Rivista di diritto finanziario e scienza delle finanze, LXVI, 4, I, 111-148 (2007)

INAPPELLABILITÀ DEI PROSCIOGLIMENTI: UN'ANALISI ECONOMICA (*)

di *Matteo Rizzolli*
Università degli studi di Siena

Abstract. Public prosecutors often face prohibition of appealing acquittals. This asymmetry twists the criminal procedure towards the interests of the defendant. This pro-defendant feature is usually justified on the reasonable assumption that it takes several erroneous acquittals to impose a social cost equal to that of one erroneous conviction for the same offence. The paper first inquires the impact of asymmetrical appeal powers on the number of convictions, acquittals and errors of type I and type II and offers evidence consistent with the traditional justifications of asymmetric appeal powers. In the second part, the paper offers an alternative positive signalling theory of asymmetric appeal powers: if criminal sanctions are signals that agents in society use to assess whether and how much stigma attribute to other agents, then an asymmetrical criminal procedure delivers a more reliable signal. We explore some implications of the model with an agent-based computational implemetation.

J.E.L. *Classification*: K14, K41, K42

Keywords: Analisi economica del diritto, Legge Pecorella

Introduzione

> *Nor shall any person be subject for the same offence to be twice put in jeopardy of life or limb* (1).

Quella dell'incipit è la frase del quinto emendamento alla costituzione degli Stati Uniti d'America alle quali si fa solitamente riferi-

(*) Relazione presentata al convegno: *Searching for New Models in the Economic Analysis of Law*, Messina, 2007. Versioni precedenti di questo lavoro sono state presentate alla Siena Toronto Initiative on Law and Economics svolta a Toronto nel Maggio 2006. Vorrei ringraziare in particolare Mohammad Fadel e Bruce Chapman ed inoltre Antonio Nicita, Roberto Galbiati, Massimiliano Vatiero, Michalopoulos Stelios e Francesco Centonze per i loro commenti. Tutti gli errori rimangono miei.

(1) Costituzione Usa V emendamento.

mento nell'argomentare a favore dell'impossibilità di appellare sentenze di proscioglimento da parte dei pubblici ministeri. Questa impossibilità introduce una netta asimmetria nella procedura tra l'accusa e la difesa: la prima si deve fermare di fronte ad una prima sentenza di proscioglimento mentre la seconda può sempre tentare il ribaltamento di una sentenza di condanna. L'istituto dell'inappellabilità delle sentenze di assoluzione (2) è assurto alle cronache negli anni recenti per via dell'approvazione della L. n. 46 del 22 febbraio 2006 con la quale, per l'appunto, si introduceva nel nostro ordinamento penale il principio dell'inappellabilità delle sentenze di assoluzione (3). Tale istituto ha avuto breve vita nel nostro ordinamento: la corte costituzionale ha infatti dichiarato l'illegittimità dell'art. 1 (che delinea l'asimmetria nel potere di appello tra accusa e difesa) e dell'art. 10, comma 2 (che applica la norma retroattivamente ai procedimenti in corso) giusto un anno più tardi: il 6 febbraio 2007 con la sentenza n. 26.

Con il presente lavoro non si intende indagare il percorso che ha portato prima alla formulazione della legge ed in seguito alla sua sostanziale abrogazione, ne ai delicati risvolti politici che hanno accompagnato questo percorso. Il punto di vista dell'autore è quello dell'economista interessato ad analizzare l'impatto delle norme procedurali del diritto sugli incentivi delle parti ed in generale sulla capacità deterrente del diritto penale. L'auspicio quindi è che i giuristi guarderanno con clemenza alle eventuali imprecisioni dottrinali ma tenteranno di cogliere lo spirito economico dell'analisi. Per poter sviluppare la quale affronteremo il tema della inappellabilità delle sentenze di proscioglimento inserendo il caso italiano della L. n. 46/2006 in uno sguardo generale di insieme sulle varie procedure penali. Nella prima parte del lavoro andremo a vedere come l'istituto dell'asimmetria di potere di appello sia implementato in diverse giurisdizioni: constateremo come l'istituto sia diffuso ma non certo universale ed anzi curiosamente in una fase storica di arretramento se si esclude l'*exploit* italiano. Ci spingeremo poi ad analizzare le principali giustificazioni che i giuristi, soprattutto di oltre oceano, evocano a supporto di questa asimmetria nei poteri di appello e ci soffermeremo in particolare su

(2) Anche se tecnicamente la sentenza di assoluzione è un caso più circoscritto rispetto alla sentenza di proscioglimento, useremo spesso i due termini in maniera intercambiabile perchè ad entrambi si può riferire il termine *aquittal* usato in giurisprudenza e nella letteratura internazionale. La legge italiana prevedeva peraltro l'inappellabilità delle sentenze di proscioglimento e quindi, per esteso, anche quelle di assoluzione.

(3) Almeno che non si sia in presenza di una nuova e decisiva prova (comma 2, art. 1, L. n. 46/2006).

una motivazione, quella della prevenzione dell'errore di tipo II (la condanna dell'innocente), sulla quale costruiremo un modello stilizzato della procedura criminale con due livelli di giudizio ed a struttura accusatoria e proveremo ad isolare l'impatto che l'introduzione dei poteri asimmetrici di appello ha sul processo. Mostreremo come — *ceteribus paribus* — la procedura asimmetrica (che chiameremo spesso per brevità - A — per opporla della procedura simmetrica — S —) produce meno condanne errate di innocenti (errori di tipo II) ed è quindi consistente con le spiegazioni morali ricorrenti a tutela dell'imputato. Perchè dunque abbiamo poteri asimmetrici di appello? Per ottenere meno errori di tipo II sembra essere la giustificazione. Ma questo non spiega perchè la società non sia disposta a scambiare anche un solo errore di tipo II contro molti errori di tipo I (il proscioglimento del colpevole). Ed è a questa seconda domanda che tenta di dare risposta la seconda parte del lavoro proponendo un modello di deterrenza criminale con un meccanismo endogeno di stigmatizzazione del criminale. Nella quarta sezione del presente lavoro rivediamo quindi la letteratura sullo stigma sociale e su come lo stigma influenzi la deterrenza del crimine. Nella quinta sezione formalizziamo il modello e nella sesta ne implementiamo una variante computazionale a base di agenti (ABM). Come avremo modo di vedere in seguito, il modello produce alcuni risultati contro-intuitivi che è importante valorizzare. Ma procediamo con ordine, e torniamo al principio dell'istituto.

