cit., 811; CERESA-GASTALDO, *I limiti all'appellabilità delle sentenze di proscioglimento*, cit., 837; Id., *Non è costituzionalmente tollerabile la menomazione del potere di appello del pubblico ministero*, in *Cass. pen.*, 2007, nota 23.

³⁰ Corte cost., 6 febbraio 2007, n. 26. Peraltro, negli anni successivi, la Corte costituzionale fu chiamata ad intervenire più volte sulle altre innovazioni della riforma, che qui, per ragioni di coerenza tematica, non si sono richiamate. Tra le pronunce rese in materie diverse dalla legittimazione ad appellare del pubblico ministero, si segnalano Corte cost., 4 aprile 2008, n. 85 (declaratoria di incostituzionalità dell'1 l. 46/2006 «nella parte in cui, sostituendo l'art. 593 del codice di procedura penale, esclude che l'imputato possa appellare contro le sentenze di proscioglimento relative a reati diversi dalle contravvenzioni punite con la sola ammenda o con pena alternativa, fatta eccezione per le ipotesi previste dall'art. 603, comma 2, del medesimo codice se la nuova prova è decisiva»); Corte cost., 29 ottobre 2009, n. 274 (declaratoria di incostituzionalità dell'art. 443, comma 1, c.p.p., come modificato dall'art. 2 l. 46/2006, «nella parte in cui esclude che l'imputato possa proporre appello contro le sentenze di assoluzione per difetto di imputabilità, derivante dal vizio totale di mente»); Corte cost., 24 aprile 2009, n. 121 (declaratoria di incostituzionalità dell'art. 405, comma 1-bis, a norma del quale «il pubblico ministero, al termine delle indagini, formula richiesta di archiviazione quando la Corte di cassazione di è pronunciata in ordine all'insussistenza dei gravi indizi di colpevolezza, ai sensi dell'articolo 273, e non sono stati acquisiti, successivamente, ulteriori elementi a carico della persona sottoposta alle indagini»).

«totalmente soccombente» e rilevarono come il divieto di appello fosse generalizzato, in quanto esteso indistintamente a tutte le categorie di reati, e unilaterale, in quanto non compensato da alcuna contropartita in particolari modalità di svolgimento del processo.

I giudici escludono anche che l'inappellabilità potesse essere giustificata «sulla base delle *rationes* che, alla stregua dei lavori parlamentari, si collocano alla radice della riforma». In particolare, quanto alla pretesa violazione della regola B.A.R.D., la Corte ritenne che la sussistenza della responsabilità penale secondo questo *standard* probatorio costituisse la risultante di una valutazione e sottolineò come la funzione del giudice di secondo grado consistesse proprio nella verifica della correttezza della valutazione operata dal giudice di prima istanza, che non avrebbe senso presupporre esatta. Inoltre, quanto all'asserita violazione del principio del doppio grado di giurisdizione di merito, la Consulta esclude che quest'ultimo avesse un riconoscimento nella Costituzione e nelle fonti sovranazionali.

Il "nuovo" art. 593 c.p.p. cadde, dunque, sotto la scure dei principi di parità delle parti e di ragionevolezza. Pochi mesi dopo, la stessa sorte toccò alla corrispondente disposizione in materia di giudizio abbreviato (art. 443, comma 1, c.p.p.), dichiarata incostituzionale con la sentenza n. 320 del 2007³¹.

1.4. La ristrutturazione del giudizio di appello.

Nell'accertare l'illegittimità della "Legge Pecorella", la Corte costituzionale enunciò il principio secondo cui «il rimedio all'eventuale deficit delle garanzie che assistono una parte [...] va rinvenuto – in via preliminare – in soluzioni che escludano quel difetto»³² e non nell'ablazione dei poteri processuali dell'accusa. Respinta l'idea di incidere sulla legittimazione ad impugnare del pubblico ministero, la strada da percorrere passava per «la definizione di opportune garanzie a presidio del diritto di difesa dell'imputato»³³.

All'inizio, la giurisprudenza perfezionò il principio della motivazione rafforzata, già espresso da alcune pronunce anteriori alla "Legge Pecorella"³⁴, chiarendo che la riforma in appello dovesse essere sorretta da elementi dirimenti, «occorrendo una forza persuasiva superiore, tale da far cadere "ogni ragionevole dubbio" in qualche modo intrinseco alla stessa situazione di contrasto»³⁵.

³¹ Corte cost., 20 luglio 2007, n. 320.

³² Corte cost., 6 febbraio 2007, n. 26.

³³ CIGNACCO, *Condanna in appello e giusto processo: tra indicazioni europee e incertezze italiane*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, V, 544.

³⁴ Cass., Sez. un., 12 luglio 2005, n. 33748, cit., secondo cui incombeva sul giudice d'appello «l'obbligo di dimostrar[e] con rigorosa analisi critica l'incompletezza o l'incoerenza [della sentenza di primo grado], non essendo altrimenti razionalmente giustificato il rovesciamento della statuizione assolutoria in quella di condanna»; sulla stessa linea, *ex multis*, v. Cass., sez. VI, 20 aprile 2005, n. 6221, Aglieri, in *C.E.D. Cass.* n. 233083.

³⁵ Cass., sez. VI, 3 novembre 2011, n. 40159, Galante, in *C.E.D. Cass.* n. 251066; nello stesso senso, *ex multis*, v. Cass., sez. VI, 26 ottobre 2011, n. 4996, Abbate, in *C.E.D. Cass.* n. 251782; Cass., sez. II, 27 marzo 2012, n.

A rompere la linearità degli sviluppi giurisprudenziali interni fu una serie di pronunce della Corte edu, che iniziarono a postulare l'incompatibilità tra la condanna in appello, fondata sulla rivalutazione cartolare delle prove dichiarative, e l'equo processo *ex art. 6 CEDU*. La pronuncia *Dan c. Moldavia*³⁶ del 2011, riconosciuta dai più come il *leading case* in materia³⁷, stabilì il principio per cui il giudice d'appello può riformare la sentenza di proscioglimento sulla base di una rivalutazione della prova dichiarativa solo procedendo ad un riesame dei testimoni. Secondo la Corte, «*those who have the responsibility for deciding the guilt or innocence of an accused ought, in principle, to be able to hear witnesses in person and assess their trustworthiness. The assessment of the trustworthiness of a witness is a complex task which usually cannot be achieved by a mere reading of his or her recorded words*»³⁸. Il principio si è presto consolidato nella giurisprudenza di Strasburgo³⁹ e ha rappresentato il fondamento di diverse sentenze di condanna pronunciate anche contro l'Italia⁴⁰.

Nell'inerzia del legislatore, a farsi carico dell'adeguamento dell'appello ai principi elaborati in sede sovranazionale è stata, fin dal 2012, la Suprema Corte, con la sentenza nel caso *Luperi*, ritenendo necessaria la rinnovazione in presenza dei requisiti della decisività della prova testimoniale e della rivalutazione da parte del giudice d'appello in termini di attendibilità⁴¹.

27018, Urciuoli, in *C.E.D. Cass.* n. 253407; peraltro, in senso critico, v. SANTORIELLO, *I dubbi impongono sempre l'assoluzione*, in *Arch. pen.*, 2012, I, 2 ss.

³⁶ Corte edu, sez. III, 5 luglio 2011, *Dan c. Moldavia*.

³⁷ *Contra*, CARDAMONE, *Reformatio in peius in appello e processo equo nella giurisprudenza della Corte edu da Dan c. Moldavia a Maestri c. Italia*, in *www.questionegiustizia.it*, 2021, secondo cui è quantomeno dubbio che il caso *Dan* possa essere considerato il *leading case* in materia, viste le peculiarità del caso concreto. In ogni caso, i presupposti della sentenza *Dan* si possono rinvenire in pronunce addirittura risalenti agli anni Ottanta, v. Corte edu, Sez. Plen., 26 maggio 1988, *Ekbatani c. Svezia*, tra le successive, tuttavia precedenti al caso *Dan*, v. Corte edu, G.C., 21 gennaio 1999, *García Ruiz c. Spagna*; Corte edu, sez. I, 27 giugno 2001, *Constantinescu c. Romania*; Corte edu, sez. II, 18 maggio 2004, *Destrehem c. Francia*; Corte edu, sez. III, 29 aprile 2008, *Spînu c. Romania*.

³⁸ Corte edu, sez. III, 5 luglio 2011, *Dan c. Moldavia*.

³⁹ Corte edu, sez. III, 4 giugno 2013, *Hanu c. Romania*; Corte edu, sez. III, 19 giugno 2012, *Mihai Moldoveanu c. Romania*; Corte edu, sez. III, 26 giugno 2012, *Găitănaru c. Romania*; Corte edu, sez. III, 5 marzo 2013, *Manolachi c. Romania*; Corte edu, sez. III, 9 aprile 2013, *Flueraș c. Romania*; Corte edu, sez. III, 4 giugno 2013, *Hogea c. Romania*; Corte edu, sez. III, 17 dicembre 2013, *Ion Tudor c. Romania*; Corte edu, sez. III, 14 gennaio 2014, *Cipleu c. Romania*; Corte edu, sez. III, 25 febbraio 2014, *Văduva c. Romania*; Corte edu, sez. III, 15 settembre 2015, *Moinescu c. Romania*; Corte edu, sez. II, 5 luglio 2016, *Lazu c. Moldavia*; Corte edu, sez. IV, 14 febbraio 2017, *Potoroc c. Romania*; Corte edu, sez. II, 28 febbraio 2017, *Manoli c. Moldavia*; Corte edu, sez. IV, 9 gennaio 2018, *Ghincea c. Romania*; Corte edu, sez. III, 13 marzo 2018, *Vilches Coronado c. Spagna*; Corte edu, sez. IV, 24 aprile 2018, *Stoica c. Romania*; Corte edu, 16 luglio 2019, *Sigurborsson c. Irlanda*; Corte edu, 10 novembre 2020, *Dan c. Moldavia* (n. 2).

⁴⁰ Corte edu, sez. I, 29 giugno 2017, *Lorefice c. Italia*; tra le altre, v. Corte edu, 17 giugno 2021, *Morzenti c. Italia*; Corte edu, 17 giugno 2021, *Di Febo c. Italia*.

⁴¹ Cass., sez. V, 5 luglio 2012, n. 38085, *Luperi e altri*, in *C.E.D. Cass.* n. 253541. Peraltro, la definizione di quest'ultimo concetto ha a lungo impegnato la giurisprudenza nazionale, che, per alcuni anni, ha oscillato tra la nozione di "attendibilità intrinseca" (Cass., sez. VI, 12 aprile 2013, n. 16566, *Morzenti* in *C.E.D. Cass.* n. 254623), finalizzata a limitare le fattispecie di rinnovazione obbligatoria (Cass., sez. V, 8 marzo 2013, n. 10965, *C. A. e R. C.*, in *C.E.D. Cass.* n. 255233), e quella di "attendibilità estrinseca" (Cass., sez. IV, 8 novembre 2013, n. 7597, *S. A. e altri*, in *C.E.D. Cass.* n. 259127; Cass., sez. VI, 1 luglio 2014, n. 18456, *M. F.*, in *C.E.D. Cass.* n.

Nel 2016 sono intervenute, per la prima volta, le Sezioni Unite con la nota decisione nel caso Dasgupta⁴², stabilendo che la riforma dell'esito assolutorio è condizionata al fatto che, quanto alla prova decisiva⁴³, nel giudizio di seconda istanza si ripercorrono le medesime cadenze di acquisizione dei dati di conoscenza proprie del primo grado. La Cassazione ha sostenuto che «dovere di motivazione rafforzata [...], canone “al di là di ogni ragionevole dubbio”, dovere di rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale [...] si saldano sul medesimo asse cognitivo e decisionale»⁴⁴. Secondo le Sezioni Unite, l'obbligo di riassumere la prova dichiarativa «discende non tanto e non solo dalla necessità di una interpretazione adeguatrice rispetto ai principi CEDU, come espressi dalla Corte di Strasburgo, ma, prima ancora, dal rispetto della regola dell'oltre ogni ragionevole dubbio», che non può prescindere dall'oralità nell'assunzione delle prove decisive⁴⁵. Di fatto, si è proceduto a una valorizzazione in chiave istruttoria della regola B.A.R.D., che conforma non solo l'applicazione delle regole di giudizio, ma anche, e più in generale, i metodi di accertamento del fatto⁴⁶.

Le stesse Sezioni Unite, a più riprese, hanno chiarito che gli obblighi di rinnovazione istruttoria si applicano anche nel giudizio abbreviato, ritenendo che il principio dell'oltre ogni ragionevole dubbio, in quanto «criterio generalissimo», presieda all'accertamento di responsabilità penale a prescindere dalle forme con cui si è celebrato il processo di primo grado⁴⁷.

Al recepimento legislativo dei principi convenzionali si è proceduto solo con la legge 23 giugno 2017, n. 103 (c.d. riforma Orlando), che è intervenuta sull'art. 603 c.p.p. inserendo un nuovo comma 3-bis, a norma del quale «nel caso di appello del pubblico ministero contro una sentenza di proscioglimento per motivi attinenti alla valutazione della prova dichiarativa, il giudice dispone la rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale»⁴⁸. La disposizione ha suscitato difficoltà interpretative non indifferenti,

263944; Cass., sez. III, 24 febbraio 2015, n. 11658, P. E. S., in *C.E.D. Cass.* n. 262985), più conforme all'insegnamento della Corte di Strasburgo (MANFRINI-SARTORI, *Il principio di immediatezza nel processo penale, tra ordinamento interno e Cedu*, in *www.dirittodidifesa.eu*, 2021, 11-12). Sul punto, diffusamente, v. AIUTI, *L'art. 603 c.p.p. dopo Dan v. Moldavia: un casebook*, in *Giur. it.*, 2016, 1007.

⁴² Cass., Sez. un., 28 aprile 2016, n. 27620, Dasgupta, in *Cass. pen.*, 2016, 3203 ss.

⁴³ Cass., Sez. un., 28 aprile 2016, n. 27620, cit., secondo cui, per prove decisive, devono intendersi «quelle che, sulla base della sentenza di primo grado, hanno determinato o anche soltanto contribuito a determinare un esito liberatorio, e che, pur in presenza di altre fonti probatorie di diversa natura, se espunte dal complesso del materiale probatorio, si rivelano potenzialmente idonee a incidere sull'esito del giudizio d'appello», oltre a «quelle che, ritenute di scarso o nullo valore probatorio dal primo giudice, siano, nella prospettiva dell'appellante, rilevanti, da sole o insieme ad altri elementi di prova, ai fini dell'esito della condanna».

⁴⁴ Cass., Sez. un., 28 aprile 2016, n. 27620, cit.; in dottrina, sull'esaltazione del principio della motivazione rafforzata ad opera dell'obbligo di rinnovazione, v. CECCHI, *La motivazione rafforzata del provvedimento ovvero la forza persuasiva superiore*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, VIII, 1133-1136.

⁴⁵ Cass., Sez. un., 19 gennaio 2017, n. 18620, Patalano, in *C.E.D. Cass.* n. 269785.

⁴⁶ Cass., Sez. un., 21 dicembre 2017, n. 14800, Troise, in *C.E.D. Cass.* n. 272430.

⁴⁷ Cass., Sez. un., 28 aprile 2016, n. 27620, cit.; Cass., Sez. un., 21 dicembre 2017, n. 14800, cit.; Cass., Sez. un., 19 gennaio 2017, n. 18620, cit.

⁴⁸ Peraltro, la disposizione è analoga a quella formulata dalla Commissione Canzio, nominata con d.m. 10 giugno 2013 presso l'Ufficio Legislativo del Ministero della Giustizia, «per elaborare una proposta di

in particolare perché non ha richiamato il requisito della “decisività” della prova e non ha stabilito se l’obbligo di rinnovazione si estenda anche alle prove valutate in via cartolare già in primo grado, come di regola avviene nel giudizio abbreviato. Peraltro, la giurisprudenza successiva ha risolto entrambe le questioni conformemente agli indirizzi già consolidatisi in precedenza⁴⁹.

In ogni caso, va precisato che la materia degli obblighi di rinnovazione è lontana dall’aver raggiunto una sua stabilità, come dimostrano i recenti interventi della Corte edu in materia di esame dell’imputato⁵⁰ e della Corte di cassazione sull’impossibilità di procedere alla rinnovazione della prova decisiva⁵¹.

1.5. La perdurante attualità del dibattito sulla legittimazione ad appellare del pubblico ministero.

Le declaratorie di illegittimità costituzionale relative alla “Legge Pecorella” hanno indotto per lungo tempo ad abbandonare la prospettiva di un nuovo intervento abolitivo⁵², spingendo ad agire piuttosto sul *quomodo* del giudizio di secondo grado introdotto dal pubblico ministero.

interventi in tema di processo penale».

⁴⁹ Quanto al requisito della decisività della prova, v. Cass., Sez. un., 21 dicembre 2017, n. 14800, cit. (in seguito, nello stesso senso, Cass., sez. IV, 28 maggio 2019, n. 29538, Calcinoni e altri, in *C.E.D. Cass.* n. 276596; Cass., sez. I, 27 marzo 2019, n. 35696, Selvaggio, in *C.E.D. Cass.* n. 276825; Cass., sez. II, 13 dicembre 2018, n. 5231, Prundaru, in *C.E.D. Cass.* n. 276050); quanto al giudizio abbreviato, v. Cass., Sez. un., 21 dicembre 2017, n. 14800, cit.; Corte cost., 23 maggio 2019, n. 124. In senso critico rispetto all’operatività degli obblighi di rinnovazione nei procedimenti svoltisi in primo grado nelle forme del giudizio abbreviato, v. VIGONI, *L’appello contro la sentenza nel giudizio abbreviato fra lacune normative e regole giurisprudenziali*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, III, 419-420; CAPONE, *La riassunzione delle prove dichiarative e la riforma della decisione in appello*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 9 ottobre 2018, 13-14. Peraltro, in materia è intervenuta la legge 27 settembre 2021, n. 134, il cui art. 1, comma 11, lett. l) delega il governo a modificare l’art. 603, comma 3-bis, c.p.p., prevedendo che la rinnovazione «sia limitata ai soli casi di prove dichiarative assunte in udienza nel corso del giudizio di primo grado», accogliendo gli indirizzi restrittivi fatti propri da Corte edu, sez. I, 25 marzo 2021, Di Martino e Molinari c. Italia e, secondo alcuni, da Cass., Sez. un., 28 gennaio 2019, n. 14426, Pavan, in *C.E.D. Cass.* n. 275112; sul punto v. VASTA, *Overtuning in appello dell’assoluzione abbreviata*, in *www.sistemapenale.it*, 18 maggio 2021.

⁵⁰ Corte edu, 8 luglio 2021, Maestri e altri c. Italia, secondo cui, quando il giudice d’appello si pronuncia per la prima volta sull’elemento soggettivo, deve disporre l’esame dell’imputato, per consentirgli di prendere posizione su fatti decisivi per la determinazione di colpevolezza.