1. *Dalla double jeopardy all'inappellabilità delle sentenze di assoluzione.*

L'impossibilità per il procuratore (4) di appellare le sentenze di assoluzione è comunemente nota negli Stati Uniti come *double jeopardy*. Per la precisione, la clausola di *double jeopardy* riguarda diverse regole del procedimento penale rivolte alla difesa dell'imputato contro la possibilità che egli sia esposto più di una volta al giudizio di una corte per lo stesso crimine contestato. In generale, l'istituto della *double jeopardy* va visto nel contesto di una serie di misure, quali ad esempio, le soglie elevate di evidenza necessarie per ottenere una condanna, che tendono a tutelare l'imputato nelle procedure penali in molte giurisdizioni e che si sono consistentemente evolute nel tempo.

Prof. Fay Sigler rintraccia le radici della *double jeopardy* sin nel

(4) Useremo il termine procuratore per indicare genericamente la figura che riveste il ruolo della pubblica accusa: il pubblico ministero nella procedura italiana ed il prosecutor in quella Americana.

diritto romano (1963). Il codice Giustinianeo recita *isdem criminibus, quibus liberatus est, non debet praeser pati eundem accusari* (5). La *double jeopardy* trova il suo spazio anche nel diritto canonico dove è fatta discendere dalla lettura del passo biblico *non sopravverrà due volte la sciagura* (6).

Non c'è invece esplicita menzione della *double jeopardy* nella *Magna Charta* anche se i suoi principi cominciano ad emergere nei primi secoli di evoluzione della *common law*; Edward Coke (2002) individua già nel 17mo secolo, l'esistenza di quattro *pleas* (7) tra le quali l'*autrefois acquit* (precorsa assoluzione) e l'*autrefrois convict* (precorsa condanna) che in sostanza costituiscono il cuore della *double jeopardy*. Un secolo più tardi il giudice Blackstone (1766) spiega l'*autrefois acquit* in questi termini:

> grounded on this universal maxim of the common law of England, that no man is to be brought into jeopardy of his life more than once for the same offence. Hence it is allowed as a consequence, that where a man is once fairly found not guilty upon an indictment, or other prosecution, before any court having competent jurisdiction of the offence, he may plead such acquittal in bar of any subsequent accusation for the same crime.

Emerge nel ragionamento di Blackstone la parola *jeopardy*, la quale tuttavia segnerà il suo definitivo consolidamento con la costituzione Americana ed in particolare con il suo quinto emendamento ratificato nel 1791 e citato nell'incipit di questo lavoro.

1.a. *La Double Jeopardy negli Stati Uniti.*

Dal quinto emendamento e dalla sua menzione della *double jeopardy* discendono diverse protezioni per l'imputato nella procedura penale: (i) la protezione dall'essere puniti con più di una condanna per lo stesso crimine, (ii) la protezione contro la possibilità di riprocessare un imputato dopo una sentenza di condanna e (iii) la protezione contro la possibilità di riprocessare un imputato dopo una sentenza di

---

(5) *Il governatore non deve permettere che un cittadino sia accusato dello stesso reato per il quale già è stato assolto*, Libro 48, Titolo 2, nota 7.

(6) *Non consurget duplex tribulatio*. La Vulgata di San Gerolamo 382 AD 1 Nahum 9.

(7) Una sorta di istanza istituzionalizzata di innocenza o colpevolezza dell'imputato in risposta ad una precisa accusa.

assoluzione (8). Alla terza declinazione del principio della *double jeopardy* va ricondotta l'impossibilità per l'accusa di ricorrere in appello contro eventuali sentenze di proscioglimento ed è quindi solo a questa declinazione dell'istituto che presteremo attenzione nel prosieguo (9). Va enfatizzato che almeno fino al 1903 il quinto emendamento non impediva ai procuratori di oltreoceano di appellare sentenze di assoluzione ma è solo con la sentenza *Kepner vs United States* (10) che la Corte Suprema stabilisce per la prima volta che la condanna in appello dopo un'assoluzione in primo grado equivaleva ad essere messi *twice in jeopardy* per lo stesso crimine e quindi ricadeva nei casi previsti dal quinto emendamento.

La sentenza fu approvata con una maggioranza di cinque a quattro e da allora non ha smesso di suscitare controversie. Nella sua opinione dissenziente il giudice Holmes argomentava che il percorso processuale, inclusa la possibilità di invocare un giudizio di secondo grado per entrambe le parti, era da considerarsi come parte del medesimo "pacchetto" e che quindi l'imputato era esposto, all'interno di questo percorso ad un'unica e continua *jeopardy* e non una doppia come argomentato dai colleghi. Da Holmes in poi, il dibattito circa il fatto che le parole del quinto emendamento coprano anche l'inappellabilità delle sentenze di assoluzione non si è ancora sopito (11).

Scott Atlas suggerisce che bisogna ipotizzare che un nuovo processo per lo stesso crimine equivalga ad un appello di secondo grado per poter giustificare l'interpretazione data in *Kepner vs US* (Atlas, 1974 e Strazzella, 1997).

Per certo solo pochi anni dopo la sentenza, il congresso provava ad intervenire attraverso il *Criminal appeal act* (12). Le innovazioni radicali passate alla camera nel segno della perfetta simmetria di potere di appello tra accusa e difesa furono annacquate al senato e le innovazioni introdotte da *Kepner vs US* sopravvissero praticamente in-

---

(8) La Corte Suprema Americana ha articolato la protezione garantita da *double jeopardy* lungo queste tre lineee in *North Carolina v Pearce* 395 US 711 (1969).

(9) Per la precisione l'istituto della *double jeopardy* e quello dell'inappellabilità delle sentenze si sovrappongono solo in parte. Infatti da una parte come abbiamo spiegato la clausola costituzionale di *double jeopardy* non riguarda esclusivamente le sentenze di assoluzione, dall'altra la *double jeopardy* non esclude di per sé categoricamente la possibilità di appellare una sentenza di assoluzione di primo grado (Strazzella, 1997).

(10) *Kepner v. United State* 195 U.S. 100 (1904). Kepner era un avvocato assolto per appropriazione indebita e successivamente condannato in appello.

(11) Per un'analisi letterale si veda Amar, (1997).

(12) Criminals Appeal act, ch 2564, 34 Stat. 1246 (1907).

tatte (13). La Corte Suprema ha via via raffinato le delimitazioni di quali assoluzioni fossero infine inappellabili ampliando il campo dei casi di proscioglimenti comunque appellabili (per una attenta disamina dei precedenti legali si veda United States, Dept. of Justice, 1987). In sostanza, la stagione della interpretazione estensiva del quinto emendamento esplode agli albori del novecento con *Kepner vs US* ma presto comincia a scontrarsi con i numerosi tentativi di limitazione sia per via legislativa (14) che attraverso le corti. Questa interpretazione estensiva della clausola di *double jeopardy* ha trovato anche detrattori in ambienti accademici, a disagio da una parte con la difficoltà a far rientrare l'inappellabilità dei proscioglimenti nelle parole del quinto emendamento (Atlas, 1974) e dall'altra con la necessità di far ordine nell'accumularsi confuso delle eccezioni alla regola generica di inappellabilità sollevate nel corso degli anni (si veda tra gli altri Westen *et al.*, 1978; Amar, 1997; Khanna, 2002). Nonostante questi vacillamenti non è difficile sostenere che la procedura penale americana sia quella che attraverso l'interpretazione estensiva del quinto emendamento, offre agli imputati le garanzie più solide contro la possibilità che i procuratori ricorrano in appello.

1.b. *La Double Jeopardy negli altri paesi di common law.*

Nella *common law* il principio di inappellabilità si è sviluppato attraverso la giurisprudenza nei secoli diciassettesimo e diciottesimo ed è oggi considerato come giurisprudenza acquisita (si veda United States, Dept. of Justice, 1987). Tuttavia è da rilevare il fatto che in anni recenti in Gran Bretagna si stia assistendo ad un sottile ancorché graduale restringimento del ventaglio di casi a cui il principio possa essere applicato (15). Questo progressivo restringimento sembra andare

---

(13) Il Criminal Appeal Act del 1907, riguardava solo in parte le implicazioni che gli appelli avevano sul principio difeso dal quinto emendamento, ma comunque precludeva certi tipi di appello quando vi si correva il rischio concreto di esporre l'imputato ad un doppio giudizio. Si veda Stringlass, (1998).

(14) Oltre a quello del 1907 citato nelle note precedenti, va menzionato il Criminal Appeal Act del 1970 con il quale si estendono i poteri di appello del *prosecutor*. Si veda Strazzella, (1997).

(15) Con il *Criminal Justice act* del 1972 ad esempio ai procuratori viene riconosciuto un potere limitato di ricorrere in appello qualora la disputa verta su errori di giudizio, anche se la correzione all'errore eventualmente ottenuta non inficia l'assoluzione del singolo ma è solo valevole ai fini di non creare un errato precedente legale. Si veda United States, Dept. of Justice, (1987). Nel 1984 viene riconosciuta la possibilità di appello se il primo grado era stato talmente piagato da errori da non avere in primo luogo nemmeno esposto l'imputato al rischio di condanna. Si veda *Regina v. Dor-*

nella direzione di separare i casi nei quali la *double jeopardy* possa essere utilizzata pretestuosamente come mezzo per difendersi dal processo da quelli per i quali invece è utilizzata come presidio garantista ai diritti dell'imputato.

Anche altri paesi di *common law* fanno riferimento alla *double jeopardy* come ad esempio il Canada che cita il principio nella sua carta dei diritti e delle libertà (16). Tuttavia molti di questi paesi di tradizione di *common law*, quali la Nuova Zelanda, l'India, lo Sri Lanka ed il Sud Africa hanno anch'essi limitato il divieto assoluto di appellare i proscioglimenti consentendo ai procuratori di appellare sentenze di assoluzione in presenza di errori di diritto (17).

1.c. *I poteri del procuratore nei paesi di tradizione giuridica continentale.*

La maggior parte dei paesi con tradizione di *civil law* hanno una struttura dei poteri di appello di accusa e difesa che è simmetrica. Vikramaditya Khanna (2001) cita ad esempio la Francia, la Germania, la Spagna, l'Argentina, la federazione Russa, la Cina ed il Giappone. Poteri di appello simmetrici sono presenti anche nella procedura penale israeliana (Khanna, 2001). Anche il protocollo 7 della Convenzione Europea dei diritti dell'Uomo (18) che novera le salvaguardie tipiche della *double jeopardy* contro i sanzionamenti multipli e la possibili-

---

king Justices, ex parte Harrington, 3 W.L.R. 142 (1984). E nel 2003, con il nuovo Criminal Justice Act promulgato anche in risposta alla nuova minaccia terroristica, l'appello è ora consentito in caso di reati gravi e per i quali siano nel frattempo emersi dei nuovi e decisivi indizi. Su questo punto si veda ROBERTS, (2002) che commenta le proposte di riforma della *double jeopardy* avanzate nel *white paper on criminal justice reform* (Secretary of State for the Home Department, 2002, par 4.63-4.66). Si veda anche: *Retrial of Serious Offences, Crown Prosecution Service* website: *http://www.cps.gov.uk/legal/section19/chapter_j.html#01*. Accesso il 3 Ottobre 2007.

(16) La sezione 11(h) recita *any person charged with an offence has the right [...] (h) if finally acquitted of the offence, not to be tried for it again and, if finally found guilty and punished for the offence, not to be tried or punished for it again.* Tuttavia la clausola sembra non escludere dal principio di *double jeopardy* l'inappellabilità. Si veda KHANNA, (2002). Ed in effetti l'appello è consentito in caso di errori di diritto (QUIGLEY, 1997, p. 395).

(17) Casi specifici e leggi sono citati in UNITED STATES, Dept. of Justice, (1987) ed in KHANNA, (2001, p. 672).

(18) Art. 4 della Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali così come emendata dal protocollo 7 recita: *The provisions [...] paragraph shall not prevent the reopening of the case in accordance with the law and penal procedure of the State concerned, if there is evidence of new or newly discovered facts, or if there has been a fundamental defect in the previous proceedings, which could affect the outcome of the case.*

tà di riprocessare un indagato che ha ottenuto una sentenza definitiva per lo stesso crimine, recita anche che la clausola di *double jeopardy* non debba essere usata per prevenire la riapertura di un caso qualora emergano nuovi elementi di prova o qualora ci siano stati errori fondamentali di diritto nel procedimento precedente (si veda anche Bohlander, 2005).

1.d. *Double Jeopardy all'italiana: la legge Pecorella n. 46/06.*

Infine il caso dell'Italia, paese di tradizione giuridica continentale e fino agli anni recenti estranea all'asimmetria nei poteri di appello (Panzavolta, 2005), e che introduce nel 2006 tale salvaguardia (19) andando po' in controtendenza persino con il trend generale che abbiamo verificato esserci anche nei paesi di *common law* e che si può sintetizzare in un lento ma graduale restringimento di questa asimmetria. La legge italiana peraltro riconosceva la possibilità di ricorrere in caso di errori di diritto alla cassazione ed un cambio dell'ultim'ora aveva introdotto inoltre la possibilità di appello per il pubblico ministero nel caso fossero emerse nuove e decisive prove di colpevolezza (20).