⁵¹ Cass., Sez. un., 30 settembre 2021, n. 11586, Dine, in *www.sistemapenale.it*. Chiamate a rispondere al quesito se l’impossibilità di rinnovare la prova decisiva precluda, di per sé, la riforma dell’esito assolutorio, le Sezioni Unite hanno risposto in senso negativo, statuendo che «la riforma, in appello, della sentenza di assoluzione non è preclusa nel caso in cui la rinnovazione della prova dichiarativa decisiva, oggetto di discordante valutazione, sia divenuta impossibile per decesso del dichiarante; tuttavia, la motivazione della sentenza che si fondi sulla prova non rinnovata deve essere rafforzata sulla base di elementi ulteriori, idonei a compensare il sacrificio del contraddittorio, che il giudice ha l’onere di ricercare ed eventualmente acquisire anche avvalendosi dei poteri officiosi di cui all’art. 603, comma 3, cod. proc. pen».

⁵² In verità, va precisato che, nel 2011, il governo Berlusconi IV presentò alla Camera una proposta che, tra le altre cose, prevedeva l’aggiunta di un nuovo comma all’art. 111 Cost., a norma del quale «le sentenze di proscioglimento sono appellabili solo nei casi previsti dalla legge» (art. 12 d.d.l. cost. 4275 del 2011, in *Atti parl. Cam., XVI leg., Disegni di legge e relazioni, stampato n. 4275*). Peraltro, dopo alcune audizioni in

Peraltro, gli esiti dell'adeguamento dell'appello ai principi del giusto processo non sempre si sono rivelati soddisfacenti e coerenti.

Innanzitutto, la normativa sull'obbligo di rinnovazione finisce per imprimere una netta divaricazione tra i poteri delle parti, conferendo al pubblico ministero il "diritto potestativo" di provocare la riassunzione delle prove la cui valutazione sia oggetto di una sua specifica censura. Tale facoltà non è attribuita all'imputato, che soggiace ai limiti dell'art. 603, comma 1, c.p.p.⁵³.

In secondo luogo, non è sfuggito che il giudice chiamato a ricostruire il fatto "da zero" ha probabilità di errore analoghe, se non superiori, a quelle del suo predecessore⁵⁴. I testimoni sono infatti chiamati a riferire di fatti ancora più lontani, quando il tempo rischia di avere scolorito il ricordo e quando vi è il pericolo di confondere la memoria degli eventi con quella delle dichiarazioni già rese in primo grado. Inoltre, il testimone, tra le due deposizioni, può essere sottoposto a pressioni e suggestioni extraprocessuali. Infine, manca l'effetto sorpresa dell'originaria escussione e quindi si riduce la possibilità di saggiare la spontaneità e la credibilità del dichiarante⁵⁵.

Tali criticità hanno restituito vigore alle obiezioni mosse ai poteri di impugnazione della parte pubblica. Non è un caso che la Commissione Lattanzi, nella sua Relazione finale, abbia definito il sistema degli obblighi di rinnovazione come «un meccanismo assai dispendioso e problematico»⁵⁶ e abbia prospettato un drastico intervento abolitivo, volto a privare il pubblico ministero della facoltà di appellare tanto le sentenze di proscioglimento quanto le sentenze di condanna⁵⁷.

Peraltro, sulla questione non è stato raggiunto il consenso politico⁵⁸ e la modifica è stata espunta dal "testo Cartabia", così che la riforma del processo penale (l. 27 settembre 2021, n. 134) non reca traccia di una trasformazione dell'appello in senso asimmetrico⁵⁹, dimostrando, ancora una volta, la resistenza del nostro ordinamento ad

commissione, è caduto il governo, è cambiata la maggioranza e il progetto di riforma si è arenato.

⁵³ CERESA-GASTALDO, *La riforma dell'appello, tra malinteso garantismo e spinte deflattive*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, III, 168; GALLUCCIO MEZIO, *La rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale in appello alla luce delle più recenti evoluzioni: un rimedio peggiore del male?*, in *Cass. pen.*, 2019, 1429-1431.

⁵⁴ CERESA-GASTALDO, *Non separate sull'appello*, in *www.dirittodidifesa.eu*, 21 dicembre 2020, 6.

⁵⁵ DANIELE, *L'immediatezza in crisi. Mutazioni pericolose ed anticorpi accusatori*, in *www.sistemapenale.it*, 15 febbraio 2021, 16; GALLUCCIO MEZIO, *op. cit.*, 1431-1433; FERRUA, *Sopprimere l'appello del pm può aiutare a salvare la giustizia*, in *www.ildubbio.news*, 29 dicembre 2021; CERESA-GASTALDO, *La riforma dell'appello tra malinteso garantismo e spinte deflattive*, cit., 164; CAPONE, *L'appello e la logica del controllo. Dalla (mancata) riforma al sistema vigente*, in *Cass. pen.*, 2021, 3409; Id., *La riassunzione delle prove dichiarative e la riforma della decisione in appello*, cit., 3.

⁵⁶ Commissione Lattanzi, *Relazione finale e proposte di emendamenti al d.d.l. A.C. 2435*, in *www.sistemapenale.it*, 25 maggio 2021, 36.

⁵⁷ Commissione Lattanzi, cit., 33.

⁵⁸ Sulle motivazioni dell'espunzione della proposta dal "testo Cartabia", v. SPANGHER, *La Riforma Cartabia nel labirinto della politica*, in *Dir. pen. proc.*, 2021, IX, 1155; Id., *Tra politica e giustizia: la riforma Cartabia*, in *www.penedp.it*, 5 ottobre 2021; FERRUA, *La riforma dell'appello*, in *Dir. pen. proc.*, 2021, IX, 1161; BARGIS, *Non c'è pace per le impugnazioni. I ripensamenti del governo azzerano le proposte innovative della Commissione Lattanzi*, in *www.studiosiprocessopenale.it*, 15 luglio 2021, 2-3; CAPONE, *L'appello e la logica del controllo*, cit., 3406.

⁵⁹ La riforma interviene soltanto marginalmente sulla legittimazione ad appellare, di cui prevede una limitazione, in via generale, per le sentenze di proscioglimento relative a reati puniti con la sola pena

una simile svolta culturale. Ciò ha fatto sì che siano rimaste irrisolte molte delle criticità che, secondo alcuni, attanagliano il nostro sistema delle impugnazioni. Non stupisce dunque che, pur tramontata questa proposta di riforma, non si sia sopita la discussione in materia⁶⁰, su cui si è mantenuta alta l'attenzione anche a livello mediatico⁶¹.

2. I richiami all'ordinamento statunitense.

Il dibattito in materia si nutre di frequenti riferimenti comparatistici agli ordinamenti di tradizione accusatoria e, in particolare, al sistema statunitense, che vede uno dei suoi tratti caratterizzanti proprio nell'inappellabilità delle sentenze di proscioglimento, ancorata alla garanzia contro il *double jeopardy* di cui al V emendamento alla Costituzione federale⁶².

A sostegno della tesi "abolizionistica", autorevole dottrina ha ripetutamente richiamato gli orientamenti della giurisprudenza americana, sottolineando come il problema dei poteri di impugnazione dell'accusa sia stato «risolto con il divieto [...] dai Paesi a democrazia più avanzata come gli Stati Uniti»⁶³. Si è anche invocata una prospettiva ispirata ad «un *ne bis in idem* inteso non formalisticamente, ma sostanzialmente, come garanzia della persona contro il *double jeopardy*»⁶⁴. È stato da più voci sottolineato che la soppressione della legittimazione ad appellare del pubblico

pecuniaria o con pena alternativa e per le sentenze di condanna a pena sostituita dal lavoro di pubblica utilità (art. 1, comma 13, lett. c) ed e)).

⁶⁰ Tra gli ultimi interventi, si segnalano FIANDACA, *Più efficienza, più garanzie. La riforma della giustizia penale secondo la Commissione Lattanzi*, in www.sistemapenale.it, 21 giugno 2021; FERRUA, *La riforma dell'appello*, cit., 1158; Id., *Appunti critici sulla riforma del processo penale secondo la Commissione Lattanzi*, in www.discrimen.it, 12 luglio 2021; Id., *Sopprimere l'appello dei pm può aiutare a salvare la giustizia*, cit.; Id., *Caro Pignatone, per salvare la giustizia aboliamo l'appello dei pm*, in www.ildubbio.news, 13 gennaio 2022; DE CARO, *Riflessioni sulla legittimità costituzionale dell'appello alla vigilia del dibattito parlamentare sulla riforma di parte del processo penale*, in *Arch. pen.*, 2020, II, 2 ss.; TAVASSI, *Appello del pubblico ministero contro le sentenze di condanna*, in *Arch. pen.*, 2020, III, 23; ROSSI, *Quel bisturi sull'appello, è l'accusatorio, bellezza!*, in www.ildubbio.news, 30 maggio 2021; PISAPIA, *Caso Burzi, Pisapia: "Condanna inspiegabile dopo l'assoluzione"*, in www.ildubbio.news, 28 dicembre 2021; ZAGREBELSKY, *La giustizia e la vita*, in *Repubblica*, 13 maggio 2021; SPATARO, *Ma la giustizia non si cambia così*, in *La Stampa*, 14 maggio 2021; CERESA-GASTALDO, *Non sparate sull'appello*, cit.

⁶¹ A ciò ha contribuito anche una tragica e recente vicenda di forte risalto, riguardante il consigliere regionale piemontese Angelo Burzi, che si è tolto la vita dopo una condanna a tre anni di reclusione in uno dei c.d. processi "Rimborsopoli". Nella sua dura lettera di addio, Burzi ha annoverato tra i "responsabili" del suo gesto il procuratore della Repubblica, non "arresosi" di fronte all'assoluzione di primo grado pronunciata con la formula "il fatto non sussiste", e i giudici d'appello, "rei" di avere ribaltato la sentenza di primo grado, v. *La lettera di Angelo Burzi prima del suicidio: "Io innocente, questa la mia protesta più forte"*, in www.huffingtonpost.it, 30 dicembre 2021.

⁶² «Nor shall any person be subject for the same offense to be twice put in jeopardy of life or limb».

⁶³ STELLA, *op. cit.*, 756.

⁶⁴ CHIAVARIO, in AA.VV., *Presunzione di non colpevolezza e disciplina delle impugnazioni*, cit., 278; un richiamo al *double jeopardy* è presente anche in BETZU, *Pubblico ministero e imputato nella sentenza n. 26 del 2007: la parità e il suo mito*, in www.forumcostituzionale.it, 9 febbraio 2007, 4.

ministero consentirebbe di completare l'adeguamento del nostro ordinamento al paradigma accusatorio⁶⁵.

Anche lo sguardo del legislatore si è rivolto all'esperienza americana, come dimostra il dibattito parlamentare sulla "Legge Pecorella", durante il quale il relatore della riforma riportò per intero una storica massima della Corte Suprema⁶⁶.

Si tratta tuttavia di capire se, e fino a che punto, sul tema, vi sia spazio per un discorso comune agli ordinamenti italiano e statunitense. In particolare, sembra opportuno verificare se le ragioni addotte, nell'uno e nell'altro sistema processuale, a fondamento del divieto di appello, siano condivise o se piuttosto rappresentino sviluppi autonomi di presupposti differenti. In altri termini, va compreso se i riferimenti comparatistici sopra richiamati possano effettivamente sostenere l'opinione di chi auspica una svolta in senso asimmetrico nel sistema italiano delle impugnazioni.

3. Il principio dell'inappellabilità negli Stati Uniti.

La risposta al quesito sopra formulato presuppone una sintetica disamina dell'affermazione e dell'evoluzione del divieto di appello nell'ordinamento americano. In particolare, è necessario dare conto della sua emersione giurisprudenziale e dei suoi sviluppi attraverso gli interventi del Congresso e delle Corti, nella consapevolezza che le dinamiche che hanno interessato il principio hanno condizionato profondamente l'elaborazione teorica che lo sorregge. Inoltre, l'illustrazione delle coordinate fondamentali dell'istituto mette al riparo da facili semplificazioni e consente di verificare nelle premesse le conclusioni comparatistiche alle quali si perverrà.

3.1. L'affermazione giurisprudenziale del principio.

Nella giurisprudenza federale, le più rilevanti pronunce sui poteri di impugnazione delle parti risalgono alla fine dell'Ottocento, quando, con alcuni interventi normativi, fu riconosciuto all'imputato il diritto di appellare un numero crescente di sentenze di condanna (v., *infra*, §4.1).

Il progressivo strutturarsi di un sistema di *judicial review* delle decisioni penali di primo grado ad iniziativa della difesa pose inevitabilmente il problema dell'esperibilità

⁶⁵ FROSINI, *L'inappellabilità del pubblico ministero come principio di civiltà giuridica*, in *Guida dir.*, 2006, IV, 9; BETZU, *op. cit.*, 4; FIORIO, *Profili sovranazionali e costituzionali della facoltà di impugnare*, cit., 116; FRIGO, *Una parità che consolida disuguaglianze*, in *Guida dir.*, 2006, VIII, 87; ROSSI, *Quel bisturi sull'appello*, cit.; MUSCO, *Inappellabilità, parla Pecorella: "Se un giudice assolve e l'altro condanna c'è già il ragionevole dubbio"*, in *www.ildubbio.news*, 9 dicembre 2021; nel senso che gli obblighi di rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale non avvicinano il processo italiano al modello accusatorio v. CAPONE, *La riassunzione delle prove dichiarative e la riforma della decisione in appello*, cit., 3; nel senso che la soppressione della legittimazione ad appellare del pubblico ministero costituisce un importante adeguamento al sistema accusatorio v. anche Commissione Lattanzi, cit., 36.

⁶⁶ On. Vitali, cit., 55 ss.

dei mezzi di impugnazione anche da parte del *prosecutor* e sollevò nuovi interrogativi sul perimetro della garanzia contro il *double jeopardy*⁶⁷.

La Corte Suprema intervenne per la prima volta nel 1892, con la decisione nel caso *United States v. Sanges*⁶⁸. Secondo i giudici, dalla tradizione di *common law* emergeva che la sentenza di proscioglimento dovesse ritenersi «*final and conclusive*» e che, in assenza di un'espressa disposizione legislativa, non si potesse configurare in capo all'accusa la facoltà di appellare una pronuncia sfavorevole. Peraltro, come rilevato in dottrina, la sentenza non affrontava la questione dell'ammissibilità, sul piano costituzionale, di un intervento legislativo volto ad attribuire al governo, titolare dell'azione penale, la facoltà di impugnare gli esiti liberatori e pareva sottendere che il Congresso potesse discrezionalmente determinarsi in questo senso⁶⁹.

A porre le basi per la costituzionalizzazione dell'appello asimmetrico fu una sentenza pronunciata dalla Corte Suprema quattro anni più tardi nel caso *United States v. Ball*⁷⁰. Tre uomini furono imputati di omicidio e, all'esito del processo, la giuria emise un verdetto di colpevolezza per due di loro e dichiarò non colpevole il terzo. I primi due, condannati a morte, impugnarono la sentenza per un vizio nell'imputazione, sostenendo che questa non fosse sufficientemente circostanziata. La Corte d'appello accolse la doglianza delle difese e il *grand jury* formulò una nuova *indictment* a carico di tutti e tre gli originari imputati. Si celebrò così un nuovo processo, al termine del quale la giuria emise un verdetto di colpevolezza anche nei confronti di Ball. Contro la condanna a morte, quest'ultimo si rivolse alla Corte Suprema.

Il giudici, richiamata la garanzia del V emendamento, affermarono perentoriamente che «*the verdict of acquittal was final, and could not be reviewed, on error or otherwise, without putting him twice in jeopardy, and thereby violating the Constitution*». Il caso rivestì un ruolo fondamentale nello sviluppo del *case law* sull'inappellabilità delle sentenze di proscioglimento, anche se non riguardava direttamente l'ammissibilità dell'impugnazione del governo. A detta di alcuni, addirittura, è in questa pronuncia che si rinviene la regola generale contro la *reprosecution*⁷¹, di cui il principio dell'appello asimmetrico rappresenta un corollario.

Peraltro, secondo l'opinione maggioritaria⁷², il *leading case* in materia di inappellabilità è costituito dalla decisione pronunciata nel caso *Kepner v. United States* nel 1904⁷³. Kepner, un praticante avvocato filippino, fu accusato di appropriazione indebita e fu assolto dal giudice di primo grado. Su appello dell'accusa, la Corte

⁶⁷ MILLER, *Appeals by the State in Criminal Cases*, in *Yale L. J.*, 1927, XXXVI, 493, v. anche *United States v. Scott*, 437 U.S. 82 (1978).

⁶⁸ *United States v. Sanges*, 144 U.S. 310 (1892).

⁶⁹ *Office of Legal Policy, U.S. Dept. of Justice, Report to the Attorney General on the Double Jeopardy and Government Appeals of Acquittals*, in *Truth in Criminal Justice Series, Report no. 6*, 1987, 29.

⁷⁰ *United States v. Ball*, 163 U.S. 662 (1896).

⁷¹ KHANNA, *Double Jeopardy's Asymmetric Appeal Rights: What Purpose Do They Serve?*, in *B. U. L. Rev.*, 2002, LXXXII, n. 2, 347, nota 17.

⁷² *United States v. Wilson*, 420 U.S. 332 (1975), nota 15; *Reprosecution After Acquittal*, *U.S. Constitution Annotated*, in www.law.cornell.edu.

⁷³ *Kepner v. United States*, 195 U.S. 100 (1904).

Suprema delle Isole Filippine ribaltò la decisione di prima istanza e condannò l'imputato a pene detentive e interdittive. Kepner si rivolse dunque alla Corte Suprema americana, deducendo la violazione della garanzia contro il *double jeopardy*. Ciò fu possibile in quanto le Filippine erano da poco passate sotto il controllo statunitense e una legge del 1902 aveva riprodotto, rendendoli applicabili ai cittadini filippini, gli emendamenti alla Costituzione, tra cui la *double jeopardy clause*, stabilendo la giurisdizione della Corte Suprema degli Stati Uniti per le impugnazioni contro le decisioni della Corte Suprema delle Isole Filippine⁷⁴.

I giudici, ritenuto che la disposizione legislativa andasse interpretata in conformità alla *common law*, rilevarono che, secondo questa tradizione giuridica, la protezione da un «*second jeopardy*» includeva l'immunità da una «*second prosecution*». Furono richiamate poi alcune decisioni delle Corti statali, risalenti al secolo precedente, che avevano dichiarato inammissibili gli appelli del governo per violazione di disposizioni che ricalcavano la formulazione del V emendamento⁷⁵.

Ma il vero snodo argomentativo della decisione risiede nel richiamo alla sopra illustrata sentenza *Ball*⁷⁶, risalente a otto anni prima. È proprio il rinvio a questa decisione che segna una divaricazione incolmabile tra il percorso del sistema statunitense e quello degli ordinamenti continentali. La Corte Suprema parve non cogliere la differenza tra il nuovo esercizio dell'azione penale, dopo che la sentenza di proscioglimento è divenuta definitiva, e la prosecuzione dell'azione in un successivo grado di giudizio per effetto dell'impugnazione. Al punto che, nella sentenza *Kepner*, si legge come il caso *Ball* «*is practically the case under consideration [...] The court of first instance [...] found Kepner not guilty; to try him again upon the merits, even in an appellate court, is to put him a second time in jeopardy for the same offence*»⁷⁷.

Peraltro, la differenza tra le due fattispecie fu colta dal giudice Holmes in un'articolata *dissenting opinion*, secondo cui il *double jeopardy* vieta il *retrial* «*in a new and independent case*», ma non la *reprosecution* «*in the same case*». Secondo Holmes, il «*jeopardy*» a cui viene sottoposto l'imputato è uno e continuo, dall'atto di esercizio dell'azione al passaggio in giudicato della sentenza, anche per effetto dell'esaurimento dei mezzi di impugnazione. Di fatto, la *dissenting opinion* sistematizzò la dottrina del «*continuing jeopardy*», di cui si rinvengono alcuni accenni in un precedente di una Corte del Connecticut, risalente al 1894. In quella occasione i giudici dichiararono ammissibile l'appello del *prosecutor* statale e rigettarono le eccezioni della difesa fondate sul *double*

⁷⁴ Act of July 1, 1902, 32 Stat. 691.

⁷⁵ *People v. Miner*, 144 Ill. 308; *People v. Webb*, 38 Cal. 467.

⁷⁶ *United States v. Ball*, cit.

⁷⁷ Queste affermazioni hanno indotto a ritenere che la sentenza *Kepner* abbia rappresentato la costituzionalizzazione dell'appello asimmetrico, visto che la formulazione della legge del 1902 era sovrapponibile a quella del V emendamento. Ciò è stato confermato, a distanza di tempo, dalla stessa Corte Suprema in *United States v. Wilson*, cit., nota 15, secondo cui la sentenza *Kepner* va identificata come la decisione «*having correctly stated the relevant double jeopardy principles*». Si sono così superate le opinioni, nettamente minoritarie, di chi aveva ristretto la portata della pronuncia, affermando che la stessa non aveva implicazioni costituzionali, v. Note, *Statutory Implementation of Double Jeopardy Clauses: New Life for a Moribund Constitutional Guarantee*, in *Yale L. J.*, 1956, LXV, 362.

jeopardy, affermando che «*the end is not reached, the cause is not finished, until both the facts and the law applicable to the facts are finally determined*»⁷⁸. La tesi di Holmes continua ad essere un riferimento imprescindibile per coloro che criticano la “*Kepner rule*”⁷⁹, ma non ha mai fatto breccia nella giurisprudenza, che ha reiteratamente confermato la sua fedeltà al precedente del 1904⁸⁰.

3.2. Gli interventi legislativi.

Nel 1907, a soli tre anni dalla sentenza *Kepner*, il Congresso intervenne in materia approvando il *Criminal Appeals Act*, con l’intento di attribuire al governo il potere di impugnare alcune tipologie di *dismissals*, provvedimenti favorevoli alla difesa non qualificabili come *acquittals* (v., *infra*, §3.3)⁸¹, fermo restando il principio dell’inappellabilità di queste ultime secondo l’insegnamento della Corte Suprema.

La legge rivelò ben presto tutti i suoi limiti, tra cui l’oscurità della sua formulazione⁸², che indusse il governo ad esercitare soltanto di rado questa facoltà processuale⁸³. Peraltro, le ragioni di questo “fallimento”⁸⁴ vanno individuate anche nel perpetuarsi, in giurisprudenza, di interpretazioni fortemente restrittive del potere di impugnazione del *prosecutor*, secondo cui «*appeals by the government in criminal cases are something unusual, exceptional, not favored*»⁸⁵. In effetti, la “*Kepner rule*” venne periodicamente ribadita e si consolidò il principio secondo cui la sentenza di

⁷⁸ *State v. Lee*, 65 Conn. 265 (1894).

⁷⁹ CREEKPAUM, *What’s Wrong with a Little More Double Jeopardy – A 21st Century Recalibration of an Ancient Individual Right*, in *Am. L. Rev.*, 2007, XLIV, n. 3, 1203; STEINGLASS, *The Justice System in Jeopardy: The Prohibition on Government Appeals of Acquittals*, *Ind. L. Rev.*, 1998, XXXI, 379-381.

⁸⁰ *Green v. United States*, 355 U.S. 184 (1957); *United States v. Jenkins*, 420 U.S. 358 (1975), che ricorda come il principio del *continuing jeopardy* «*has never been adopted by a majority of this Court*»; *Smalis v. Pennsylvania*, 476 U.S. 140 (1986). Peraltro, va segnalato che un non troppo velato apprezzamento per la *dissenting opinion* di Holmes si rinviene in *Palko v. Connecticut*, 302 U.S. 319 (1937). In questa pronuncia, che decise la diversa questione dell’applicabilità agli Stati del V emendamento a mezzo della *due process clause* del XIV emendamento, la Corte Suprema, premesso che il caso non concerneva la corretta interpretazione della *double jeopardy clause* federale, ma piuttosto la sua estensione alle giurisdizioni statali, in un *obiter dictum*, rilevò che la *dissenting opinion* resa nel caso *Kepner* mostrava quanto si sarebbe potuto sostenere in favore di una decisione diversa, sottolineando che uomini di buon senso avrebbero potuto ritenere legittimo un secondo processo nell’ambito della stessa causa, senza con ciò avallare una pratica che ripugnasse la coscienza umana. La maggioranza arrivò persino a chiedersi se potesse effettivamente parlarsi di *double jeopardy* con riferimento alla fattispecie dell’appello delle assoluzioni. Tuttavia, le affermazioni che compaiono in *Palko* si spiegano con una lettura marcatamente restrittiva della garanzia costituzionale del V emendamento, condivisa dalla Corte Suprema in quella composizione, ma poi ampiamente superata.

⁸¹ *Criminal Appeals Act of 1907*, ch. 2564, 34 Stat. 1246.

⁸² RUDSTEIN, *Double Jeopardy: A Reference Guide to the United States Constitution*, 2004, 233.

⁸³ RUDSTEIN, *Double Jeopardy*, cit., 233; MUNCY, *The Government’s Right to Appeal in Criminal Cases – A Procedural Question*, in *Pepp. L. Rev.*, 1979, 388.

⁸⁴ *United States v. Sisson*, 399 U.S. 267 (1970), che paragona il *Criminal Appeals Act* del 1907 ad un «*unruly child that has not improved with age*».

⁸⁵ *Carroll v. United States*, 354 U.S. 394 (1957).

proscioglimento deve considerarsi sempre definitiva, per quanto il suo fondamento sia «*egregiously erroneous*»⁸⁶.

Nel frattempo, le difficoltà ermeneutiche generate dalla legge del 1907 indussero il Congresso a intervenire ancora sulla legittimazione ad appellare della parte pubblica. Nel 1970 fu approvato il “nuovo” 18 U.S.C. §3731, che ancora oggi consente l’appello dell’accusa avverso tutti i provvedimenti di *dismissal*, con l’espressa eccezione dei casi in cui «*the double jeopardy clause of the United States Constitution prohibits further prosecution*»⁸⁷.

L’intenzione del legislatore, come più volte affermato anche dalla Corte Suprema, era chiaramente quella di rimuovere tutte le barriere legislative agli appelli del governo⁸⁸, al punto che la dottrina l’ha intesa nei termini di una “autorizzazione in bianco” all’impugnazione nei procedimenti penali⁸⁹. L’unico limite fu individuato nella conformità alla *double jeopardy clause*, con l’effetto che la questione degli appelli contro le assoluzioni fu “costituzionalizzata” in via legislativa, dopo che, nel 1904, con la sentenza *Kepner*, lo era stata in via giurisprudenziale⁹⁰.

La legge ebbe il merito di superare le distinzioni tra i diversi tipi di *dismissals*, che avevano spesso reso difficile sussumere nelle categorie normative le varie tipologie di decisioni assunte di volta in volta dai giudici inferiori⁹¹. Peraltro, il rinvio al V emendamento ha comportato che ai problemi di interpretazione della legge si siano sostituite nuove e diverse questioni di interpretazione della Costituzione⁹², su cui ancora oggi mancano orientamenti giurisprudenziali consolidati⁹³.

⁸⁶ *Fong Foo v. United States*, 369 U.S. 141 (1962).

⁸⁷ 18 U.S.C. §3731.

⁸⁸ *United States v. Wilson*, cit.; *Serfass v. United States*, 420 U.S. 377 (1975).

⁸⁹ STEINGLASS, *op. cit.*, 356.

⁹⁰ KURLAND, *I Would Not Be Convicted by a Jury of My Peers (Because the Judge Erroneously Granted my Motion for Judgment of Acquittal): Evans v. Michigan and the Future of the Pre-Verdict Judgment of Acquittal*, in *Tol. L. Rev.*, 2016, XLVII, 291; STEINGLASS, *op. cit.*, 356.

⁹¹ CARUSO, *Double Jeopardy and Government Appeals in Criminal Cases*, in *Colum. J. L. & Soc. Probs.*, 1976, XXII, n. 3, 297-298; HALLIGAN, *Criminal Law: Speedy Trial and the Criminal Appeals Act*, in *Marq. L. Rev.*, 1972, LV, 460, secondo cui «*decisions on appealability became an attempt to fit cases into the niches of “quash”, “abatement”, “bar” and “demurrer”; and appeal was denied when none of these four could be made to apply*».

⁹² BARRY, *Prosecuting the Exonerated: Actual Innocence and the Double Jeopardy Clause*, in *Stan. L. Rev.*, 2012, LXIV, n. 3, 542; come sottolineato da CARUSO, *Double Jeopardy and Government Appeals in Criminal Cases*, in *Colum. J.L. & Soc. Probs.*, 1976, XII, n. 3, 302, anche la giurisprudenza, nei suoi primi interventi successivi alla riforma del 1970, «*was exploring relatively uncharted ground. Since the Government’s right to appeal had always been severely limited by statute, most cases involving questions of appealability had been decided on grounds of statutory construction, presenting few opportunities for the Court to address the underlying constitutional issues*».

⁹³ *Reprosecution After Acquittal*, U.S. Constitution Annotated, in www.law.cornell.edu; v., per es., *United States v. Wilson*, cit.; *United States v. Jenkins*, cit.; *Serfass v. United States*, cit.; *United States v. Scott*, cit.; *Sanabria v. United States*, 437 U.S. 54 (1978).

3.3. La successiva evoluzione della prassi.

Per effetto della riforma del 1970, è divenuto imprescindibile tracciare la linea di confine tra i provvedimenti di *dismissal*, appellabili, e quelli di *acquittal*, più propriamente qualificabili come assoluzioni e come tali non impugnabili. Innanzitutto, non sussistono dubbi circa la riconducibilità alla categoria dell'*acquittal* dei verdetti di non colpevolezza pronunciati dalla giuria o dal giudice professionale nel *bench trial*⁹⁴.

Anche la sorte dei provvedimenti pronunciati nella fase *pre-trial* pare sufficientemente definita. In questo caso si rivela infatti risolutivo il criterio temporale, legato al c.d. *attachment of jeopardy*, che segna il momento dal quale inizia ad operare la garanzia del V emendamento. Secondo la giurisprudenza consolidata, l'imputato non è posto in "*jeopardy*", nel *jury trial* finché la giuria non si costituisce e non presta giuramento⁹⁵, nel *bench trial* finché il giudice non comincia ad assumere le prove⁹⁶. Ne discende che i provvedimenti pronunciati prima di tale momento sono appellabili dall'accusa, in quanto resi in una fase non ancora presidiata dalla *double jeopardy clause*⁹⁷.

Più complessa è la valutazione da operare con riguardo ai *dismissals* resi in un momento successivo all'*attachment of jeopardy*, ma precedente al verdetto. Attualmente, la giurisprudenza della Corte Suprema prevede che si svolga un'indagine sulla natura intrinseca del provvedimento⁹⁸. Per decidere dell'ammissibilità dell'appello del governo contro tali decisioni, il giudice di secondo grado è dunque tenuto a stabilire se la pronuncia costituisca, dal punto di vista sostanziale, un *acquittal* o un *dismissal* e cioè se rappresenti o no «*a resolution, correct or not, of some or all of the factual elements of the offense*»⁹⁹. In caso affermativo, l'impugnazione è inammissibile, in quanto il 18 U.S.C. §3731 annovera i soli *dismissals* tra i provvedimenti appellabili e soprattutto in quanto la *double jeopardy clause* vieta l'impugnazione delle assoluzioni. In caso negativo, invece, l'appello del governo supera il vaglio di ammissibilità. Ai fini di questa valutazione, la giurisprudenza ha adottato sin da subito un approccio sostanzialistico, andando oltre la qualificazione formale della decisione attribuita dal giudice che l'ha pronunciata¹⁰⁰.

La distinzione, all'apparenza chiara, perde molta della sua capacità ordinativa una volta calata nella prassi, così che risulta ancora oggi difficile operare una tassonomia

⁹⁴ Il *bench trial* è un processo in cui spetta al *trial judge* la definizione tanto delle questioni di fatto, quanto delle questioni di diritto. Di regola, il *bench trial* è possibile solo qualora l'imputato rinunci al suo diritto al *jury trial* garantito dal VI emendamento.

⁹⁵ MCGAUGEY, *When the United States Loses in a Criminal Case: the Government Appeal Process*, in *J. App. Prac. & Process*, 2017, XVIII, 300; *United States v. Martin Linen Supply Co.*, 430 U.S. 564 (1977).

⁹⁶ Peraltro, non è univocamente stabilito il momento esatto nel quale «*the judge begins to receive evidence*»; normalmente viene fatto coincidere con il giuramento del primo testimone, ma anche su questo l'applicazione giurisprudenziale pare flessibile, v. POULIN, *Double Jeopardy and Judicial Accountability: When is an Acquittal not an Acquittal*, in *Ariz. St. L. J.*, 1995, XXVII n. 3, 967-968.

⁹⁷ *Serfass v. United States*, cit.

⁹⁸ KENT, *Double Jeopardy: When is an Acquittal an Acquittal*, in *B.C. L. Rev.*, 1979, XX, 932.

⁹⁹ *United States v. Scott*, cit.

¹⁰⁰ POULIN, *Government Appeals in Criminal Cases: The Myth of Asymmetry*, in *U. Cin. L. Rev.*, 2008, LXXVII, 18.

nella «[Supreme] Court's continuing struggle to create order and understanding out of the confusion of the lengthening list of its decisions on the Double Jeopardy Clause»¹⁰¹. Un interessante tentativo di sistematizzazione si riscontra nella sentenza *Evans v. Michigan* del 2013¹⁰²: richiamando i propri precedenti, la Corte Suprema ha tracciato una netta distinzione tra i «*procedural rulings*» e i «*substantive rulings*». I primi, tra cui rientrano i *dismissals*, concernono questioni non legate alla colpevolezza o all'innocenza in fatto dell'imputato e non danno luogo a quelle aspettative di definitività riconosciute invece ai secondi, che rappresentano decisioni sul merito e vanno qualificati come assoluzioni¹⁰³.

Ne risulta, ad esempio, che sono appellabili le decisioni di *dismissal* con cui il giudice rileva la propria incompetenza¹⁰⁴, il ritardo ingiustificato nella formulazione dell'imputazione¹⁰⁵, la violazione del diritto ad un processo rapido¹⁰⁶, la selettività o l'intento persecutorio dell'accusa¹⁰⁷, la presenza di un vizio nell'imputazione¹⁰⁸, la violazione delle norme del procedimento davanti al *grand jury* o nella *preliminary*

¹⁰¹ *Sanabria v. United States*, cit., Blackmun dissenting.

¹⁰² *Evans v. Michigan*, 568 U.S. 313 (2013), le cui categorie sono richiamate anche da *United States v. Szpyt*, 753 F.3d 18 (1st Cir. 2015).

¹⁰³ *Evans v. Michigan*, cit., richiamata anche da *Martinez v. Illinois*, 572 U.S. 833 (2014).

¹⁰⁴ *United States v. Cabrales*, 109 F.3d 471 (8th Cir. 1997), rigetto dell'appello del governo avverso un *dismissal* basato sulla violazione delle regole sulla competenza.

¹⁰⁵ *United States v. Wilson*, cit.; *United States v. Scott*, cit.; il c.d. «*pre-indictment delay*» ricorre quando il ritardo nella formulazione dell'imputazione ha provocato un pregiudizio effettivo e sostanziale all'imputato quanto alla presentazione della sua difesa e il governo ha intenzionalmente ritardato la sua incriminazione o per ottenere un vantaggio tattico o per molestare l'imputato, *United States v. Sturdy*, 207 F.3d 448 (8th Cir. 2000); *United States of America v. Gerald Jackson*, 446 F.3d 847 (8th Cir. 2006), accoglimento dell'appello del governo avverso un *dismissal* basato sulla considerazione per cui il *pre-indictment delay* era ingiustificabile e pregiudicava la posizione dell'imputato.

¹⁰⁶ A tutela del diritto dell'imputato ad un processo rapido di cui al VI emendamento, il Congresso ha adottato una serie di disposizioni (le più rilevanti con lo *Speedy Trial Act* del 1974), tra cui rileva il 18 U.S.C. §3161, che impone un limite di settanta giorni tra la formulazione dell'imputazione e l'inizio del processo; v. *United States v. Hillegas*, 578 F.2d 453 (2d Cir. 1978), accoglimento dell'appello del governo avverso un *dismissal* basato sulla violazione del diritto ad un processo rapido.

¹⁰⁷ *United States v. Cammisano*, 546 F.2d 238 (8th Cir. 1976), accoglimento dell'appello del governo avverso un *dismissal* basato sulla selettività della *prosecution*, asseritamente motivata dalle origini italiane dell'imputato.

¹⁰⁸ *Federal Rule of Criminal Procedure* 7(c)(1), a norma della quale l'imputazione deve contenere «*a plain, concise, and definite written statement of the essential facts constituting the offense charged*»; per un articolato esame della specificità dell'imputazione v. *United States v. Ranieri*, 384 F. Supp. 3d 282 (E.D.N.Y. 2019).

hearing¹⁰⁹, la violazione della garanzia contro il *double jeopardy*¹¹⁰ o la *misconduct* del *prosecutor*¹¹¹.

D'altro canto, pare ormai pacifico che sono inappellabili le decisioni che accertano l'insufficienza delle prove a fondare una condanna¹¹², come quelle assunte ai sensi della *Federal Rule of Criminal Procedure 29(a)*, a norma della quale, alla chiusura del *case* del governo o alla chiusura dei *cases* di tutte le parti, l'imputato può fare istanza perché il giudice pronunci l'assoluzione, se ritiene le prove a carico insufficienti, senza rimettere la decisione alla giuria¹¹³. Ciò anche quando la pronuncia sia il prodotto di un «*antecedent legal error*»¹¹⁴, spesso rappresentato da un provvedimento erroneo in materia di prove, che abbia comportato l'illegittima esclusione dalla piattaforma probatoria di elementi a carico¹¹⁵.

3.4. La questione dell'appellabilità per "errors of law".

Ancora incerta è invece l'esperibilità dell'appello avverso le sentenze di assoluzione quando siano viziate da errore di puro diritto sostanziale.

Negli anni Settanta, una serie di pronunce della Corte Suprema sembrò aprire a questa possibilità. I giudici esclusero ad esempio che l'imputato abbia una pretesa legittima a beneficiare di un "*error of law*", quando quest'ultimo potrebbe essere corretto senza comportare la celebrazione di un secondo processo davanti ad un secondo giudice del fatto¹¹⁶. La Corte affermò anche che «*the primary purpose of the Double Jeopardy Clause was to prevent successive trials, and not Government appeals per se*»¹¹⁷.

Peraltro, queste, pur significative, petizioni di principio scontano il limite di essere enunciate in semplici *dicta*¹¹⁸, poiché i casi portati all'attenzione dei giudici non

¹⁰⁹ *United States v. Andrews*, 462 F.2d 914 (1st Cir. 1972), accoglimento dell'appello del governo avverso un *dismissal* basato sulla violazione delle norme sulla composizione del *grand jury*; v. anche *United States v. Cates*, 485 F.2d 26 (1st Cir. 1974).