La storia della L. n. 46/2006 è stata controversa e politicamente delicata (21). Fu preceduta da un limitato dibattito accademico (si veda in particolare Padovani, 2003; Stella, 2004) e la principale motivazione addotta a motivo dell'introduzione fu curiosamente quella di abbassare i tempi della giustizia (22). Altrettanto curiosa sembra essere la motivazione addotta dalla corte costituzionale a motivo della dichiarazione d'illegittimità: l'asimmetria dei poteri avrebbe introdotto una discriminazione verso l'accusa nel procedimento violando così il principio di parità tra le parti sancito dall'art. 111 della costituzione (23).

---

(19) L. n. 46 del 20 febbraio 2006, e titolata "Modifiche al codice di procedura penale, in materia di inappellabilità delle sentenze di proscioglimento".

(20) Dopo l'iniziale approvazione delle camere il 20 Gennaio 2006, il presidente della Repubblica Ciampi ha rinviato alle camere la legge la quale è stata definitivamente approvata il 20 febbraio con la riscrittura dell'art. 593.2 del codice di procedura penale che ammetteva esplicitamente la possibilità per il pubblico ministero di ricorrere in appello qualora emergessero nuove prove a carico dell'imputato.

(21) La maggioranza parlamentare che votò la legge e che sosteneva il terzo governo Berlusconi non si scrollò mai di dosso l'accusa di aver promosso questa legge con intenti particolaristici. Si veda ad esempio The Economist, (2006, Jan 19th).

(22) Si veda Coppi, (2003). Diciamo che la motivazione è curiosa, perché come avremo modo di illustrare in seguito questa risulta essere una giustificazione marginale nel novero della letteratura di riferimento.

(23) Anche questa motivazione ci sembra quantomeno curiosa in quanto il

Per concludere ci sembra di poter affermare che il diritto processuale americano è quello che conserva la più robusta asimmetria tra accusa e difesa nei poteri di appellare le sentenze di proscioglimento in primo grado. I paesi di *common law* in generale permettono solitamente gli appelli in caso di errori di diritto ed è da notare come la Gran Bretagna abbia di recente modificato in senso restrittivo questa salvaguardia per l'imputato.

I paesi di tradizione giuridica continentale invece solitamente non presentano questo tipo di asimmetria nelle rispettive procedure penali. Il caso Italia si discosta da questa tradizione. Senza voler ritornare sui motivi e le circostanze che hanno condotto alla promulgazione della legge Pecorella ci preme qui sottolineare come da una parte l'introduzione di una clausola di *double jeopardy* non poteva certo rappresentare quel *vulnus* grave all'equilibrio dell'ordinamento giuridico che alcuni adombravano (24): essa infatti è comunemente adottata in paesi di civilissime tradizioni giuridiche di *common law*. D'altra parte anche i sistemi giuridici che mantengono la simmetria dei poteri di appello sono in grado di offrire agli imputati le tutele necessarie a non essere sottoposti ingiustamente a *jeopardies* multiple e quindi risulta infondato anche l'opposto argomento che sostiene l'illiberalità e non garantismo a prescindere di una procedura simmetrica come tradizionalmente è stata quella italiana. In sostanza ci preme sottolineare come l'inappellabilità delle sentenze di proscioglimento sia solo uno degli istituti che la procedura pone a tutela dell'imputato all'interno del processo penale. Questa visione strumentale può forse contribuire a de-ideologizzare il dibattito che in Italia ha avuto luogo attorno alla legge Pecorella ed a renderlo terreno fertile per la ricerca accademica.

2. *Perché avere poteri asimmetrici di appello tra accusa e difesa?*

Abbiamo sin qui evidenziato come i poteri asimmetrici di appello siano tutto sommato una caratteristica diffusa delle procedure penali

---

principio di parità tra le parti processuali, tipico del modello accusatorio di stampo anglosassone, è sempre stato inteso come uno strumento volto a tutelare l'imputato dai potenziali eccessi del potere inquisitorio del pubblico ministero. Certamente il modello accusatorio ed il principio di *double jeopardy* vanno entrambi nella direzione di offrire più garanzie all'imputato ma non vi è alcuna contraddizione tra di essi: guarda caso, tutti i sistemi legali che abbiamo visto applicare la *double jeopardy* sono di tradizione di *common law* e quindi proprio quei sistemi che da sempre adottano il sistema accusatorio.

(24) Accusa questa spesso formulata dai detrattori della legge ed in un certo qual modo sottointesa dalla sentenza della consulta.

almeno in quelle di tradizione *common law*. Ci si deve chiedere allora quale possa essere la *ratio* di una siffatta caratteristica procedurale. Prima di indagare oltre sulle spiegazioni presenti in letteratura riguardo alla *double jeopardy* ci si deve chiedere in primo luogo perché si abbia il processo di appello. Nella letteratura *law & economics* il processo di appello è interpretato come un meccanismo di correzione degli errori: consentendo alle parti che possiedono informazioni private circa l'occorrenza o meno dell'errore e a condizione che le corti di appello possano verificare con più precisione questo errore rispetto ai tribunali di primo grado, allora si possono costruire gli incentivi necessari affinché le parti ricorrano in appello solo quando l'errore è effettivamente avvenuto (25). Il processo di appello non solo corregge l'errore della corte di livello inferiore [si potrebbe ottenere lo stesso risultato incrementando l'accuratezza del processo (Kaplow, 1994)] ma lo corregge in maniera più economica semplicemente forzando le parti a rivelare delle informazioni private. Se questo è il quadro di analisi economica di riferimento, come si inseriscono in questo contesto i poteri asimmetrici di appello? Presentiamo qui di seguito le spiegazioni più ricorrenti che si trovano in letteratura a sostegno dell'introduzione dell'asimmetria ed in particolare ci soffermeremo sull'ultima di queste spiegazioni.

2.a. *Spiegazioni tradizionali a supporto dell'asimmetria del potere di appello tra le parti.*

Riduzione dei costi sociali delle controversie legali. Una prima spiegazione si potrebbe rintracciare nella volontà di ridurre i costi delle controversie legali limitando la possibilità per una parte di ricorrere ai successivi gradi di giudizio. Dal momento che le parti e la società tutta sostengono dei costi rilevanti nell'affrontare il procedimento, la riduzione artificiosa del percorso processuale impatta sui costi sostenuti dalla società. Su questa linea di argomentazione si è attestato Coppi (2003) che ha appunto promosso l'introduzione di questo istituto nel diritto processuale penale italiano adducendo a ragione i possibili guadagni in termini di riduzione dei tempi processuali.

---

(25) Per capire il vantaggio dell'appello, lo si deve comparare al caso in cui si voglia ottenere lo stesso tasso di errori con un sistema ad un solo grado di giudizio. Per ottenere il quale bisogna investire più massicciamente nell'accuratezza del giudizio. Questo aumento di costi va effettuato su tutti i processi effettuati, mentre nel caso dell'appello, solo una parte di questi (quelli in errori che sono stati appellati) necessiteranno di una disamina più attenta. Si veda Shavell, (1995).