¹¹⁰ *United States v. Castellanos*, 478 F.2d 749 (2d Cir.1973), accoglimento dell'appello del governo avverso un *dismissal* basato sulla violazione del *double jeopardy*, dopo che per due volte l'esito del procedimento era stato la *deadlock jury*.

¹¹¹ *Bank of Nova Scotia v. United States*, 487 U.S. 250 (1988), conferma della decisione del giudice di appello, che aveva accolto l'impugnazione del governo avverso un *dismissal* basato sulla presentazione consapevole di informazioni errate al *grand jury* e sul maltrattamento dei testimoni.

¹¹² *United States v. Scott*, cit.; *Smalis v. Pennsylvania*, cit.; *Evans v. Michigan*, cit.

¹¹³ *Federal Rule of Criminal Procedure 29(a)*, «*After the government closes its evidence or after the close of all the evidence, the court on the defendant's motion must enter a judgment of acquittal of any offense for which the evidence is insufficient to sustain a conviction [...]*».

¹¹⁴ *Evans v. Michigan*, cit.

¹¹⁵ *Sanabria v. United States*, cit.

¹¹⁶ *United States v. Wilson*, cit.

¹¹⁷ *Sanabria v. United States*, cit.

¹¹⁸ Il sistema dello *stare decisis* si fonda sul c.d. *holding*, che rappresenta quella parte della motivazione "necessaria al risultato" e vincolante per i giudici inferiori, sul punto v. DORE, *Dicta and Article III*, in *U. Penn. L. Rev.*, 1994, CXLII, 2003; GREENAWALT, *Reflections on Holding and Dictum*, in *J. Legal Educ.*, 1989, XXXIX, 435. Al contrario, il *dictum*, che, secondo l'opinione maggioritaria, è costituito, in via residuale, da

concernevano direttamente l'appellabilità delle sentenze di assoluzione per "errors of law"¹¹⁹, così che i principi sopra richiamati non rivestono efficacia vincolante sui giudici inferiori.

Ciononostante, le aperture giurisprudenziali vennero prontamente colte dal Dipartimento di Giustizia, che, in un *Report* pubblicato nel 1987, sostenne fosse giunto il momento per il governo di rivendicare il diritto di impugnare le assoluzioni viziate da errori di diritto, così che, fermo l'accertamento del fatto compiuto in primo grado, la correzione di tali errori potesse avvenire senza sottoporre l'imputato ad un nuovo processo e, quindi, senza incorrere in violazioni del V emendamento¹²⁰. Questa indicazione ha raccolto diverse adesioni in dottrina, in particolare tra chi ritiene che impedire la correzione degli errori di diritto costituisca un grave *vulnus* al principio gerarchico, in base al quale si struttura il sistema giudiziario americano¹²¹.

Va peraltro chiarito che, come riconosciuto dallo stesso Dipartimento di Giustizia, il diritto di appello del *prosecutor* potrebbe riguardare le sole pronunce rese all'esito dei *bench trials*. La ragione, illustrata anche dalla dottrina, è che "factual findings" espliciti sono indispensabili per stabilire se l'errore del giudice di primo grado investa il fatto o il diritto e, quindi, per vagliare l'ammissibilità dell'impugnazione¹²². Nel *bench trial* ciò è possibile, in quanto la *Federal Rule of Criminal Procedure* 23(c), stabilisce che «*in a case tried without a jury, the court must find the defendant guilty or not guilty. If a party requests before the finding of guilty or not guilty, the court must state its specific findings of fact in open court or in a written decision or opinion*»¹²³. Al contrario, il *prosecutor* non potrebbe

ciò che non è *holding*, si limita ad avere un valore persuasivo; sul punto v. LEVAL, *Judging Under the Constitution: Dicta About Dicta*, in *N.Y.U. L. Rev.*, 2006, LXXXI, 1263.; ALOGNA, *Double Jeopardy, Acquittal Appeals and the Law-Fact Distinction*, in *Corn. L. Rev.*, 2001, LXXXVI, 1143, 1139.

¹¹⁹ *Office of Legal Policy, U.S. Dept. of Justice*, cit., 58; nello stesso senso, successivamente, v. ALOGNA, *op. cit.*, 1149.

¹²⁰ *Office of Legal Policy, U.S. Dept. of Justice*, cit.; riconosce la rilevanza di questo *Report*, *ex multis*, RUDSTEIN, *Double Jeopardy*, cit., 233 ss.

¹²¹ ALOGNA, *op. cit.*, 1133.

¹²² ALOGNA, *op. cit.*, 1132-1133, nello stesso senso v., di recente, REID, *Prosecutor Appeals after Oscar Pistorius Case*, in *Tex. Tech. L. Rev.*, 2020, LIII, 31, secondo il quale le possibilità che una sentenza di assoluzione venga ribaltata in appello per errori di diritto sono limitate, dal momento che «*defendants generally choose jury trials over bench trials, and juries tend to issue general guilty/not guilty verdicts*».

¹²³ Peraltro, la giurisprudenza ha ammesso che il giudice possa far luogo ad una motivazione della decisione del fatto anche d'ufficio, senza una richiesta di parte in questo senso, v., per es., *United States v. Jenkins*, cit.; *Sullivan v. United States*, 348 U.S. 170 (1954); *United States v. Lynch*, 162 F.3d 732 (2d. Cir. 1998) (Feinberg, *dissenting*).

mai impugnare la decisione assunta in un *jury trial*, poiché la giuria normalmente emette “*general verdicts*”¹²⁴ e non si può individuare la tipologia di errore da censurare¹²⁵.

In ogni caso, al di là di queste aperture, va segnalato che la giurisprudenza finisce costantemente per adottare un atteggiamento di sostanziale chiusura verso gli appelli del governo. In dottrina si è rilevato che l’impugnazione delle sentenze di assoluzione costituisce «*more a potential rather than an actual pressure valve*», rimanendo, allo stato, una questione di interesse prettamente accademico¹²⁶.

Ne è esempio il noto caso *United States v. Lynch*¹²⁷, che ha per lungo tempo impegnato anche il dibattito politico americano¹²⁸. Agli imputati, religiosi antiabortisti, venne contestato il reato di *criminal contempt*, integrato dalla disobbedienza intenzionale ad un provvedimento giudiziale, in quanto avevano impedito l’accesso ad alcune strutture sanitarie dove si praticavano interruzioni di gravidanza, nonostante un’ingiunzione del giudice avesse inibito loro di commettere tali azioni dimostrative. Il giudice di primo grado assolse gli imputati, ritenendo che il loro comportamento fosse ispirato da genuine e profonde convinzioni religiose e che ciò ostasse ad un accertamento di intenzionalità della condotta¹²⁹. Questa definizione di “*willfulness*”, che non trovava corrispondenti nella giurisprudenza americana, indusse il governo ad appellare, con la convinzione che si trattasse di errore di puro diritto e che, essendo i fatti incontestati, una sentenza corretta si sarebbe potuta pronunciare senza sottoporre l’imputato ad un nuovo giudizio. Peraltro, la Corte d’appello dichiarò inammissibile l’impugnazione¹³⁰ e il caso divenne paradigmatico delle difficoltà che l’accusa incontra nel contestare le

¹²⁴ Le Corti penali federali impiegano tre tipologie di decisioni: 1) il “*general verdict*” (con cui la giuria si limita a dichiarare se l’imputato è “*guilty*” o “*not guilty*”); 2) lo “*special verdict*” (con cui la giuria si limita a decidere alcune questioni di fatto sottoposte al giudice); 3) il “*general verdict with special interrogatories*” (con cui la giuria accompagna la dichiarazione di colpevolezza o non colpevolezza con risposte a domande su questioni di fatto che riguardano il verdetto). Nelle *Federal Rules of Criminal Procedure* non è presente una norma che autorizzi decisioni diverse dai “*general verdict*” (presente invece nella normativa processualcivile). Peraltro, la Corte Suprema ha ritenuto che la mancata previsione non costituisca un divieto di utilizzare questa tipologia di pronunce, v. *Black v. United States*, 561 U.S. 465 (2010). La giurisprudenza mostra però un atteggiamento di chiusura, poiché ritiene che lo “*special verdict*” possa pregiudicare l’imputato, incrementando le probabilità di condanna, e la prerogativa della *jury nullification*, così che il “*general verdict*” rimane la forma di decisione assolutamente prevalente. Sul tema, v. HINTZ, *Fair Questions: A Call and Proposal for Using General Verdicts with Special Interrogatories to Prevent Biased and Unjust Convictions*, in *UC Davis L. Rev. Online*, 2021, 46-49.

¹²⁵ *Office of Legal Policy, U.S. Dept. of Justice*, cit., 62-63; in verità, gli autori del Report sollecitarono anche lo svolgimento di un ulteriore studio sulla possibilità di ammettere l’appello del *prosecutor* contro decisioni assunte in un *jury trial* sulla base di uno “*special verdict*” della giuria e sulla compatibilità di una tale impugnazione con il diritto sancito dal VI emendamento. Peraltro, è controversa, anche in giurisprudenza, la possibilità di impiegare gli “*special verdicts*” nei processi penali, sul punto, v., *infra*, nota 199.

¹²⁶ CREEKPAUM, *op. cit.*, 1196.

¹²⁷ *United States v. Lynch*, 162 F.3d 732 (2d. Cir. 1998); *United States v. Lynch*, 181 F.3d 330 (2d Cir. 1999).

¹²⁸ Oltre che per il suo rilievo giuridico, il caso rimase per molto tempo al centro della discussione politica, come dimostra il dibattito ospitato dalle colonne del New York Times: *Editorial, A Dangerous Abortion Protest Ruling*, in *N.Y. Times*, 22 gennaio 1997, §A, 20; KRALK, *Respect Integrity of Peaceful Abortion Protest*, in *N.Y. Times*, 22 gennaio 1997, §A 30.

¹²⁹ *United States v. Lynch*, 952 F. Supp. 167 (S.D.N.Y. 1997).

¹³⁰ *United States v. Lynch*, 162 F.3d 732 (2d. Cir. 1998); *United States v. Lynch*, 181 F.3d 330 (2d Cir. 1999).

pronunce sfavorevoli, nonostante le aperture giurisprudenziali di cui si è dato conto sopra¹³¹.

4. La comparazione.

La disamina del divieto di appello nell'ordinamento americano è condizione necessaria ma non sufficiente per operare un confronto tra le ragioni giustificative addotte a sostegno del principio nel sistema statunitense e in quello italiano. Non si può infatti prescindere da un primo vaglio di compatibilità e, cioè, da alcune notazioni preliminari di carattere storico e dogmatico, che rappresentano la cornice all'interno della quale si è sviluppato il dibattito scientifico sui poteri di impugnazione della parte pubblica.

4.1. Il diverso ruolo delle impugnazioni nei due sistemi.

Va innanzitutto richiamata la diversa concezione dell'appello sottesa ai due ordinamenti. Il sistema processuale statunitense nacque come giudizio in unico grado e soltanto nel XIX secolo iniziò ad ammettere una limitata facoltà di appellare le sentenze di condanna¹³². Quando, nel 1791, venne ratificato dagli Stati il V emendamento alla Costituzione americana, in linea di principio, nessuna delle parti era titolare del diritto di impugnare una decisione penale sfavorevole¹³³. Soltanto nel 1879, il Congresso permise all'imputato di chiedere la *review* delle sentenze di condanna ad opera della Corte d'appello, ferma restando la discrezionalità del giudice in ordine alla concessione del *writ of error*¹³⁴. Nel 1889, fu attribuito alla difesa il diritto di appello avverso le decisioni rese nei «*capital cases*»¹³⁵ e, due anni dopo, la previsione fu estesa a tutti gli «*infamous crimes*»¹³⁶. Come evidenziato in dottrina, «*the right to appeal is a comparatively recent addition to the common law criminal process*»¹³⁷.

I sistemi di tipo accusatorio sottendono infatti l'idea secondo cui il vero giudizio è quello che si svolge davanti al giudice di prime cure, la cui pronuncia è ritenuta

¹³¹ Particolarmente interessante (anche per la comprensione dei rapporti tra parti del procedimento e giudice e delle dinamiche interne all'ufficio di Procura) è la ricostruzione della vicenda processuale operata, vent'anni dopo, dal *prosecutor* assegnatario del caso, v. SIEGEL, *Faith v. Faith*, in *Litigation*, 2020, XLVI, 31.

¹³² MILLER, *op. cit.*, 493; ARKIN, *Rethinking the Constitutional Right to a Criminal Appeal*, in *Ucla L. Rev.*, 2012, XXXIX, 523 ss.

¹³³ *United States v. Scott*, cit.

¹³⁴ *Act of Mar. 3, 1879, ch. 176, §1, 20 Stat. 354*, che attribuì alle Corti d'appello la giurisdizione sulle impugnazioni contro le sentenze di condanna a pene detentive o pecuniarie, purché superiori ai \$300; MARSHALL, *A Comparative Analysis of the Right to Appeal*, in *Duke J. Comp. & Int. L.*, 2011, XXII, 9; ARKIN, *op. cit.*, 523.

¹³⁵ *Act of Feb. 6, 1889, ch. 113, §6, 25 Stat. 656*.

¹³⁶ *Act of Mar. 3, 1891, ch. 517, §5, 26 Stat. 827*.

¹³⁷ MARSHALL, *op. cit.*, 1.

altamente affidabile¹³⁸. Il fatto che il processo di primo grado sia sempre stato garantito dai principi del contraddittorio e della parità delle parti ha reso meno sentito il bisogno di strutturare un articolato sistema di controllo delle decisioni¹³⁹.

Neanche il progressivo consolidamento del diritto di appello in capo all'imputato ha portato al riconoscimento di una completa cognizione delle questioni di fatto da parte del giudice di seconda istanza. Ad esempio, nel giudizio di appello che segue il verdetto di colpevolezza emesso dalla giuria, il giudice di seconde cure si limita a vagliare «*whether, after viewing the evidence in the light most favorable to the prosecution, any rational trier of fact could have found the essential elements beyond a reasonable doubt*»¹⁴⁰. La deferenza del giudice di appello alla decisione di primo grado si giustifica in quanto il suo controllo si limita agli atti, mentre la Corte di prima istanza osserva i testimoni «*first-hand*», così da essere il giudice più idoneo a verificarne la credibilità¹⁴¹.

Per contro, i sistemi continentali, incluso quello italiano, hanno una tradizione secolare connotata dalla presenza di diversi mezzi di impugnazione. Come è stato sottolineato in dottrina, la predisposizione di una pluralità di gravami tradisce la “cattiva coscienza” del legislatore inquisitorio, che concede all'imputato di ottenere il riesame della condanna per supplire ai *deficit* di un processo di primo grado non sufficientemente garantito¹⁴². In altri termini, «attraverso la reiterazione dei controlli si rende sostanzialmente giusta una decisione anche se maturata in un contesto che non vede – nei gradi precedenti – la parità delle armi tra le parti»¹⁴³.

Per questo, è divenuta presto evidente la contraddizione nel sistema tra l'assoluta centralità attribuita al giudizio di primo grado e il mantenimento dell'appello quale rimedio generalizzato e sostanzialmente «*bon à tout faire*»¹⁴⁴. Tanto è vero che molti hanno ritenuto che «la questione nodale non [fosse] tanto quella di stabilire quale spazio riconoscere al contraddittorio nell'appello, bensì quale spazio attribuire all'appello nell'innovata architettura del contraddittorio»¹⁴⁵.

A marcare la differenza tra il modo in cui le impugnazioni sono concepite nei due ordinamenti concorre anche il diverso approccio dei cittadini al sistema della giustizia. Negli ordinamenti anglosassoni, è diffuso un atteggiamento di fiducia e di

¹³⁸ SPIEZIA, *Appello del pubblico ministero: non si può fare senza*, in *Dir. giust.*, 2004, XLVII, 11.

¹³⁹ AMODIO, in AA.VV., *Presunzione di non colpevolezza e disciplina delle impugnazioni*, cit., 270.

¹⁴⁰ LA FAVE-ISRAEL-KING-KERRY, *Criminal Procedure*, V ed., 2009, 1319; DJUKIC, *The Right to Appeal in Comparative Perspective*, in *J. Appell. Pract. Process*, 2018, XIX, 203; in giurisprudenza v. *Jackson v. Virginia*, 443 U.S. 307 (1979).

¹⁴¹ DJUKIC, *op. cit.*, 203.

¹⁴² AMODIO, in AA.VV., *Presunzione di non colpevolezza e disciplina delle impugnazioni*, cit., 270; CHIUSANO, *op. cit.*, 283; SPANGHER, *Il doppio grado di giurisdizione*, in AA.VV., *Presunzione di non colpevolezza e disciplina delle impugnazioni*, cit., 106; MARANDOLA, *Nuovo regime dei casi d'appello*, in AA.VV., *Novità su impugnazioni penali e regole di giudizio*, cit., 132; KOSTORIS, *Le modifiche al codice di procedura penale in tema di appello e di ricorso per cassazione introdotte dalla c.d. legge Pecorella*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, 633-634; Id., *Le impugnazioni penali*, cit., 916-918; NAPPI, *La riforma delle impugnazioni: habent sua sidera leges*, in *Cass. pen.*, 2004, 1905.

¹⁴³ SPANGHER, *Il doppio grado di giurisdizione*, cit., 110.

¹⁴⁴ CHIAVARIO, *Nel nuovo regime delle impugnazioni i limiti ed i mancati equilibri di una riforma*, in AA.VV., *Commentario al nuovo codice di procedura penale*, a cura di Chiavario, Torino, VI, 1991, 16.

¹⁴⁵ PERONI, *Giusto processo e doppio grado di giurisdizione nel merito*, cit., 722.

affidamento nei confronti dei giudici e del prodotto giudiziario, che già emerge dall'atmosfera quasi sacrale in cui vengono celebrate le udienze o dall'ampiezza di figure di reato come l'oltraggio alla Corte. Al contrario, in Italia, il "bisogno delle impugnazioni" pare potersi ricondurre anche alla «atavica sfiducia del cittadino verso l'autorità in generale e verso l'amministrazione della giustizia in particolare»¹⁴⁶.

4.2. La differente origine delle regole in materia di legittimazione ad appellare.

Un'altra notazione preliminare riguarda le differenze tra i due ordinamenti quanto all'origine della disciplina sui poteri di impugnazione, in particolare con riferimento al diverso connubio che si realizza tra il formante legislativo e quello giurisprudenziale.

Come si è visto, negli Stati Uniti, le regole in materia hanno un'origine strettamente pretoria. Il tenore letterale della *double jeopardy clause* autorizza infatti a ritenere inammissibile la sottoposizione ad un nuovo processo dopo il passaggio in giudicato della sentenza, ma certo non esplicita il principio di inappellabilità delle sentenze di proscioglimento¹⁴⁷. Fu la giurisprudenza ad affermare che la regola del V emendamento dovesse avere una piana trasposizione alla fattispecie dell'appello¹⁴⁸. Tra l'altro, come segnalato da una pluralità di autori, la Corte Suprema non ha mai approfonditamente spiegato le ragioni dell'equiparazione tra il nuovo esercizio dell'azione e la sua prosecuzione nelle fasi delle impugnazioni¹⁴⁹. Si tratta di una parificazione ancora oggi non condivisa da parte della dottrina¹⁵⁰, che è arrivata a definirla come "una presa di posizione molto audace"¹⁵¹ o, addirittura, come "un'assurdità"¹⁵².

Comunque, ciò che risulta evidente è che i limiti alla legittimazione ad appellare del *prosecutor* sono il risultato dell'opera della giurisprudenza e non di un'esplicita scelta costituzionale o legislativa¹⁵³. Del resto, la creatività della regola è dimostrata anche dalla circostanza che la sentenza *Ball*, concernente l'operatività della garanzia dopo l'irrevocabilità della sentenza, fu pronunciata dalla Corte Suprema all'unanimità,

¹⁴⁶ KOSTORIS, *Le impugnazioni penali*, cit., 917; ILLUMINATI, *Appello e processo accusatorio. Uno sguardo ai sistemi di common law*, in AA.VV., *Principio accusatorio, impugnazioni, ragionevole durata del processo*, cit., 114; ORLANDI, *op. cit.*, 131-135.

¹⁴⁷ RIZZOLLI, *Why Public Prosecutors Cannot Appeal Acquittals*, in *Studi e note di economia*, 2010, I, 87.

¹⁴⁸ *Kepner v. United States*, cit.

¹⁴⁹ ATLAS, *Double Jeopardy and Government Appeals of Criminal Dismissals*, in *Tex. L. Rev.*, 1974, LII, 314; *Office of Legal Policy*, U.S. Dept. of Justice, cit., 30; STEINGLASS, *op. cit.*, 380; *Note, Statutory Implementation of Double Jeopardy Clause*, cit., 358.

¹⁵⁰ STRAZZELLA, *Relationship of Double Jeopardy to Prosecution Appeals*, in *Notre Dame L. Rev.*, 1997, LXXIII, 3; RIZZOLLI, *op. cit.*, 88; MILLER, *op. cit.*, 496.

¹⁵¹ RIZZOLLI, *op. cit.*, 88.

¹⁵² MILLER, *op. cit.*, 496.

¹⁵³ DI BIAGIO, *Judicial Equity: An Argument for Post-Acquittal Retrial When the Judicial Process Is Fundamentally Defective*, in *Cath. U. L. Rev.*, 1996, XLVI, 82, secondo cui i principi che governano la legittimazione ad appellare sono «*more learned by the courts than innate*».

mentre la sentenza *Kepner*, relativa all'estensione del principio alle fasi delle impugnazioni, trovò d'accordo solo cinque dei nove giudici del collegio (v., *supra*, §3.1.).

Oltretutto, nella materia della legittimazione ad appellare, gli interventi del legislatore sono sempre stati connotati da una certa timidezza e dalla volontà di garantire alle Corti un ampio margine di manovra. Ciò emerge, ad esempio, dal 18 U.S.C. §3731, 5, tuttora vigente, a norma del quale le previsioni sui poteri di appello dell'accusa vanno liberamente interpretate per realizzarne gli obiettivi. Ma ancor più indicativo è il rinvio alla *double jeopardy clause* quale limite esterno alla facoltà di appello del *prosecutor*, con cui il Congresso rinunciò a fissare compiutamente, per legge, il perimetro dei poteri di impugnazione, deferendone la determinazione alla sola giurisprudenza¹⁵⁴. E così in effetti è stato, visto che la distinzione tra le pronunce di *acquittal*, non appellabili, e le pronunce di *dismissal*, appellabili, rimane il frutto dell'elaborazione della Corte Suprema, peraltro caratterizzata da un approccio sostanzialistico non sempre prevedibile¹⁵⁵.

Tuttavia, non pare mancare nella sensibilità giuridica statunitense il bisogno di regole certe in materia processuale. Come ebbe modo di evidenziare la Corte Suprema, «*clarity is to be desired in any statute, but, in matters of jurisdiction, it is especially important. Otherwise the courts and the parties must expend great energy not on the merits of dispute settlement, but on simply deciding whether a court has the power to hear a case*». Non si può peraltro fare a meno di sottolineare che è proprio alle Corti che si può addebitare molta dell'incertezza in una materia in cui si ricorre, con una frequenza del tutto inusuale, all'*overruling* e al *distinguishing*¹⁵⁶.

Al contrario, l'ordinamento italiano, almeno quanto alla legittimazione ad appellare, presenta un grado di certezza superiore. Certo non sarebbe concepibile una delega alla giurisprudenza perché delimiti la facoltà di appello della parte pubblica. Conformemente al principio di legalità processuale, reso esplicito nell'art. 111, comma 1, Cost., a norma del quale «la giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge»¹⁵⁷, è riservata al solo legislatore la disciplina del procedimento ed è escluso che tale funzione possa essere svolta da organi giurisdizionali¹⁵⁸. In attuazione del principio di tassatività che governa le impugnazioni *ex art.* 568, comma 3, c.p.p., l'art. 593 c.p.p. disciplina analiticamente i poteri di appello del pubblico ministero e

¹⁵⁴ JOHNSTON, *Double Jeopardy: A Systematic Method for Evaluating Evidentiary Sufficiency And Weight of The Evidence*, in *Wash. & Lee L. Rev.* 1983, XL, 1629-1630, nota 88.

¹⁵⁵ *United States v. Martin Linen Supply Co.*, cit.; *United States v. Scott*, cit.; *Martinez v. Illinois*, cit.; *Evans v. Michigan*, cit., secondo cui «*our decision turns not on the form of the trial court's action, but rather whether it serves substantive purposes or procedural ones*»; KENT, *op. cit.*, 933; POULIN, *Government Appeals in Criminal Cases*, cit., 18; Note, *Criminal Law – Double Jeopardy – First Circuit Upholds Reprosecution of Defendant Acquitted in Sham Trial – Gonzalez v. Justices of the Municipal Court of Boston*, in *Harv. L. Rev.*, 2005, CXVIII, n. 8, 2913.

¹⁵⁶ STEINGLASS, *op. cit.*, 353; v., per es., *United States v. Dixon*, 509 U.S. 688 (1993), *overruling* di *Grady v. Corbin*, 495 U.S. 508 (1990); *United States v. Scott*, cit., *overruling* di *United States v. Jenkins*, cit.; *Benton v. Maryland*, 395 U.S. 784 (1969), *overruling* di *Palko v. Connecticut*, cit.

¹⁵⁷ Il comma è stato premesso alla precedente formulazione dell'art. 111 Cost. dalla l. cost. 23 novembre 1999, n. 2.

¹⁵⁸ TONINI, *Manuale di procedura penale*, XXII ed., Milano, 2021, 39.

dell'imputato; l'osservanza di questa disposizione è presidiata dalla sanzione dell'inammissibilità *ex art. 591, comma 1, lett. a) c.p.p.*, che colpisce l'impugnazione esperita dalla parte non legittimata.

Peraltro, in questa materia, il rapporto tra il legislatore e la giurisdizione, in astratto definito, è divenuto meno nitido con la declaratoria di incostituzionalità della "Legge Pecorella"¹⁵⁹. Alcuni hanno fortemente censurato la scelta della Corte costituzionale di basare la propria decisione sul sindacato di ragionevolezza, ritenuto il pretesto per invadere arbitrariamente la sfera di discrezionalità riservata al legislatore¹⁶⁰.

Si è parlato anche di violazione dell'art. 111, comma 1, Cost., considerato il presidio contro l'attività creativa anche della Corte costituzionale, in quanto la sentenza avrebbe sotteso la mancata condivisione di un indirizzo di politica legislativa¹⁶¹. Non a caso, molti hanno denunciato lo scivolamento verso un assetto sovrapponibile a quello statunitense, richiamando espressamente il detto secondo cui «la Costituzione è ciò che la Corte Suprema vuole che sia»¹⁶².

Anche il percorso di adeguamento dell'appello disciplinato dal codice ai dettami della Corte edu ha dimostrato la crescente porosità della linea di confine tra le prerogative legislative e quelle giurisprudenziali. La prolungata inerzia del legislatore ha fatto sì che sia stata la Corte di cassazione a farsi carico, in prima battuta, del compito di recepire i principi convenzionali nell'ordinamento interno. Il Parlamento è intervenuto solo in seguito, riproducendo in gran parte quanto affermato dalla giurisprudenza. Tanto che, secondo alcuni, l'evoluzione dell'appello è la dimostrazione del fatto che ormai «il giudice crei la norma con la sentenza nell'attesa che il legislatore la "applichi" scrivendola nel codice»¹⁶³, esercitando valutazioni più vicine alla discrezionalità politica che al lavoro interpretativo¹⁶⁴.

La tesi pare avvalorata anche dalle pronunce che hanno riguardato la "nuova" formulazione dell'art. 603, comma 3-*bis* c.p.p. La disposizione era persa introdurre alcuni elementi di novità rispetto all'invalsa prassi giurisprudenziale: in particolare, non aveva riprodotto il requisito della decisività della prova da riassumere¹⁶⁵. Peraltro, le Sezioni

¹⁵⁹ Corte cost., 6 febbraio 2007, n. 26.

¹⁶⁰ BETZU, *op. cit.*, 2; CAPRIOLI, *Inappellabilità delle sentenze di proscioglimento e "parità delle armi" nel processo penale*, in *Giur. cost.*, 2007, I, 256; FRIGO, *Una parità che consolida disuguaglianze*, *cit.*, 90; MARZADURI, *Sistema da riscrivere dopo ampie riflessioni*, in *Guida dir.*, 2007, VII, 86; VICOLI, *op. cit.*, 258.

¹⁶¹ DE CARO, *L'illegittimità costituzionale del divieto di appello del pubblico ministero tra parità delle parti e diritto al controllo di merito della decisione*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, V, 623.

¹⁶² GAMBINI, *Ancora un abuso del parametro della ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, V, 632.

¹⁶³ CERESA-GASTALDO, *La riforma dell'appello tra malinteso garantismo e spinte deflattive*, *cit.*

¹⁶⁴ GALLUCCIO MEZIO, *op. cit.*, 1424.

¹⁶⁵ AIUTI, *Obbligo di rinnovazione e prova dichiarativa*, in AA.VV., *La riforma della giustizia penale*, a cura di Marandola-Bene, 2017, 254-256; BARGIS, *Riforma in due fasi per la disciplina dell'appello penale*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 13 giugno 2018, 13; CERESA-GASTALDO, *La riforma dell'appello tra malinteso garantismo e spinte deflattive*, *cit.*; BELLUTA-LUPARIA, *Ragionevole dubbio e prima condanna in appello: solo la rinnovazione ci salverà?*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 8 maggio 2017; BIONDI, *Tanto tuonò che piovve! La prima condanna dell'Italia da parte della Corte edu in tema di overturning sfavorevole in appello: una sentenza (quasi) annunciata*, in *Cass. pen.*, 2017, 4566.

Unite hanno presto appiattito il dettato legislativo sul diritto vivente consolidatosi in precedenza (v., *supra*, §1.4), così che l'intervento del Parlamento, sul punto, è risultato del tutto influente¹⁶⁶. Difficile non concordare con chi ritiene che ciò sia espressione di un sempre più percepibile «slittamento della funzione nomopoietica dalle aule parlamentari a quelle di piazza Cavour»¹⁶⁷.

4.3. La diversa latitudine del double jeopardy e del ne bis in idem.

Come si è detto sopra, secondo la giurisprudenza americana, perché operi la garanzia del V emendamento, rileva unicamente la presenza di un esito liberatorio¹⁶⁸, che «*terminates the jeopardy*»¹⁶⁹, alla sola condizione che abbia risolto in senso favorevole all'imputato le questioni di fatto relative al reato contestato¹⁷⁰.

Al contrario, nell'ordinamento italiano, l'operatività del *ne bis in idem* è tradizionalmente condizionata al passaggio in giudicato della sentenza, per effetto dell'esaurimento o del mancato esperimento dei mezzi di impugnazione.

L'art. 435 del codice di procedura penale del 1913 stabiliva che «l'imputato assolto, anche in contumacia, con sentenza divenuta irrevocabile, non può essere di nuovo sottoposto a procedimento per quel medesimo fatto [...]». L'art. 90 del codice del 1930 riproduceva in larga parte la disposizione, estendendo la garanzia anche all'imputato condannato¹⁷¹. Sulla stessa linea, anche l'art. 649 del vigente codice («divieto di un secondo giudizio»), al comma 1, dispone che «l'imputato prosciolto o condannato con sentenza o decreto penale divenuti irrevocabili non può essere di nuovo sottoposto a procedimento penale per il medesimo fatto [...]».

Neanche l'ampliamento, in via giurisprudenziale, della portata del *ne bis in idem* oltre il tenore letterale della norma codicistica, quale canone interpretativo, ha mai portato a ritenere che lo svolgimento delle fasi delle impugnazioni costituisca una violazione della garanzia. Ciò vale con riferimento alle «situazioni di litispendenza»¹⁷², che «devono essere risolte dichiarando nel secondo processo, pur in mancanza di una sentenza irrevocabile, l'impromovibilità dell'azione penale in applicazione della

¹⁶⁶ Cass., Sez. un., 21 dicembre 2017, n. 14800, cit.

¹⁶⁷ GALLUCCIO MEZIO, *op. cit.*, 1425.

¹⁶⁸ *Kepner v. United States*, cit., «The court of first instance [...] found Kepner not guilty; to try him again upon the merits, even in an appellate court, is to put him a second time in jeopardy for the same offence».

¹⁶⁹ *Justice of Boston Mun. Ct. v. Lydon*, 466 U.S. 294 (1984).

¹⁷⁰ Sul punto va precisato che il perimetro della garanzia contro il *double jeopardy* è stato parzialmente ridisegnato dalla Corte Suprema a partire dagli anni Settanta: il *dictum* della sentenza *Scott*, che definisce l'assoluzione come «*a resolution, correct or not, of some or all of the factual elements of the offense*» ha indotto ad affermare che oggi il V emendamento, nella materia delle impugnazioni, non protegge più contro un secondo processo, ma garantisce la preservazione delle sole determinazioni sulla colpevolezza in punto di fatto, v. MUNCY, *op. cit.*, 395.

¹⁷¹ «L'imputato condannato o prosciolto anche in contumacia con sentenza divenuta irrevocabile non può essere di nuovo sottoposto a procedimento penale per il medesimo fatto [...]».

¹⁷² Sul tema, v. BONTEMPELLI, *Ne bis in idem e litispendenza*, in AA.VV., *Il ne bis in idem*, a cura di Mangiaracina, Torino, 2021, 131 ss.

preclusione fondata sul principio generale del *ne bis in idem*¹⁷³. Nemmeno questi sviluppi hanno a che vedere con l'esperibilità dell'appello, che si colloca all'interno dell'unica "litispendenza", originata dall'atto iniziale di esercizio dell'azione penale.

Né lo svolgimento di ulteriori fasi del giudizio, dopo che il giudice di prime cure abbia pronunciato una sentenza di proscioglimento, è parso incompatibile con i principi che costituiscono il fondamento del *ne bis in idem*.

Con riferimento al profilo oggettivo della garanzia, legato alla tutela della funzionalità del sistema, si è sempre dato per scontato che il controllo della decisione, attraverso i mezzi ordinari di impugnazione, prevalga sulle esigenze di certezza delle situazioni giuridiche. Secondo la Corte costituzionale, tali esigenze «presenti in tutti gli ordinamenti, richiedono [...] che – per quanto desiderabilmente larghi ed efficienti siano i controlli ed i mezzi di gravame attribuiti alle parti – ad un certo momento il processo si concluda irretrattabilmente»¹⁷⁴. Anche la Corte di cassazione ha ritenuto che il processo, quale «sequenza ordinata di atti [...], di attività, di fasi e di gradi», sia strutturato in vista del «raggiungimento di un risultato finale, nel quale possa realizzarsi l'equilibrio tra le esigenze di giustizia, di certezza e di celerità»¹⁷⁵.

Anche quanto al profilo soggettivo della garanzia, legato al diritto dell'imputato alla «quiete penalistica»¹⁷⁶, non hanno fatto breccia nella giurisprudenza, in particolare in quella costituzionale, le tesi che pretendono di attribuire definitività alla sentenza liberatoria di primo grado. Le disposizioni costituzionali che possono delineare la portata individualistica del giudicato (artt. 2, 13, 24, 27, 111 Cost.)¹⁷⁷ non sono state mai interpretate dal Giudice delle leggi come impedimenti allo svolgimento delle fasi delle impugnazioni. Con riferimento alla presunzione di innocenza ex art. 27, comma 3, Cost., la Consulta ha sempre escluso che tale principio possa giustificare l'amputazione dei poteri di appello del pubblico ministero¹⁷⁸. Inoltre, la tesi secondo cui le impugnazioni contrastano con il «polo soggettivo»¹⁷⁹ del *ne bis in idem* sconta la presenza, in Costituzione, della disposizione ex art. 111, comma 7, che garantisce «sempre», e quindi anche alla parte pubblica, il diritto di ricorrere per cassazione avverso le sentenze.

Infine, va rilevato che la concezione del rapporto tra le impugnazioni e il *ne bis in idem* fatta propria dall'ordinamento italiano mostra punti di contatto con la sopra

¹⁷³ Cass., Sez. Un., 28 giugno 2005, n. 34655, Donati e altri, in *Cass. pen.*, 2006, 28 ss., secondo cui «le situazioni di litispendenza, non riconducibili nell'ambito dei conflitti di competenza di cui all'art. 28 c.p.p., devono essere risolte dichiarando nel secondo processo, pur in mancanza di una sentenza irrevocabile, l'impromovibilità dell'azione penale [...], sempreché i due processi abbiano ad oggetto il medesimo fatto attribuito alla stessa persona, siano stati instaurati ad iniziativa dello stesso ufficio del pubblico ministero e siano devoluti, anche se in fasi o in gradi diversi, alla cognizione di giudici della stessa sede giudiziaria», conf. Cass., sez. II, 17 ottobre 2019, n. 45858, Stancampiano, in *C.E.D. Cass.*, n. 277768.

¹⁷⁴ Corte cost., 12 luglio 1972, n. 136.

¹⁷⁵ Cass., Sez. Un., 28 giugno 2005, n. 34655, cit.

¹⁷⁶ D'ORAZI, *La revisione del giudicato penale. Percorsi costituzionali e requisiti di ammissibilità*, Padova, 2003, 160 ss., la formula è stata fatta propria anche da Corte cost., 21 luglio 2016, n. 200.

¹⁷⁷ LA ROCCA, *Eadem persona e limiti soggettivi del giudicato penale*, in AA.VV., *Il ne bis in idem*, cit., 20-21.

¹⁷⁸ Corte cost., 6 febbraio 2007, n. 26.

¹⁷⁹ DI CHIARA, *Le pietre e l'arco. Ne bis in idem, mappatura delle funzioni e sfide della complessità: uno sguardo introduttivo*, in AA.VV., *Il ne bis in idem*, cit., 8-11.

menzionata dottrina del “*continuing jeopardy*”, illustrata nella *dissenting opinion* del giudice Holmes nel caso *Kepner*. Tuttavia, come si è ricordato, quel principio non ha mai fatto breccia nella maggioranza della Corte Suprema (v., *supra*, §3.1.).