Riduzione dei costi per l'imputato. L'imputato deve sostenere nel corso del processo dei costi rilevanti. Oltre ai costi diretti della difesa ci sono anche quelli indiretti dovuti ad eventuali mancanze e ritardi lavorativi non che all'impossibilità di generare un reddito durante il tempo eventualmente speso in carcere. Anche se in libertà, gli imputati possono essere sottoposti a dei regimi che restringono la libertà di movimento e di effettuare transazioni economiche e di conseguenza le loro potenzialità reddituali (Steinglass, 1998).

Questa linea di argomentazione si concentra sulla capacità dell'imputato di sostenere i costi privati della controversia legale in un sistema accusatorio nel quale il procuratore solitamente può disporre di risorse anche economiche superiori per sostenere le proprie tesi. Negando al procuratore la possibilità di appellare un proscioglimento, parte di questo bilanciamento è ristabilito (26).

Rispetto per le decisioni della giuria. Nella *common law*, i giudizi espressi da giurie popolari godono di un particolare *status* (27). Soprattutto negli Stati Uniti, le giurie popolari sono chiamate a rappresentare in un certo senso la coscienza della comunità nell'applicazione della legge e questo consente alle giurie di sovvertire la prescrizione legale se questa è ritenuta ingiusta. Sarebbe quindi contraddittorio — sostengono alcuni autori — concedere alle giurie questa capacità di porsi addirittura al di là della legge e poi permettere al procuratore di contestare questa stessa decisione (si veda Westen *et al.*, 1978).

Certezza del giudizio. Un altro argomento ricorrente in letteratura è quello che guarda all'interesse dell'imputato a giungere al più presto alla certezza circa il giudizio nei suoi confronti. Così si esprime il giudice Blackmum a questo proposito: *the public interest in the finality of criminal judgments is so strong that an acquitted defendant may not be retried even though «the acquittal was based upon an egregiously erroneous foundation* (28).

---

(26) Nel suo modello, KHANNA (2002) mostra che a certe condizioni questo risultato può essere ribaltato. Infatti se il procuratore dispone di un budget che deve allocare tra primo e secondo grado, la proibizione di appellare consentirà di concentrare il budget sul primo grado e quindi portare in giudizio più casi. Assumendo che il procuratore ordini i casi in base alla loro probabilità di essere vinti che a sua volta dipende dalla qualità delle prove raccolte, questo significa che in primo grado verranno portati nuovi casi più incerti al margine. Di conseguenza è possibile che un meccanismo siffatto induca la generazione di più errori di tipo II rispetto al caso con poteri di appello simmetrici.

(27) Anche nei sistemi di *civil law* esistono le giurie popolari che vengono chiamate a decidere soprattutto in caso di crimini particolarmente seri. Per una disamina sull'uso delle corti d'assise nel sistema Italiano si veda PIZZI - MONTAGNA, (2004).

(28) *Arizona v. Washington*, 434 U. S. 497, 503 (1978). See also STERN, (1990, p. 55).

Anche se ricorrente, quest'argomento giustifica a fatica l'asimmetria nei poteri di appello dal momento che sembra contraddittorio che l'interesse nella certezza del giudizio, così perentorio nel caso di una assoluzione venga invece a mancare in caso di condanna in primo grado per la quale permane la possibilità di appello.

Abusi del procuratore. Un argomento sollevato più famigliare agli economisti riguarda l'uso dell'inappellabilità delle sentenze di assoluzione come strumento che limiti il potere discrezionale del procuratore. Disponendo della libertà, della reputazione ed in alcuni paesi della stessa vita dei cittadini (Jackson, 1940), il procuratore è una figura il cui potere discrezionale è temuto e controllato attraverso le molte salvaguardie che nel procedimento tutelano l'interesse dell'imputato (29) anche perché le implicazioni delle sue azioni non hanno solo conseguenze private ma possono riguardare la società intera (Rosenthal, 1998). Ma perchè i procuratori potrebbero finire con l'adottare questo tipo di comportamento deviante (30)? Hylton e Khanna (2001) adottano una prospettiva di *public choice* alla procedura criminale (31) ed argomentano che gli obiettivi dei singoli individui chiamati a vestire i panni dei procuratori non necessariamente sono allineati con i fini del sistema giudiziale e con quelli della società in generale.

Senza vincoli al loro comportamento, i procuratori potrebbero essere tentati di usare il processo penale per beneficiare se stessi, ad esempio in termini di carriera, oppure esponendosi alla cattura da parte di lobbies o altri potenziali *rent-seekers*. Questi rischi spiegano il motivo per il quale nel processo accusatorio, il potere del procuratore viene contenuto e ribilanciato da una serie di salvaguardie quali la presunzione di innocenza, l'onere della prova, l'elevato livello di evidenza che va raggiunto per ottenere una condanna (32), e l'inappellabilità delle assoluzioni.

Uso strategico dell'appello. Hylton e Khanna (2001) evidenziano

---

(29) A questo proposito si veda il giudice Blackmum che in *Green v. US 355 US 184* (1957) afferma "the State with all its resources and power should not be allowed to make repeated attempts to convict an individual for an alleged offense, thereby subjecting him to embarrassment, expense and ordeal and compelling him to live in a continuing state of anxiety and insecurity".

(30) Si veda anche Shavell, (2006) ove analizza il processo di appello come un sistema per monitorare l'operato dei giudici di primo grado attraverso la minaccia di rovesciare le sentenze di quei giudizi che deviano troppo rispetto ai giudizi socialmente più desiderabili.

(31) Per altri approcci law & economics al comportamento del procuratore si vedano Glaeser *et al.*, (2000) e Baker *et al.*, (2001).

(32) Solitamente nel processo penale questo standard è fissato al livello di "al di là di ogni ragionevole dubbio" (*beyond any reasonable doubt*) mentre nel processo ci-

anche che un processo simmetrico con due gradi di giudizio offre al procuratore la possibilità di utilizzare il primo grado per fare rivelare all'imputato delle informazioni utili a rafforzare la posizione dell'accusa in appello o per permettergli di aggiustare la propria strategia processuale al fine di ottenere una condanna ancorché basata su una evidenza debole. Questo uso strategico come meccanismo di rivelazione delle informazioni private delle parti sembra mettere a disagio i giudici (33), meno i giuseconomisti (34). Ovviamente l'inappellabilità dell'assoluzione impedisce al procuratore di usare strategicamente l'appello.