5. Le ragioni a sostegno dell’inappellabilità nei due ordinamenti.

Fatte le premesse che precedono, è possibile operare un confronto tra le principali ragioni addotte nei due sistemi a sostegno dell’appello asimmetrico. Ciò tenendo presente che, in entrambi gli ordinamenti, si tratta di giustificazioni non sempre unanimemente condivise. In particolare, la prospettiva di una tassonomia unitaria rimane lontana nell’ordinamento americano in cui, rispetto alle *rationes* giustificative dell’inappellabilità, regna grande incertezza¹⁸⁰, trattandosi peraltro di una materia, quella del *double jeopardy*, che già di per sé presenta una pluralità di declinazioni e confini operativi poco chiari¹⁸¹.

5.1. La tutela del diritto alla «quiete penalistica».

Sotto l’espressione «diritto alla quiete penalistica» si possono sussumere le ragioni che, in entrambi gli ordinamenti, fanno perno sull’interesse dell’imputato, una volta conclusa la vicenda giudiziaria che lo riguarda, a pianificare in libertà la propria vita, ponendo fine alle sofferenze, all’ansia, all’imbarazzo, alle spese e alle difficoltà relazionali e occupazionali, che derivano dalla sottoposizione alla “pena” del processo¹⁸².

Si tratta di argomenti strettamente correlati ai principi del *double jeopardy* e del *ne bis in idem*, il cui comune fondamento risiede nell’esistenza di un limite oltre il quale il fine di rendere giustizia non può essere perseguito, se non sacrificando i diritti individuali in modo intollerabile.

Peraltro, il riferimento a questi argomenti appare più coerente in un ordinamento, come quello statunitense, a cui, per tradizione, è sconosciuto un articolato

¹⁸⁰ Note, *Twice in Jeopardy*, in *Yale L. J.*, 1965, LXXV, 266, nota 14; STEINGLASS, *The Justice System in Jeopardy: The Prohibition on Government Appeals of Acquittals*, *Ind. L. Rev.*, 1998, XXXI, 354.

¹⁸¹ Come scritto dal giudice Rehnquist nella decisione del caso *Albernaz v. United States*, 450 U.S. 344 (1981), «*the decisional law in the [double jeopardy] area is a veritable Sargasso Sea which could not fail to challenge the most intrepid judicial navigator*».

¹⁸² Nell’ordinamento americano, in giurisprudenza, v. *Green v. United States*, cit., costantemente richiamata, v., *ex multis*, *Serfass v. United States*, cit.; *United States v. Scott*, cit.; *Breed v. Jones*, 421 U.S. 519 (1975); *United States v. Jorn*, 400 U.S. 470 (1971); *Sanabria v. United States*, cit.; *United States v. Di Francesco*, 449 U.S. 117 (1980); *Evans v. Michigan*, cit.; in dottrina, v. GORDON, *Double Jeopardy and Appeal of Dismissals: Before-and-After Approach*, in *Calif. L. Rev.*, 1981, LXIX, n. 3, 864-865; RUDSTEIN, *Prosecution Appeals of Court Ordered Mid-Trial Acquittals, Permissible Under Double Jeopardy Clause?*, in *Cath. U. L. Rev.*, 2012, LXII, 118; RIZZOLLI, *op. cit.*, 96; AMAR, *Double Jeopardy Law Made Simple*, in *Yale L. J.*, 1997, 1815; Note, *Statutory Implementation of Double Jeopardy Clause*, cit., 340; STERN, *Government Appeals of Sentences: A Constitutional Response to Arbitrary and Unreasonable Sentences*, in *Am. Crim. L. Rev.*, 1980, XVIII, n. 1, 71. Nell’ordinamento italiano, v. STELLA, *op. cit.*, 756 ss.; FROSINI, *op. cit.*, 8.

sistema di mezzi di impugnazione e in cui il limite all'esercizio della potestà punitiva dello Stato è storicamente coinciso con la sentenza di proscioglimento di primo grado.

Al contrario, la fondatezza di questi richiami appare meno immediata in un ordinamento come il nostro, in cui l'appello vanta un'esistenza secolare e in cui la garanzia del *ne bis in idem* è tradizionalmente vincolata all'irrevocabilità della sentenza.

L'idea di una pronuncia che diventi definitiva già in primo grado è lontana dalla concezione del giurista italiano, come dimostra il fatto che la Costituzione garantisce inderogabilmente l'esperibilità del ricorso per cassazione (art. 111, comma 7, Cost.).

Non è un caso che, quando in Italia si è cercato di giustificare l'inappellabilità alla luce del «diritto alla quiete penalistica», si sia richiamata ampiamente la giurisprudenza americana¹⁸³. Peraltro, pare esservi la consapevolezza che un'anticipazione della tutela sul modello statunitense reclami una più profonda giustificazione, che renda ragione dell'importazione di una visione non esattamente radicata nell'ordinamento di destinazione. Allo scopo, si è frequentemente fatto riferimento alla necessità di adeguare ai principi della democrazia liberale il bilanciamento tra l'interesse punitivo dello Stato e i diritti individuali, denunciando lo squilibrio a favore del primo quale perpetuazione di una concezione autoritaria della giustizia penale risalente all'epoca del totalitarismo fascista. La discussione si è dunque spostata sul piano della forma di Stato e sulla necessità di rivisitare le coordinate della giustizia penale alla luce della primazia da riconoscere ai diritti individuali nel mutato contesto costituzionale¹⁸⁴.

5.2. La minimizzazione delle condanne ingiuste.

Sia negli Stati Uniti, sia in Italia, la tutela dell'imputato contro le condanne ingiuste si declina innanzitutto nella regola B.A.R.D.¹⁸⁵. In entrambi gli ordinamenti, essa concorre all'attuazione della presunzione di innocenza e rappresenta il riflesso della diversità di posizioni sostanziali rivestite dalla parte pubblica e dalla parte privata¹⁸⁶. Peraltro, il rapporto tra il principio dell'oltre ogni ragionevole dubbio e l'inappellabilità si atteggia in modo parzialmente diverso.

Negli Stati Uniti la regola B.A.R.D. è complementare al divieto di appello delle sentenze di proscioglimento. La prima impedisce che possa essere pronunciata una sentenza di condanna quando non ricorre la certezza processuale della responsabilità penale. Il secondo rafforza la protezione dell'imputato, evitando che, attraverso la pura

¹⁸³ STELLA, *op. cit.*, 756 e 758-759 (v., in particolare, nota 3); CHIAVARIO, in AA.VV., *Presunzione di non colpevolezza e disciplina delle impugnazioni*, cit., 278; on. Vitali, cit., 55 ss.

¹⁸⁴ STELLA, *op. cit.*, 760.

¹⁸⁵ Con riferimento all'ordinamento americano, v. STERN, *op. cit.*, 69; con riferimento all'ordinamento italiano, v. Corte cost., 23 maggio 2019, n. 124, che sottolinea come la regola dell'oltre ogni ragionevole dubbio sia stata «ritenuta dalle Sezioni unite della Corte di cassazione necessaria a una piena tutela dell'interesse primario dell'imputato a non essere ingiustamente condannato».

¹⁸⁶ Note, *Twice in Jeopardy*, cit., 278; AMAR-MARCUS, *Double Jeopardy Law after Rodney King*, in *Colum. L. Rev.*, 1995, XCV, n. 1, 31, nota 158; SPANGHER, *Tra resistenze applicative e istanze restauratrici*, in AA.VV., *La nuova disciplina delle impugnazioni dopo la "legge Pecorella"*, cit., 244.

perseveranza, il *prosecutor* possa soddisfare lo *standard* probatorio dell'oltre ogni ragionevole dubbio. L'accusa, che dispone di risorse superiori a quelle della difesa, si troverebbe infatti ad esercitare nuovamente l'azione quando ormai l'imputato ha svelato la sua strategia processuale, potendo correggere le imperfezioni dell'impianto accusatorio e istruire i testimoni in vista della nuova *cross examination*, con la speranza di trovare, prima o poi, un giudice disposto a condannare¹⁸⁷.

Inoltre, il *double jeopardy* predispone una tutela destinata ad operare anche laddove, nei diversi tentativi di punizione, l'accusa non sia comunque in grado di dimostrare la colpevolezza dell'imputato e la regola B.A.R.D. effettivamente impedisca la pronuncia di una condanna ingiusta. Un procuratore animato da intenti persecutori, insoddisfatto dell'esito sfavorevole di un processo, potrebbe tentare una seconda *prosecution* e, anche se non riuscisse a ottenere un accertamento di colpevolezza, potrebbe ritenersi soddisfatto dall'aver cagionato all'imputato ulteriore ansia, imbarazzo e spese¹⁸⁸. La regola B.A.R.D., da sola, non sarebbe sufficiente, perché consentirebbe di sottoporre l'imputato ad una molteplicità di processi consecutivi, infliggendogli le sofferenze che ne derivano, anche qualora si concludessero tutti con l'assoluzione.

In Italia, invece, il rapporto tra la regola B.A.R.D. e l'inappellabilità si atteggia più in termini di consequenzialità che in termini di complementarità. Secondo la visione di parte della dottrina favorevole all'appello asimmetrico, la sentenza di proscioglimento di primo grado integra di per sé il ragionevole dubbio sulla responsabilità penale dell'imputato, così che si ritiene impossibile raggiungere la certezza processuale della colpevolezza dopo che, sulla base delle medesime prove, la stessa è già stata esclusa da un giudice¹⁸⁹. Tale visione è stata condivisa anche dal legislatore della "legge Pecorella", che ha previsto la codificazione della regola B.A.R.D. nell'art. 533, comma 1, c.p.p. proprio a sostegno della soppressione del potere di appello del pubblico ministero¹⁹⁰.

¹⁸⁷ *United States v. Dixon*, cit.; GORDON, *op. cit.*, 866; *Tibbs v. Florida*, 457 U.S. 31, 41 (1982); *Grady v. Corbin*, cit.; *United States v. Wilson*, cit.; RUDSTEIN, *Prosecution Appeals of Court Ordered Mid-Trial Acquittals*, cit., 125.

¹⁸⁸ FRIEDLAND, *Double Jeopardy*, 1969, 3-4; RUDSTEIN, *Prosecution Appeals of Court Ordered Mid-Trial Acquittals*, cit., 130.

¹⁸⁹ Nel dibattito parlamentare, v., *ex multis*, on. Vitali, cit., 57; in dottrina, v. CONTI, *Al di là del ragionevole dubbio*, in AA.VV., *Novità su impugnazioni penali e regole di giudizio*, cit., 105-106; LATTANZI, *op. cit.*, 486.

¹⁹⁰ Nel dibattito parlamentare, v. on. Cola, in *Atti parl. Cam.*, XIV leg., *Resoconto stenografico dell'Assemblea*, seduta 20 settembre 2005, n. 674, 78-79; on. Centaro, in *Atti parl. Sen.*, *Resoconto stenografico dell'Assemblea*, seduta 22 dicembre 2005, n. 929, 70; on. Valentino, in *Atti parl. Sen.*, XIV leg., *Resoconto stenografico dell'Assemblea*, seduta 10 febbraio 2006, n. 958, 9; in dottrina, v. CONTI, *op. cit.*, 104; DE CARO, *Filosofia della riforma e doppio grado di giurisdizione di merito*, in *La nuova disciplina delle impugnazioni dopo "la legge Pecorella"*, cit., 24; FIORIO, *Profili sovranazionali e costituzionali della facoltà di impugnare*, cit., 121; SCALFATI, *Bilancio preventivo di una riforma, principi buoni e norme da ritoccare*, in AA.VV., *Novità su impugnazioni penali e regole di giudizio*, cit., 21; PIERGALLINI, *La regola dell'oltre ogni ragionevole dubbio al banco di prova di un ordinamento di civil law*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2007, II-III, 593, nota 2; VALENTINI, *op. cit.*, 3 ss.; PALIERO, *Il ragionevole dubbio diventa criterio*, in *Guida dir.*, 2006, X, 73; GARUTI, *Inappellabilità delle sentenze di proscioglimento: le novità della "legge Pecorella"*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, VII, 816.

Parrebbero accostarsi a questa concezione alcune affermazioni della dottrina statunitense, secondo cui la dichiarazione di colpevolezza può essere meno affidabile se resa all'esito di un secondo processo¹⁹¹. Peraltro, tali argomentazioni non si fondano sul rilievo secondo cui la pronuncia liberatoria di un giudice è tale da indurre il dubbio sulla colpevolezza dell'imputato, bensì sul rischio che l'accusa approfitti dei vantaggi insiti nella possibilità di esperire un secondo tentativo di punizione. Si tratta di un profilo forse non del tutto compreso nel nostro ordinamento, laddove, nell'adeguare il giudizio di appello ai principi del giusto processo, si è reputata sufficiente la rinnovazione del dibattimento per escludere il ragionevole dubbio sulla responsabilità dell'imputato, nonostante le criticità che investono l'attendibilità della prova "di seconda mano" (v., *supra*, §1.5.).

Infine, pare estraneo all'ordinamento americano l'ulteriore nesso tra regola B.A.R.D. e divieto di appello, colto da parte della dottrina italiana in ragione della contestualità della loro codificazione. Secondo alcuni, il "nuovo" art. 533, comma 1, c.p.p. avrebbe avuto la funzione di richiamare il giudice alla «corretta profilassi della decisione»¹⁹², distogliendolo dalla tentazione di pronunciare una sentenza di condanna, pur in assenza dei presupposti, per non assumersi la responsabilità di precludere il pieno riesame del caso¹⁹³.

Negli Stati Uniti, la parte assolutamente maggioritaria degli autori paventa invece il rischio opposto, sostenendo che l'inappellabilità costituisca un fortissimo incentivo alla pronuncia di provvedimenti favorevoli alla difesa¹⁹⁴, poiché che il tasso di *reversal* è determinante per le progressioni di carriera del giudice¹⁹⁵ e per la sua reputazione¹⁹⁶. In Italia, invece, il tasso di riforma delle decisioni incide in via del tutto marginale sulle valutazioni di professionalità dei magistrati¹⁹⁷, così che l'introduzione

¹⁹¹ PONSOLDT, *When Guilt Should Be Irrelevant Government Overreaching as a Bar to Reprosecution Under the Double Jeopardy Clause After Oregon v. Kennedy*, in *Corn. L. Rev.*, 1983-1984, LXIX, 81.

¹⁹² PIERGALLINI, *op. cit.*, 593, nota 2.

¹⁹³ PALIERO, *op. cit.*, 73; la tesi è richiamata, tra gli altri, da VALENTINI, *op. cit.*, 20; CONTI, *op. cit.*, 106; GARUTI, *op. cit.*, 816; *contra*, PISANI, *Riflessioni sul ragionevole dubbio*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2007, IV, 1248, v. anche MARANDOLA, *op. cit.*, 140.

¹⁹⁴ SMITH, *Risk of Legal Error in Criminal Cases: Some Consequences of the Asymmetry in the Right to Appeal*, in *U. Chi. L. Rev.*, 1990, LVII, n. 1, 37; STEIN, *Ambiguity Aversion and the Criminal Process*, in *Notre Dame L. Rev.*, 2005-2006, 1527-1528.

¹⁹⁵ LEE, *Horizontal Stare Decisis on the U.S. Court of Appeals for the Sixth Circuit*, in *Ky. L. J.*, 2004, 771; POSNER, *Judicial Behavior and Performance: An Economic Approach*, in *Fla. St. U. L. Rev.*, 2005, XXXII, 1271.

¹⁹⁶ ALOGNA, *op. cit.*, 1143; STEINGLASS, *op. cit.*, 372-373.

¹⁹⁷ Consiglio Superiore della Magistratura, *Circolare n. 20691 dell'8 ottobre 2007, "Nuovi criteri per la valutazione di professionalità dei magistrati con le modifiche apportate dall'Assemblea plenaria nelle sedute del 25 luglio 2012, 6 marzo 2014, 13 marzo 2014, 14 maggio 2014, 23 luglio 2014, 10 settembre 2014, 26 maggio 2015, 12 aprile 2017, 25 ottobre 2017 e 21 febbraio 2018"*, in *www.csm.it*. In linea di principio, rientra tra i nove indicatori della capacità del magistrato «il possesso delle tecniche di argomentazione [...], anche in relazione all'esito degli affari nelle successive fasi e nei gradi del procedimento», così che si dovrebbe avere riguardo, tra le altre cose, anche «all'esito, nelle successive fasi e gradi del procedimento, dei provvedimenti giudiziari emessi». Peraltro, rimane fermo, quale principio generale, che «la valutazione di professionalità [...] non può riguardare l'attività di interpretazione delle norme di diritto, né quella di valutazione del fatto e delle prove».

del divieto di appello non ha indotto a prospettare un effetto collaterale analogo a quello lamentato dalla dottrina americana.

5.3. La tutela delle prerogative costituzionali della giuria.

La tutela delle prerogative della giuria di decidere il fatto («*unreviewable authority to find facts*»¹⁹⁸) e di pronunciarsi “*against the evidence*”, esercitando una prerogativa di clemenza (“*jury nullification*”¹⁹⁹) è l’argomento che più differenzia il ragionamento sull’inappellabilità negli Stati Uniti e in Italia. Il solco è più profondo di quanto sembri, se si considera che la “*jury nullification*” è considerata dalla più autorevole dottrina americana come la vera ragione giustificativa del divieto di appello per la parte pubblica²⁰⁰.

In Italia, la mancanza della giuria sembrerebbe far cadere in radice ogni possibilità di recepire gli argomenti che si ricollegano indefettibilmente all’istituto. In verità, forme di partecipazione del popolo all’amministrazione della giustizia penale non sono ignote al nostro ordinamento, che, in tempi più risalenti, ha conosciuto la giuria (artt. 438 ss., r.d. 27 febbraio 1913, n. 127) e che oggi prevede la presenza di giudici popolari nei collegi della Corte d’Assise e della Corte d’Assise d’appello, in conformità dell’art. 102, comma 3, Cost. («la legge regola i casi e le forme della partecipazione diretta del popolo all’amministrazione della giustizia»).

Va dunque verificato se sussistano margini per una trasposizione, anche parziale, degli argomenti spesi dalla dottrina americana nell’ordinamento italiano.

¹⁹⁸ WESTEN, *The Three Faces of Double Jeopardy: Reflections on Government Appeals of Criminal Sentences*, in *Mich. L. Rev.*, 1980, LXXVIII, 1010.

¹⁹⁹ La “*jury nullification*” è stata definita come «*the ability of juries to acquit criminal defendants even against the apparent weight of the facts and the instructions they receive on the law*», v. DANE, *Jury Nullification: Features, Bugs, and the Possibility of Granular Law*, in *Law, Cult. Humanit.*, 2021, XVII, n. 3, 414. Tra le ragioni per le quali la giuria potrebbe avvalersi di tale prerogativa si sono menzionate la mancata condivisione dei precetti penali, la clemenza, la convinzione che l’imputato non sia meritevole di pena; sul punto, v. MARDER, *op. cit.*, 405 ss.; per una sistematica affine, v. KING, *Silencing Nullification Advocacy Inside the Jury Room and Outside the Courtroom*, in *Chi. L. Rev.*, 1998, LXV, 433. Nonostante le penetranti critiche oggi mosse alla “*jury nullification*”, tale prerogativa continua ad essere considerata coesistente al diritto al *jury trial* garantito dal VI emendamento, in un sistema che concepisce la giuria come «*conscience of the community*» e come «*voice of the community*»; sul punto, v. GORDON, *op. cit.*, 866; AMAR, *op. cit.*, 1846; WESTEN-DRUBEL, *Toward a General Theory of Double Jeopardy*, in *Supreme Court Review*, 1978, n. 1, 130; YORKE, *Jury Nullification Instructions as Structural Error*, in *Wash. L. Rev.*, 2020, XLV, 1447, STEINGLASS, *op. cit.*, 378, secondo il quale «*the right of jury nullification is implicitly recognized in our criminal justice system. It explains the prohibition on directed verdicts and special verdicts; it explains why the prosecution cannot challenge a verdict for inconsistency; and it explains why the doctrine of collateral estoppel cannot be applied against the defendant in subsequent trials for previously litigated factual disputes*».