Ridurre il numero di innocenti condannati. Un'altra motivazione ricorrente si basa sull'intuizione che, impedendo l'appello, proscioglimenti che in primo grado erano corretti non rischiano di essere erroneamente tramutati in condanne in appello. Dal momento che questo argomento è centrale per il prosieguo del nostro ragionamento, vogliamo svilupparlo meglio nella sezione successiva.

3. *Il problema delle condanne erronee.*

I poteri asimmetrici di appello riducono il tasso di condanne erronee. Intuitivamente è semplice capire il perchè: con una struttura simmetrica alcune assoluzioni in primo grado verrebbero ribaltate in appello. Anche ammettendo che i giudici di secondo grado commettano meno errori di quelli di primo si può presumere che alcuni di questi proscioglimenti ribaltati riguardino degli innocenti. Togliendo la possibilità di appellare le sentenze di assoluzione si abbassa quindi sia il numero totale delle condanne sia quello delle condanne erronee. Proprio l'impatto che l'asimmetria ha sulla probabilità di erronea condanna offre una giustificazione all'introduzione dell'asimmetria che è popolare sia tra i giudici (35) sia tra gli accademici (si vedano

---

vile esso può essere abbassato al livello di *clear and convincing evidence* oppure *preponderance of evidence*.

(33) "If the government may reprosecute, it gains an advantage form what it learns at the first trial about the strengthsof the defence case and the weaknesses of its own" *Di Francesco v US 449 US 117* (1980).

(34) Si veda SHAVELL, (1995) che arriva ad affermare che la stessa esistenza dell'appello si può giustificare da un punto di vista economico sulla base della sua capacità di indurre le parti a rivelare informazioni private circa l'occorrenza dell'errore in primo grado.

(35) Ad esempio la corte suprema in *United States v. Scott 437 US 82* (1978) recita "To permit a second trial after an acquittal, however mistaken the acquittal may have been, would present an unacceptably high risk that the Government, with its

tra gli altri Westen *et al.*, 1978; Stern, 1990). Tuttavia non va dimenticato che l'asimmetria impatta anche sul numero di assoluzioni erronee di imputati colpevoli che non possono essere più ribaltate in appello. Il *tradeoff* tra questi due tipi di errore è gravoso e proprio in considerazione di questo *tradeoff* alcuni studiosi rimangono scettici della giustificabilità dell'istituto come funzionale alla difesa degli interessi generali (si veda ad esempio United States, Dept. of Justice, 1987; Stith, 1990) (36). Nel paragrafo successivo tentiamo di formalizzare meglio il ragionamento.

3.a. *Cosa cambia introducendo l'assimmetria nei poteri di appello.*

Prendiamo una popolazione di agenti normalizzata ad 1 dalla quale una certa frazione di individui è portata in giudizio. p_Y è la probabilità che un colpevole sia portato in giudizio mentre p_N è la probabilità che sia un innocente ad essere portato di fronte al giudice (37).

Sia q la probabilità di essere condannato per il colpevole ed m la probabilità di essere condannato per l'innocente. La probabilità di condanna è qui esogena (38) ed assumiamo che $q \geq m$ (39). Supponiamo che tutte le sentenze sono nel periodo seguente portate in appello. Sia r la probabilità di condanna in appello per tutti gli agenti in origine colpevoli, e sia t la probabilità di condanna per tutti gli agenti che erano innocenti in origine. Assumiamo anche qui che $r>t$; e cioè che la probabilità di condanna del colpevole è superiore a quella dell'inno-

---

vastly superior resources, might wear down the defendant so that "even though innocent he may be found guilty".

(36) La critica di Khanna, (2002) gia illustrata nella nota 26 fa un passo oltre dal momento che, nel suo modello, l'introduzione dell'asimmetria permette al procuratore di ingaggiare casi più marginali (in termini di probabilità di vittoria per l'accusa) e quindi di ottenere più condanne erronee.

(37) Il numero di colpevoli che scampano il processo è dunque $(1-p_Y)$. Ovviamente il miglioramento delle tecniche investigative potrebbe far decrescere questo numero virtualmente fino a zero, nel qual caso avremmo che tutti i colpevoli di un crimine sono stati correttamente rilevati e portati in giudizio. Qui assumiamo che questo numero rimanga costante al variare della procedura dal momento che questo numero dipende dalla tecnologia investigativa e non dall'architettura processuale. Una variazione interessante è rappresentata da modello di Khanna gia menzionato nella nota 26. In quel caso la variazione nella procedura permette al procuratore di alterare le proprie capacità investigative endogeneizzando quindi il p_Y.

(38) Questa probabilità potrebbe dipendere da un numero di fattori: il più importante dei quali è lo standard di prova (si veda anche nota 32). Su come lo standard di prova influenzi la probabilità di condanna si veda tra gli altri Yilankaya, (2002) e Stith, (1990). L'esogeneità è qui assunta come una utile semplificazione. Altri modelli endogenizzano questa variabile: si veda ad esempio Friedman - Wickelgren, (2006).

(39) Possiamo giustificare questa assunzione nei seguenti termini: dovremmo aspettarci che provare che un colpevole è effettivamente colpevole dovrebbe essere non più difficile di provare che un innocente è colpevole.

cente (40). Assumiamo che l'esito della procedura sia o una condanna oppure un proscioglimento e che gli unici errori che possono accadere in questa procedura sono la condanna erronea di una persona originalmente innocente e l'assoluzione di un colpevole: escludiamo quindi altri tipi di errore (41).

Denotiamo questo primo caso, nel quale sia l'accusa che la difesa possono appellare in maniera simmetrica — *S* — e lo compariamo con il caso nel quale, *ceteris paribus*, i proscioglimenti non possono essere appellati dall'accusa e denotiamo questa seconda architettura procedurale asimmetrica come — *A* —.

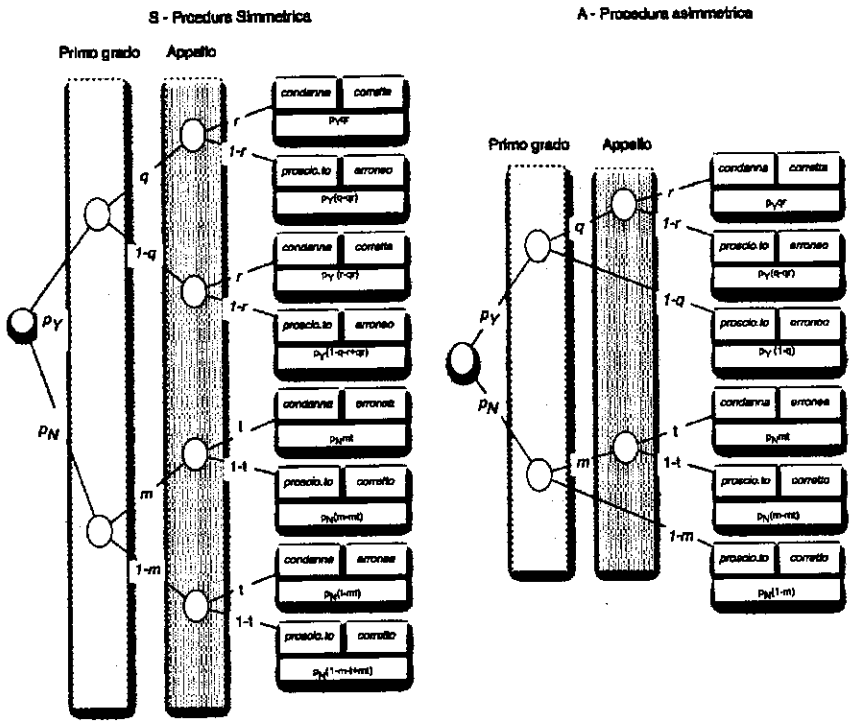


FIG. 1. La probabilità di essere processati per il colpevole (p_Y) e l'innocente (p_N) è combinata con la probabilità di essere condannati in primo grado (q,m) ed in appello (r,t). Gli esiti finali sono confrontati al variare dell'architettura processuale.

(40) Come notato da SHAVELL, (1995), questa assunzione è una condizione necessaria per giustificare l'esistenza del processo di appello in primo luogo.

(41) Generalmente si possono individuare altri tipi di errore: "errori fattuali" per i quali i fatti rilevanti sono erroneamente individuati e gli "errori legali" per i quali si applica uno standard, regola, meccanismo legale non appropriato. Ovviamente qui ci riferiamo invece solo agli errori.

Nella *Figura* 1 i due assetti procedurali sono confrontati. Denotiamo con ϕ la probabilità che il colpevole sia realmente condannato alla fine del procedimento. Dato p_Y la porzione di individui colpevoli coinvolti nel processo quali è la probabilità che un colpevole sia effettivamente condannato? Nel caso simmetrico, $\phi_S=r$ (42) mentre nel caso assimmetrico $\phi_A=qr$. Dato che $1>p_N,p_Y,q,r>0$, possiamo concludere che:

(i) $\phi_S > \phi_A$.

I proscioglimenti erronei di imputati colpevoli nel caso simmetrico ammontano a $1-\phi_S$ il che significa $(1-r)$ mentre nel caso asimmetrico sono pari a $1-\phi_A$ cioè $(1-qr)$.

Denotiamo ora con σ la probabilità della condanna di una persona innocente alla fine del processo e osserviamo che $\sigma_S=t$ mentre $\sigma_A=mt$. Possiamo quindi concludere che:

(ii) $\sigma_S > \sigma_A$.

Allo stesso modo la probabilità di proscioglimenti corretti di innocenti sono $1-\sigma_S$ e $1-\sigma_A$ rispettivamente.

Il discorso precedente può essere riformulato in termini statistici nel modo seguente: consideriamo che l'imputato sia colpevole la nostra ipotesi nulla (43) e verifichiamo che il cambiamento di procedura impatta sul livello di significatività al quale l'ipotesi nulla viene rigettata (44). Un rifiuto dell'ipotesi nulla quando essa è vera corrisponde al proscioglimento del colpevole $(1-\phi)$ ed è quindi un errore di tipo I mentre un'accettazione dell'ipotesi nulla quando essa è sbagliata corrisponde alla condanna dell'innocente (σ) ed è un errore di tipo II (Davis, 1994).

Dalla disuguaglianza (i) si evince che la procedura asimmetrica produce più errori di tipo I e dalla disuguaglianza (ii) si evidenzia come la stessa produca un numero inferiore di errori di tipo II.

Si può quindi concludere che, per una data popolazione di colpe-

---

(42) Come tutte le quantità indicate nel prosieguo con le lettere greche, ϕ_S è qui ottenuta aggregando le probabilità degli otto possibili esiti differenti del processo (sei nel caso asimmetrico). In questo caso $\phi_S=p_Y\ (q\ r+\ r\text{-}qr)$. Dato che ϕ è la probabilità di condanna dell'agente colpevole e che tutti gli agenti in p_Y sono colpevoli, $\phi_S=r$ e $\phi_A=qr$.

(43) Qui seguiamo la definizione di ipotesi nulla indicata in Polinsky *et al.* (2000). Altri lavori fissano l'ipotesi nulla sull'eventualità che l'imputato sia innocente e di conseguenza ottengono definizione di errori di tipo I e II inverse a quelle qui definite.

(44) Si veda anche Miceli, (1990) e Yilankaya, (2002).

voli, ed assumendo che le probabilità di condanna e di proscioglimento ad ogni stadio del processo siano indipendenti rispetto all'architettura procedurale, l'inappellabilità delle sentenze di proscioglimento implichi una più bassa probabilità aggregata di condanna dell'imputato colpevole (ϕ); una probabilità aggregata più elevata di proscioglimento del colpevole (errore di tipo I equivalente a $1-\phi$) ed una probabilità più bassa di condanna dell'innocente (errore di tipo II equivalente a σ).

Possiamo inoltre osservare che il numero totale di decisioni corrette (la condanna del colpevole ed il proscioglimento dell'innocente) è nel caso del processo simmetrico pari a $p_Y\phi_S + p_N\,(1-\sigma_S)$ ossia $p_Y r + p_N - p_N t$ mentre per il caso asimmetrico ammonta a $p_Y\phi_A + p_N\,(1-\sigma_A)$ ossia $p_Y qr + p_N - p_N mt$. Il cambiamento di procedura da —*S*— ad —*A*— ha quindi un impatto ambiguo sulla probabilità di sentenze corrette (45).

Questa semplice struttura ha altre proprietà che meritano attenzione. Le condanne totali (inclusi quindi gli errori di tipo II) sono rispettivamente uguali a $\phi_S+\sigma_S=p_Y r+p_N t$ e $\phi_A+\sigma_A=p_Y qr + p_N mt$. Possiamo quindi concludere che il numero di condanne diminuisca con l'introduzione dell'asimmetria (46) e quindi

(iii) $\phi_S+\sigma_S>\phi_A+\sigma_A$.

Si osservi inoltre che il rapporto tra le condanne erronee e quelle corrette è rispettivamente $\sigma_S/\phi_S=p_Y t/p_Y r$ e $\sigma_A/\phi_A=p_Y mt/p_Y qr$ e quindi

(iv) $\sigma_S/\phi_S \geq \sigma_A/\phi_A$

il rapporto è uguale almeno nel caso in cui $q=m$.

La struttura di questo modello è quasi banale. Certamente ignora altre implicazioni che il cambio di architettura può avere sulle probabilità di condanna, proscioglimento e gli errori relativi. L'obiettivo è solo quello di sistematizzare la semplice intuizione che l'introduzione di una procedura favorevole all'imputato genera — è vero — meno errori di tipo II, ma ha allo stesso tempo importanti implicazioni anche sull'errore di tipo I e quindi sul tasso di condanne totale.

---

(45) A tal proposito si studi ove $[p_Y r+p_N-p_N t]$ - $[p_Y qr+p_N-p_N mt]>0$ e quindi $p_Y r(1-q) + p_N t(m-1)>0$.

(46) Si osservi che $[p_Y r+p_N t]$ - $[p_Y qr+p_N mt]>0$ poiché $[p_Y r/p_N t] > [(m-1)/(1-q)]$ è sempre verificata in quanto il lato sinistro della diseguaglianza è sempre maggiore di 1 mentre il lato destro è negativo in quanto abbiamo assunto che $p_Y>p_N$, $r>t$ and $q>m$.

3.b. *Quanti colpevoli si devono prosciogliere per ogni condanna di innocente?*

Dal modello si evince l'esistenza del *tradeoff* tra i due tipi di errore. Questo *tradeoff* è stato al centro dell'attenzione di accademici, giuristi e giudici. C'è una diffusa e consolidata convinzione che questo *tradeoff* debba essere piegato all'interesse personale a favore dell'innocente condannato piuttosto che non a quello generale che depone contro il colpevole prosciolto. Ma quanto va piegato questo interesse? Mentre è lapalissiano affermare che gli errori di tipo II vanno assolutamente minimizzati, diventa più difficile rispondere alla domanda di quanti errori di tipo I si sia disposti a tollerare al fine di bilanciare questo *tradeoff*.

Qualsiasi studente di diritto americano può citare immediatamente la quantificazione che di questo *tradeoff* ha fatto il giudice Blackstone: *that it is better that ten guilty persons escape, than that one suffer* (1766, p. 352). Anche la Corte Suprema americana cita questo passaggio anche se mai si è sin ora vincolata a quantificare precisamente questo numero (47). Alexander Volokh (1997) ha pazientemente collezionato molte delle innumerevoli esplicazioni di quello che lui chiama la *regola del n-colpevoli* [prosciolti per ogni innocente condannato]. Come ha modo di constatare Volokh, nel corso del tempo questa regola risulta essere alquanto elastica dal momento che varia dagli $n=1000$ (48) to $n=1$ (49). Anche in tempi più recenti la variabilità di n si è mantenuta piuttosto alta: come abbiamo detto Blackstone afferma che n=10. Ma d'altro canto Benjamin Franklin (50) è sicuro che n=100. Più conservativo invece è Hale che si ferma a n=5 (51).

---

(47) La Corte Suprema ha citato Blackston in *Coffin v. U.S., 156 U.S. 432* (1895). Per una menzione diretta, anche se non quantificata di questo *tradoff* si veda *Herny v. United States 61 U.S. 98* (1959) "It is better, so the Fourth Amendment teaches, that the guilty sometimes go free than that citizens be subject to easy arrest", o l'opinione del Giudice Harlan nel *In re Winship 397 U.S. 358* (1970) dove dice: "I view the requirement of proof beyond a reasonable doubt in a criminal case as bottomed on a fundamental value determination of our society that it is far worse to convict an innocent man than to let a guilty man go free.

(48) Moses Maimonidies, un teorico del diritto spagnolo di origine ebraica che ottenne questo numero interpretando i comandamenti dell'esodo. Citato in VOLOKH (1997).

(49) Imperator Iustinianus Digestae 48.19.5pr. (Ulpianus 7 de off. procons.) *sed nec de suspicionibus debere aliquem damnari divus traianus adsidio severo rescripsit: satius enim esse impunitum relinqui facinus nocentis quam innocentem damnari.* Citato in VOLOKH, (1997).

(50) *It is better one hundred guilty Persons should escape than that one innocent Person should suffer.* Corrispondenza tra Benjamin Franklin e Benjamin Vaughan (Mar. 14, 1785), in FRANKLIN *et al.*, (1970) citato in VOLOKH, (1997).

(51) HALE *et al.*, (1736) citato in MAY, (1875).

Fuor d'ironia, la regola degli *n-colpevoli*, nelle sue varie declinazioni rimane comunque la solida espressione di una diffusa percezione che, per molte ragioni — una delle quali verrà discussa in seguito — sia meglio che la procedura processuale devota alla condanna dei colpevoli generi più errori a danno della società (proscioglimento di colpevoli) piuttosto che contro l'individuo (la condanna dell'innocente), assumendo che il numero di errori, data una certa tecnologia inquisitoria, sia irriducibile oltre una certa soglia.

3.c. *La regola degli n-colpevoli in termini economici.*

Il preferire un errore di tipo II ad un errore di tipo I è sicuramente consistente con l'affermazione che i costi della condanna di un innocente siano di molto superiori a quelli del proscioglimento di un colpevole (Posner, 1998, p. 605). Ma perché questi due costi divergono? Esistono spiegazioni economiche che possono venire in supporto a quelle peraltro facilmente intuibili di natura morale?

Hylton (2001) menziona i costi della diluizione del potere deterrente della pena ed i costi marginali di imprigionare ulteriori individui. Tuttavia la prima spiegazione è insufficiente in quanto i modelli di deterrenza ottima (Png, 1986; Polinsky - Shavell, 2000, per una critica si veda Lando, 2006) dimostrano che entrambi i tipi di errore hanno un impatto negativo sul potere deterrente della sanzione e quindi, dal momento che esiste un *tradeoff* tra i due errori, questa non può essere una spiegazione sufficiente. Per quanto riguarda i costi dell'incapacitazione, anche in questo caso si tratta di pesare il costo diretto di un ulteriore incarcerazione generato da un errore di tipo II a fronte di un costo sociale più indiretto (generato ad esempio dalla possibilità di reiterare il crimine) causato da un errore di tipo I.

Miceli (1991) introduce una prospettiva *ex-post* dell'attività criminale e, basandosi su considerazioni di giustizia, formula due pesi diversi per i due tipi di errore. Anche Lando (2003) introduce delle motivazioni di giustizia per giustificare un peso differente attribuito ai due errori nel modello Beckeriano (1968) di deterrenza ottima. In entrambi i casi possiamo affermare che il peso divergente dato ai due errori è postulato e non spiegato dal modello (52). Per quanto ci è dato di constatare, non sembrano sussistere nella letteratura di law & eco-

(52) Al più