²⁰⁰ WESTEN, *op. cit.*, 1001 ss., richiamato anche da *United States v. Di Francesco*, cit., alla nota 11, secondo cui «*Professor Westen describes it succinctly this way: The prohibition on retrial following an acquittal is based on a jury’s prerogative to acquit against the evidence*».

Quanto alla «*unreviewable authority to find facts*»²⁰¹ dei rappresentanti della comunità, va subito sottolineato che rimane sconosciuta alla tradizione italiana l'aura di sacralità che, nei sistemi anglosassoni, circonda il verdetto popolare, quale garanzia dell'imputato a vedere limitati i propri diritti di libertà soltanto da una giuria di suoi pari²⁰². Inoltre, anche nei procedimenti di competenza della Corte d'Assise, la decisione in fatto (come in diritto) spetta congiuntamente ai giudici togati e a quelli popolari e, dal 1951, sono venuti meno i limiti all'appellabilità della sentenza previsti dal codice Rocco, che le attribuivano una forza di resistenza superiore a quella delle pronunce dei collegi formati da soli giudici professionali²⁰³.

Ancora più lontana dalla concezione italiana è la citata prerogativa della “*jury nullification*”. Innanzitutto, l'art. 25, comma 2, Cost. riserva al solo legislatore l'individuazione dei comportamenti penalmente rilevanti. In secondo luogo, se si tralasciano i provvedimenti di amnistia e indulto ex art. 79 Cost., che rimangono di esclusiva spettanza del Parlamento, l'esercizio di una prerogativa individuale di clemenza è consentito al solo Presidente della Repubblica mediante il potere di grazia ex art. 87 Cost.

Inoltre, anche laddove vi è partecipazione del popolo all'amministrazione della giustizia, non è concepibile una decisione condizionata dalla «*conscience of the community*»²⁰⁴, impersonata, secondo la concezione americana, dalla giuria, la cui funzione sarebbe anche quella di consentire un'applicazione della legge coerente con i costumi sociali, in particolare quando questi entrano in collisione con le disposizioni normative²⁰⁵. In Italia, il giudice, togato o popolare, è soggetto soltanto alla legge ex art. 101, comma 2, Cost., così che non gli è consentita un'applicazione selettiva delle norme penali.

Infine, nell'ordinamento italiano difetta il presupposto della “*jury nullification*”, identificabile nel verdetto²⁰⁶, visto che l'art. 111, comma 6, Cost. prevede un obbligo generale di motivazione dei provvedimenti giurisdizionali.

²⁰¹ WESTEN, *op. cit.*, 1010.

²⁰² MILLER, *op. cit.*, 97; tale concezione è esemplificata da uno storico elogio di Blackstone al *jury trial*, «*Upon these accounts the trial by jury ever has been, and I trust ever will be, looked upon as the glory of the English law. And if it has so great an advantage over others in regulating civil property, how much must that advantage be heightened when it is applied to criminal cases! [...] it is the most transcendent privilege which any subject can enjoy, or wish for, that he cannot be affected either in his property, his liberty, or his person, but by the unanimous consent of twelve of his neighbors and equals. A constitution that I may venture to affirm has, under Providence, secured the just liberties of this nation for a long succession of ages. And therefore a celebrated French writer, who concludes that because Rome, Sparta, and Carthage have lost their liberties, therefore those of England in time must perish, should have recollected that Rome, Sparta, and Carthage, at the time when their liberties were lost, were strangers to the trial by jury [...]. Here therefore a competent number of sensible and upright jurymen, chosen by lot from among those of the middle rank, will be found the best investigators of truth, and the surest guardians of public justice*», v. BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, vol. IV, 1790, 379.

²⁰³ La l. 10 aprile 1951, n. 287, prevedendo l'istituzione della Corte d'Assise d'appello, introdusse il principio dell'impugnabilità nel merito delle sentenze pronunciate dalla Corte d'Assise, che in precedenza erano unicamente ricorribili per cassazione.

²⁰⁴ WESTEN-DRUBEL, *op. cit.*, 130.

²⁰⁵ YORKE, *op. cit.*, 1447, v. anche STEINGLASS, *op. cit.*, 378.

²⁰⁶ WESTEN-DRUBEL, *op. cit.*, 134, secondo cui la “*jury nullification*” è ammessa in quanto è celata dietro

5.4. La limitazione dei poteri e degli abusi dell'accusa.

Negli Stati Uniti, non è infrequente che l'inappellabilità delle sentenze di proscioglimento sia intesa come contrappeso ai poteri di cui dispone il *prosecutor* e come argine ai suoi possibili abusi²⁰⁷. Anche in Italia, quella parte della dottrina che auspica un riequilibrio tra l'interesse all'esercizio della potestà punitiva e i diritti individuali ha ritenuto necessario precludere all'accusa, dopo la sentenza di assoluzione, di «compiere ripetuti tentativi di condannare un individuo», presumendone la natura persecutoria²⁰⁸. Peraltro, se gli argomenti in parte si somigliano, i loro presupposti in parte sono diversi.

La dottrina americana ricollega alla riflessione sull'inappellabilità la necessità di bilanciare la "tremenda" discrezionalità²⁰⁹ di cui gode *prosecutor* nelle scelte inerenti all'esercizio e alla prosecuzione dell'azione.

Almeno in astratto, un'esigenza analoga non è prospettabile nell'ordinamento italiano, in cui vige il principio di obbligatorietà dell'azione penale *ex art. 112 Cost.* Il dovere di procedere dovrebbe escludere in radice l'esercizio di ogni discrezionalità diversa da quella strettamente tecnica, che rimane comunque soggetta al vaglio giudiziale, tanto nel caso di mancato esercizio dell'azione (artt. 408 ss. c.p.p.), quanto, di regola, nell'ipotesi opposta, attraverso l'udienza preliminare (art. 416 c.p.p.). Se poi il principio di obbligatorietà dell'azione penale sia effettivo o se, nella prassi, si riduca ad un mero simulacro²¹⁰ rimane questione relativa alla concreta operatività del principio, comunque inidonea a mettere in discussione la distanza tra le modalità con cui, nei due ordinamenti, è concepito l'esercizio della funzione dell'accusa.

Peraltro, sembra esservi un'ulteriore differenza, tra i due sistemi, nel rapporto tra la necessità di limitare i poteri della parte pubblica e l'inappellabilità.

Negli Stati Uniti, quantomeno a livello federale, i *prosecutors*, nominati e revocati dal Presidente, sono inseriti in una struttura fortemente gerarchizzata facente capo direttamente al governo. Per tradizione, la funzione dell'accusa è collocata nell'ambito

l'ambiguità del verdetto; pare esprimersi nello stesso senso KURLAND, *op. cit.*, 322.

²⁰⁷ KHANNA-HYLTON, *Toward an Economic Theory of Pro-Defendant Criminal Procedure*, Discussion Paper No. 318, *Harv. Law, School*, 2001, 22; KHANNA, *Double Jeopardy's Asymmetric Appeal Rights*, *cit.*, 401; Id., *How does Double Jeopardy Help Defendants?* Discussion Paper No. 315, *Harv. Law, School*, 2001, 21-22; PONSOLDT, *op. cit.*, 81; FRIEDLAND, *op. cit.*, 3-4.

²⁰⁸ STELLA, *op. cit.*, 758; FROSINI, *op. cit.*, 8.

²⁰⁹ JACKSON, *The Federal Prosecutor*, in *J. Am. Jud. Soc'y*, 1940, XXIV, 18 ss., secondo cui il *prosecutor* ha un controllo sulla vita, sulla libertà e sulla reputazione dell'imputato maggiore rispetto a qualsiasi altra persona in America.

²¹⁰ In verità, con riferimento ai "criteri di priorità" elaborati dalle Procure della Repubblica (l'indice che più di ogni altro ha indotto alcuni ad affermare che, nel nostro sistema, l'azione penale sia solo formalmente obbligatoria), va segnalato che la legge 27 settembre 2021, n. 134 è intervenuta traferendo in capo al Parlamento la definizione di «criteri generali» sulla cui base le Procure dovranno elaborare «criteri di priorità trasparenti e predeterminati» (art. 1, comma 9, *lett. i*). Inoltre, la riforma ha previsto un maggiore potere di intervento del giudice per le indagini preliminari per contrastare i fenomeni di stasi procedimentale (art. 1, comma 9, *lett. g e h*).

delle responsabilità del potere esecutivo, così che è centrale la consonanza politica tra quest'ultimo e chi esercita la funzione accusatoria. Non è un caso che, per prassi, quando viene eletto un nuovo Presidente, i procuratori distrettuali rassegnino le loro dimissioni per consentire la nomina di personalità vicine al partito uscito vittorioso dalle elezioni²¹¹.

Ecco allora che la tutela del cittadino contro gli abusi dell'accusa si carica di un significato particolare. Non si tratta semplicemente di impedire la reiterazione dei tentativi di ottenere una condanna ad opera del potere statale genericamente inteso, bensì di proteggere l'imputato contro il rischio di persecuzione da parte del governo, di cui il *prosecutor* è diretta espressione²¹².

Tali argomenti, che la dottrina americana pone alla base della necessità di arginare i poteri dell'accusa, non possono riferirsi al nostro sistema, dato il diverso assetto ordinamentale. Lo *status* del pubblico ministero si differenzia radicalmente da quello del *prosecutor*, essendo il primo nominato a seguito di concorso *ex art.* 106 Cost. ed essendogli garantite, in quanto appartenente all'ordine della magistratura, l'indipendenza *ex art.* 104 Cost., l'inalienabilità *ex art.* 107 Cost. e la soggezione al solo organo di autogoverno *ex art.* 105 Cost.

Dunque, non è un caso che la dottrina italiana favorevole all'inappellabilità delle sentenze di proscioglimento, pur traendo spunto dal pensiero statunitense, abbia parzialmente rimodulato l'argomento, privandolo di ogni riferimento al potere esecutivo e all'esigenza di garantire l'imputato contro gli abusi di una discrezionalità che si connota anche in senso politico.

Di regola, nemmeno le tesi più critiche con le modalità con cui alcune Procure della Repubblica esercitano la loro funzione, anche in relazione al modello di "gerarchia attenuata" adottato dal 2006, hanno individuato nell'inappellabilità il rimedio contro gli squilibri generati dal protagonismo della parte pubblica e dall'insufficiente tutela del cittadino sottoposto a procedimento penale²¹³.

5.5. La tutela dell'immagine e dell'efficienza del sistema giudiziario.

Tanto negli Stati Uniti, quanto in Italia, parte della dottrina ha evidenziato il pericolo che decisioni difformi possano minare la fiducia dei cittadini nel sistema giudiziario. In verità, questa riflessione vanta un'elaborazione più risalente nell'ordinamento americano²¹⁴. In Italia, le sue prime applicazioni al tema

²¹¹ GASPARINI, *Il prosecutor e le scansioni dell'azione penale*, in AA.VV., *Il processo penale statunitense. Soggetti e atti*, a cura di Gambini Musso, Torino, 2009, 40-41.

²¹² Parla di «*government harassment*» RUDSTEIN, *Prosecution Appeals of Court Ordered Mid-Trial Acquittals*, cit., 133.

²¹³ Una delle tesi più critiche è quella sostenuta da CASSESE, *Le Procure sono diventate un quarto potere*, in www.ildubbio.news, 20 giugno 2020. Peraltro, per ridimensionare il protagonismo e gli eventuali abusi di alcuni uffici del pubblico ministero, si sono reclamati interventi su istituti diversi dalla legittimazione ad appellare, come quelli su cui ha agito il legislatore, con il recepimento, pur tardivo, della direttiva europea sulla presunzione di innocenza (d.lgs. 8 novembre 2021, n. 188, attuativo della dir. (UE) 2016/343).

²¹⁴ FRIEDLAND, *op. cit.*, 4.

dell'inappellabilità risalgono ai primi anni Duemila²¹⁵ e non fanno mistero del fatto che l'argomento sia ispirato dagli orientamenti della dottrina statunitense²¹⁶. Del resto, l'adesione a questa tesi è meno immediata in un ordinamento che prevede il ricorso per cassazione quale garanzia inderogabile (art. 111, comma 7, Cost.) e che quindi presuppone, anche a livello costituzionale, la possibilità di pronunce discordanti. Oltretutto, è la stessa Carta fondamentale a rendere manifesto, nell'art. 24, comma 4, «senza falsi pudori», il rischio di errori giudiziari e a prevedere la necessità di una loro correzione²¹⁷.

Inoltre, in entrambi i sistemi, si è sostenuto che l'inappellabilità concorra ad attuare il principio della ragionevole durata del processo. Ciò è senz'altro vero con riguardo alla posizione dell'imputato prosciolto, che vede sensibilmente ridotta la durata del procedimento a suo carico per via dell'amputazione di una fase dello stesso²¹⁸. Per contro, più dubbia pare la tesi secondo cui il divieto di appello migliora l'efficienza complessiva del sistema, evitando che le Corti rallentino la loro attività per la definizione di casi già decisi in primo grado²¹⁹. In entrambi gli ordinamenti, i dati sembrerebbero smentire che l'inappellabilità produca effetti apprezzabili sull'andamento generale della macchina giudiziaria.

Negli Stati Uniti, il tasso di condanna è elevatissimo: nel 2018, su 79.704 imputati di reati federali, solo 320 sono stati assolti²²⁰. Tenendo conto del fatto che, anche se l'accusa fosse legittimata ad appellare, lo farebbe solo raramente, come oggi avviene con riferimento ai provvedimenti impugnabili²²¹, pare difficile sostenere che l'attribuzione alla parte pubblica del potere di appello delle sentenze di proscioglimento possa effettivamente minare l'efficienza del sistema giudiziario.

In Italia, il Ministero della giustizia ha reso noto che nel quinquennio 2012-2016 soltanto l'1,8% del totale dei gravami è stato proposto dal pubblico ministero presso il

²¹⁵ STELLA, *op. cit.*, 759-760; *Relazione del Procuratore Generale presso la Corte Suprema di Cassazione*, cit., 48-49.

²¹⁶ STELLA, *op. cit.*, 759-760.

²¹⁷ CERESA-GASTALDO, *I limiti all'appellabilità delle sentenze di proscioglimento*, cit., 830.

²¹⁸ In questo senso, anche se non univocamente, parrebbe esprimersi *Note, Twice in Jeopardy*, cit., 277-278, secondo cui «[Double Jeopardy] reflects not only our demand for speedy justice but all of our civilized caution about criminal law [...]»; STELLA, *op. cit.*, 757; peraltro, *contra*, v. CERESA-GASTALDO, *I limiti all'appellabilità delle sentenze di proscioglimento*, cit., 834-835; Id., *Non è costituzionalmente tollerabile la menomazione del potere di appello del pubblico ministero*, cit., nota 23.

²¹⁹ RUDSTEIN, *Prosecution Appeals of Court Ordered Mid-Trial Acquittals*, cit., 131-132; RIZZOLLI, *op. cit.*, 95-96; KHANNA, *Double Jeopardy's Asymmetric Appeal Rights*, cit., 358; Id., *How does Double Jeopardy Help Defendants?*, cit., 19; *Note, Statutory Implementation of Double Jeopardy Clause*, cit., 340; *Note, Twice in Jeopardy*, cit., 277; BARON-EVANS, *Department: Point/Counter-Point: An Important but Modest Check on Prosecutorial Overreaching and Wrongful Conviction*, in *B. B. J.*, 2004, XLVIII, 31; nella dottrina italiana v. SPANGHER, *Il doppio grado di giurisdizione*, cit., 122; COPPI, *op. cit.*, 32.

²²⁰ GRAMLICH, *Only 2% of Federal Criminal Defendants Go to Trial, and Most Who Do Are Found Guilty*, in *www.pewresearch.org*, 11 giugno 2019, che rileva come, nel 2018, solo il 2% degli imputati ha scelto il processo, con un tasso di successo del 17% (sono 320 gli imputati assolti sul totale).

²²¹ KING-HEISE, *Appeals by the Prosecution*, in *J. Empirical Legal Stud.*, 2018, XV, 518. Sono bassi anche i tassi di impugnazioni delle sentenze di condanna, v. TRUESDALE, *Pro-Prosecution Doctrinal Drift in Criminal Sentencing*, in *Nw. U. L. Rev.*, 2017, CXI, n. 4, 1131 ss.

Tribunale e il 3,4% dal Procuratore generale presso la Corte d'appello²²². La stessa Commissione Lattanzi, a fronte di numeri così ridotti, ha escluso che l'inappellabilità possa riverberarsi in modo preoccupante sulla funzionalità della Corte di cassazione²²³.

5.6. La tutela del contraddittorio, dell'oralità e dell'immediatezza.

Una delle critiche più condivise dalla dottrina italiana contro l'appello come originariamente disciplinato dal codice Vassalli concerneva la violazione dei principi del contraddittorio, dell'oralità e dell'immediatezza: si reputava inaccettabile che la sentenza di proscioglimento di primo grado, pronunciata all'esito di un processo assistito dalle garanzie sopra menzionate, potesse essere ribaltata sulla base di una mera rilettura degli atti (v., *supra*, §1.1.). Questa problematica è stata oggi parzialmente superata, recependo gli indirizzi della Corte edu in materia di rinnovazione istruttoria (v., *supra* §1.4.).

In ogni caso, si tratta di profili che sono rimasti sconosciuti al dibattito sull'inappellabilità negli Stati Uniti. Mai la dottrina che ha difeso il divieto di appello della parte pubblica ha sostenuto che la trasformazione del sistema in senso simmetrico violerebbe i principi sopra richiamati. La ragione risiede probabilmente nel fatto che il *reversal* della sentenza, di regola, comporta il *remand* al giudice di primo grado per lo svolgimento di un nuovo processo. Ciò determina la riassunzione delle prove davanti ad una nuova giuria, nel rispetto dei principi del contraddittorio, dell'oralità e dell'immediatezza²²⁴.

Nemmeno si è posto il problema della "condanna in unico grado", rilevato da quella parte della dottrina italiana che ha denunciato l'impossibilità, per il condannato in secondo grado, di ottenere un riesame nel merito della sentenza²²⁵. Infatti, anche qualora si consentisse al *prosecutor* l'esperimento dell'appello, il *remand* alla Corte di prima istanza per lo svolgimento di un nuovo processo consentirebbe all'imputato di impugnare un'eventuale decisione sfavorevole²²⁶.

²²² Ministero della giustizia, *Schema di decreto legislativo recante alcune disposizioni di modifica della disciplina in materia di giudizi di impugnazione – Analisi di impatto della regolamentazione*, 2017, 3-4, richiamato anche da Commissione Lattanzi, cit., 37.

²²³ Commissione Lattanzi, cit., 37.

²²⁴ ILLUMINATI, *op. cit.*, 100-101.

²²⁵ PADOVANI, *op. cit.*, 4023-4027; FERRUA, *Il "giusto" processo tra modelli, regole e principi*, in *Riv. pen. proc.*, 2004, IV, nota 19; Id., *La ristrutturazione del processo penale in cerca di autore*, in *Questione giustizia*, 2005, IV, 779; ROSSI, *Riformare "insieme" la disciplina della prescrizione e dell'appello del pubblico ministero*, cit., 924; DE CARO, *Filosofia della riforma e doppio grado di giurisdizione di merito*, cit., 17.; Id., *L'illegittimità costituzionale del divieto di appello del pm tra parità delle parti e diritto al controllo di merito della decisione*, cit., 628; GUALTIERI, *op. cit.*, 1818-1819; GARUTI, *op. cit.*, 803; GARUTI-DEAN, *op. cit.*, 132; KOSTORIS, *Le modifiche al codice di procedura penale in tema di appello e di ricorso per cassazione introdotte dalla c.d. Legge Pecorella*, cit., 635; FRIGO, *Ignorati i profili di illegittimità ereditati dalla vecchia disciplina*, cit., 97.

²²⁶ Peraltro, va sottolineato che la Corte Suprema ha sempre negato che la Costituzione garantisca il diritto di appello all'imputato, rimanendo nella discrezionalità del legislatore federale e dei legislatori statali la predisposizione di mezzi di impugnazione contro le sentenze (sul punto v. ROBERTSON, *The Right to Appeal*,

Comunque, l'appello rescindente, caratteristico dell'ordinamento statunitense, non sembra troppo lontano dal modello prospettato da una parte considerevole della dottrina italiana tra gli anni Novanta e gli anni Duemila e anche da una nota sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione, nel dibattito sui possibili rimedi alle storture della disciplina codicistica sulle impugnazioni (v., *supra*, §1.1).

6. L'(ipotizzata) appellabilità per *errors of law* negli Stati Uniti e il ricorso per cassazione in Italia.

Al di là dell'incertezza che ancora oggi connota l'esperibilità del rimedio nell'ordinamento americano²²⁷, la predisposizione, anche solo in astratto, di un mezzo di correzione degli errori di diritto pare rievocare, non troppo da lontano, la funzione rivestita, nel nostro ordinamento, dal ricorso per cassazione. In Italia, parte della dottrina ha auspicato l'approdo ad un sistema in cui all'accusa sia consentito contestare la sola violazione di legge, ritenendo che «il giudice di primo grado rappresenta la Repubblica e la Procura della Repubblica non può contestare l'operato della Repubblica, può farlo solo denunciando il vizio di legge perché ciò significherebbe che il giudice è stato infedele al suo obbligo costituzionale di essere soggetto soltanto alla legge (art. 101, comma 2, Cost.)»²²⁸.

In entrambi i sistemi il rimedio verrebbe ad avere carattere rescindente e prevedere il rinvio al giudice inferiore per la riforma della sentenza di proscioglimento²²⁹.

Peraltro, va precisato che i vincoli all'esperibilità dell'appello per "*errors of law*" nulla hanno a che vedere con l'ampiezza dei motivi di ricorso *ex art. 606 c.p.p.*

Al *prosecutor* continua a non essere consentita la denuncia della violazione delle norme processuali (art. 606, comma 1, *lett. c.*), c.p.p.), poiché, di regola, resta fermo che «*there is no exception permitting retrial once the defendant has been acquitted, no matter how "egregiously erroneous" [...] the legal rulings leading to that judgment might be*»²³⁰.

Né sarebbe concepibile una doglianza concernente il vizio di motivazione (art. 606, comma 1, *lett. e*), c.p.p.), nemmeno nel *bench trial*, laddove il giudice può essere

in *N. C. L. Rev.*, 2013, XCI, 1222). La posizione parrebbe assimilabile a quella della Corte costituzionale italiana, che ha sempre rifiutato di riconoscere copertura costituzionale all'appello (*Ex multis*, Corte cost., 27 marzo 2003, n. 84; tra le altre, Corte cost., 31 marzo 1988, n. 395; Corte cost., 1° febbraio, 1982, n. 8; Corte cost., 15 aprile 1981, n. 62; Corte cost., 6 dicembre 1976, n. 238). Tuttavia, la differenza rimane sostanziale, dato che, in Italia, l'art. 111, comma 7, Cost. riconosce all'imputato il diritto di ricorrere per cassazione e, a differenza della Corte Suprema americana, il giudice nomofilattico non ha un potere di selezione dei ricorsi da esaminare.

²²⁷ *Evans v. Michigan*, cit. parrebbe deporre in senso diverso, peraltro, si tratta di un proscioglimento pronunciato *mid-trial* in un processo con giuria, fattispecie non del tutto sovrapponibile a quella sopra tratteggiata.

²²⁸ MAZZA, *L'appello necessario*, in *www.dirittodidifesa.eu*, 16 marzo 2020, 7-8.

²²⁹ *United States v. Lynch*, 162 F.3d 732 (2d. Cir. 1998) (Feinberg, *dissenting*).

²³⁰ *Sanabria v. United States*, cit.

tenuto a enunciare gli «*specific findings of fact*» posti a fondamento della decisione. L'appello rimane infatti condizionato alla ricostruzione del fatto operata dal giudice di prima istanza e la funzione del giudice di seconde cure rimane rigorosamente limitata alla verifica della corretta applicazione del diritto sostanziale. Del resto, è coesistente al principio del *double jeopardy* l'inammissibilità di un qualsiasi procedimento volto alla rivalutazione di questioni di fatto già risolte in senso favorevole all'imputato²³¹.

Più complesso è il quadro che riguarda le decisioni in materia probatoria. Al pubblico ministero è consentito ricorrere per cassazione deducendo la mancata assunzione della prova decisiva richiesta nel corso dell'istruzione dibattimentale, solo se si tratta di prova contraria (art. 606, comma 1, *lett. d*), c.p.p.). Il *prosecutor* dispone invece di un mezzo *ad hoc*, diverso dall'appello per "*errors of law*", che gli permette di contestare l'esclusione o la soppressione di una prova a carico, purché il relativo provvedimento sia pronunciato dal giudice prima del c.d. "*attachment of jeopardy*".

Per contro, non così distanti tra loro paiono la fattispecie del c.d. "*error of law*" e quella della «inosservanza o erronea applicazione della legge penale» (art. 606, comma 1, *lett. b*), c.p.p.). Ferma la ricostruzione del fatto operata dal giudice di prime cure, in entrambi gli ordinamenti sembrerebbe possibile la denuncia dell'errore di diritto, che abbia viziato l'esito assolutorio e che sia rimediabile senza procedere a nuove valutazioni di fatto.

Tuttavia, come si è visto, anche vietando al pubblico ministero l'esperimento dell'appello, il ricorso per cassazione continuerebbe a consentirgli un controllo della decisione più ampio di quello garantito al *prosecutor*, non limitato ad un «controllo di legalità (sulla corretta applicazione della norma sostanziale)», ma esteso ad un controllo «di legittimità (su eventuali *errores in procedendo*) e di razionalità del giudizio di fatto (sulla corretta applicazione delle regole della logica)»²³².

7. La parità delle parti.

Il principio della parità delle parti trova un'attuazione paradigmatica nell'ordinamento americano, in cui la dimensione *adversarial* del "duello ad armi pari" è particolarmente spiccata.

In Italia, quando il legislatore ha stabilito che il codice di procedura penale attuasse «i caratteri del sistema accusatorio», coerentemente ha previsto «la partecipazione dell'accusa e della difesa su basi di parità in ogni stato e grado del procedimento» (art. 2, comma 1, n. 3, l. 16 febbraio 1987, n. 81). Inoltre, il principio di parità delle parti ha fatto il suo ingresso in Costituzione, nell'ambito di una riforma volta a recepire nell'art. 111 Cost. i canoni del "giusto processo" (l. cost. 23 novembre 1999, n. 2), dopo che alcuni interventi del legislatore e della Corte costituzionale avevano

²³¹ *United States v. Scott*, cit.

²³² Commissione Lattanzi, cit., 36.

«scardinato l'intero impianto codicistico, trasformando nei fatti una riforma garantista in un vero e proprio strumento inquisitorio»²³³.

Peraltro, nell'ordinamento italiano, il principio di obbligatorietà dell'azione penale, esclude ogni potere di disposizione in ordine al promovimento dell'azione e alla sua prosecuzione²³⁴, al contrario di quanto avviene nell'ordinamento statunitense, in cui il *prosecutor* dispone di ampia discrezionalità in ordine all'esercizio dell'azione e può rinunciare, in ogni tempo, all'azione già iniziata²³⁵. Inoltre, nel codice è sancito un principio di rilievo sistematico, stabilendo l'art. 358 c.p.p. che il pubblico ministero «svolge [...] accertamenti su fatti e circostanze a favore della persona sottoposta alle indagini»²³⁶.

Resta allora da capire perché, nel sistema statunitense, in cui il principio di parità delle parti è inteso nel suo significato più rigoroso, non si sia posto, se non da parte di qualche isolata voce della dottrina²³⁷, il problema della compatibilità tra *l'equality of the parties* e l'assetto asimmetrico dell'appello, mentre in Italia le disposizioni abolitive della legittimazione ad appellare della parte pubblica siano state dichiarate incostituzionali proprio in nome di quel principio, nonostante la qualità di parte del pubblico ministero subisca alcuni importanti temperamenti, in ragione della sua posizione ordinamentale di organo di giustizia.

Forse la risposta risiede nel diverso inquadramento storico-dogmatico dell'inappellabilità nei due sistemi.

L'ordinamento americano ricollega il divieto di appello alla garanzia contro il *double jeopardy*, che, più di ogni altro principio, affonda le sue radici nella percezione della sproporzione tra le posizioni sostanziali rivestite dalle parti nel processo penale. E, in effetti, le motivazioni della Corte Suprema richiamano proprio l'esigenza di tutelare l'imputato contro uno Stato superiore quanto a «*resources and power*» e la consapevolezza che il processo infligge al cittadino, ma non all'accusa, «*embarrassment, expense, ordeal, [...] anxiety and insecurity*»²³⁸.

²³³ *Atti parl. Sen., XIII leg., Relazione al disegno di legge n. 3619*. Il riferimento è alle note sentenze della Corte costituzione – Corte cost., 31 gennaio 1992, n. 24; Corte cost., 3 giugno 1992, n. 254; Corte cost., 3 giugno 1992, n. 255; Corte cost., 2 novembre 1998, n. 361 – e agli interventi legislativi – l. 8 agosto 1995, n. 332; l. 7 agosto 1997, n. 26 –.

²³⁴ Sull'incompatibilità tra il principio di obbligatorietà dell'azione penale e la configurazione del pubblico ministero come “parte” v. PECORELLA, *Obbligatorietà dell'azione penale/parità delle parti: un binomio inconciliabile*, in *www.dirittodidifesa.eu*, 2020, 15-16, secondo cui «è l'art. 112 Cost., con l'obbligatorietà dell'azione penale, che, già di per sé, fa sì che il pubblico ministero non possa essere considerato parte, alla pari del difensore, ma, tutt'al più, come talora si è detto, “una parte imparziale”. È, questo, uno di quei *calembour*, cari a certa dottrina, privi di senso logico: chi è “parte” non è “imparziale”, e, ovviamente chi è “imparziale” non è e non può essere “parte”».

²³⁵ GASPARI, *op. cit.*, 42.

²³⁶ PECORELLA, *op. cit.*, 16, definisce tale norma come «uno dei figli “deformati”» dell'imparzialità del pubblico ministero, in contrasto con le coordinate dei sistemi processuali accusatori.

²³⁷ ALOGNA, *op. cit.*, 1141; DI BIAGIO, *op. cit.*, 104; un'apparente critica all'assetto asimmetrico delle impugnazioni pare rinvenirsi in alcuni *obiter dicta* della Corte Suprema degli anni Trenta, che non hanno comunque avuto seguito, una volta che il collegio ha cambiato composizione, sul punto, v., *supra*, nota 80.

²³⁸ *Green v. United States*, cit.

Se anche nel pensiero giuridico italiano fosse radicata la concezione che vede nell'appello una violazione del *ne bis in idem*, non si sarebbero posti problemi di compatibilità con il canone della parità delle parti. Infatti, nessuno ha mai ipotizzato che la normativa sulla revisione, che di regola opera solo a favore dell'imputato²³⁹, rappresenti una violazione dell'art. 111, comma 2, Cost. È probabilmente il diverso ancoraggio sistematico dell'inappellabilità che ha impedito alla Corte costituzionale di trarre conseguenze analoghe a quelle della Corte Suprema americana, pur nella consapevolezza, che pure le è propria, della radicale diversità di posizioni rivestite dal pubblico ministero e dall'imputato²⁴⁰.

Inoltre, l'appello, nel nostro ordinamento, conosce una lunghissima tradizione, così che è connaturata alla mentalità del giurista italiano l'idea che l'azione penale possa proseguire e svilupparsi anche nelle fasi delle impugnazioni²⁴¹. Per contro, il fatto che il sistema statunitense sia nato come "sistema in unico grado" ha sempre alimentato un certo atteggiamento di diffidenza verso l'appello. Oltretutto, la regola che vieta l'impugnazione delle sentenze di proscioglimento ha visto la luce a breve distanza dall'inizio del percorso che ha portato a sviluppare un sistema strutturato di controllo delle decisioni penali. Al contrario, nell'ordinamento italiano, l'inappellabilità si è inserita "traumaticamente", seppur per un breve periodo, in un sistema che già consentiva da tempo all'accusa di contestare le pronunce sfavorevoli, generando una vera e propria crisi di rigetto.

Pertanto, è naturale che, negli Stati Uniti, vi sia una concezione della parità delle parti che pare più vicina a quella di quanti, in Italia, la riferiscono alle sole attività di formazione della prova e di argomentazione delle proprie ragioni e non anche all'introduzione delle diverse fasi del processo²⁴².

Resta, tuttavia, nell'ordinamento italiano, la contraddizione insita nell'utilizzo di un principio marcatamente accusatorio, nato a presidio dei diritti dell'imputato nel procedimento, per il raggiungimento di un risultato "*in malam partem*"²⁴³. Contraddizione resa ancora più evidente dal mancato riconoscimento di una copertura costituzionale all'appello dell'accusa, visto che la Consulta da tempo nega che quest'ultimo costituisca uno sviluppo del principio di obbligatorietà dell'azione

²³⁹ Fanno eccezione le fattispecie previste da alcune norme speciali, che prevedono ipotesi di revisione *in peius*, v. art. 16-*septies* d.l. 15 gennaio 1991, n. 8, conv. in l. 15 marzo 1991, n. 82, art. 10, comma 1, l. 29 maggio 1982, n. 304.

²⁴⁰ *Ex multis*, Corte cost., 6 febbraio 2007, n. 26; Corte cost., 26 febbraio 2020, n. 34.

²⁴¹ OLIVERI DEL CASTILLO, *op. cit.*, 70, secondo cui «nei paesi continentali [...] la decisione di primo grado [è] provvisoria e strutturata come un passo necessario verso la vera sentenza, quella d'appello ricorribile per cassazione».

²⁴² SCALFATI, *Salvo eccezioni appellabile la sola condanna*, in *Guida dir.*, 2006, X, 54; ID., *Bilancio preventivo di una riforma, principi buoni e norme da ritoccare*, cit., 22; FRIGO, *Un trattamento particolare che deriva dal regime transitorio*, in *Guida dir.*, 2006, XXIII, 94; DE CARO, *Filosofia della riforma e doppio grado di giurisdizione di merito*, cit., 3; in giurisprudenza, v. Corte app. Milano, 26-27 aprile 2006, cit. Nello stesso senso si era espressa inizialmente anche la Corte costituzionale, v. Corte cost., 27 luglio 2001, n. 318; Corte cost., 30 luglio 2003, n. 286; Corte cost., 16 aprile 2003, n. 127; Corte cost., 29 gennaio 2004, n. 52.

²⁴³ FRIGO, *Una parità che consolida disuguaglianze*, cit., 89; ID., *Ignorati i profili di illegittimità ereditati dalla vecchia disciplina*, cit., 94.

penale²⁴⁴, scivolando tra l'altro verso concezioni che sottendono una certa "privatizzazione" dei poteri processuali del pubblico ministero²⁴⁵.

8. Una riflessione conclusiva.

Il raffronto fin qui svolto parrebbe dimostrare che, nel dibattito sui poteri di impugnazione della parte pubblica, i parallelismi tra l'ordinamento statunitense e quello italiano siano spesso più apparenti che reali. Anche se, nei due sistemi, molte delle ragioni addotte a sostegno dell'inappellabilità si richiamano, una loro assimilazione presuppone spesso uno sguardo "da lontano". Una lettura analitica, ancorata all'evoluzione dei due ordinamenti, svela che gli argomenti spesi nell'uno e nell'altro sistema hanno radici diverse.

Se è vero che l'appello, come disciplinato dal codice di procedura penale, anche dopo la recente rivisitazione delle sue modalità di svolgimento, non si concilia pienamente con il paradigma accusatorio, sembra parimenti condivisibile la tesi secondo cui «il sistema delle impugnazioni di un dato ordinamento, anche se può corrispondere ad uno schema astratto precostituito, dipende prima di tutto dalla cultura di un popolo [e] da ragioni storiche»²⁴⁶. Da questo punto di vista, la radicale eterogeneità dell'esperienza italiana e di quella statunitense è oltremodo evidente. In particolare, tanto la diversa funzione rivestita dall'appello, quanto la diversa concezione della cosa giudicata penale finiscono per condizionare pesantemente la riflessione teorica, così che la prospettiva di una ricostruzione unitaria rimane possibile solo al prezzo di astrarre il dibattito giuridico dal substrato storico e dogmatico sul quale si fonda.

Peraltro, tali considerazioni non svalutano i rilievi critici mossi all'assetto simmetrico dell'appello nel nostro ordinamento, ma inducono ad apprezzarli nei loro sviluppi autonomi, nella consapevolezza che, se mai l'inappellabilità tornerà legge, parlerà (prevalentemente) italiano

²⁴⁴ Corte cost., 28 giugno 1995, n. 280; Corte cost., 6 febbraio 2007, n. 26; Corte cost., 26 febbraio 2020, n. 34. Non si comprende come si possa ragionare in termini di parità delle parti se si afferma, come fa la Corte costituzionale, che i poteri di appello delle stesse hanno una diversa quotazione costituzionale. Nella giurisprudenza della Consulta è infatti consolidato l'indirizzo secondo cui l'appello costituisce uno sviluppo del diritto di difesa, ma non del principio di obbligatorietà dell'azione penale. Come è stato sottolineato, solo un *revirement* sul tema dei rapporti tra impugnazioni e art. 112 Cost. consentirebbe di ritenere sproporzionato il sacrificio imposto alla parte pubblica, v. VICOLI, *op. cit.*, 263.

²⁴⁵ CERESA-GASTALDO, *I limiti all'appellabilità delle sentenze di proscioglimento*, cit., 841; ID., *Non è costituzionalmente tollerabile la menomazione del potere di appello del pubblico ministero*, cit., 1903; LOZZI, *La riforma del sistema delle impugnazioni, per un processo penale dalla durata ragionevole*, cit., 200; GIARDA, *op. cit.*, 13-16.

²⁴⁶ ILLUMINATI, *op. cit.*, 113.

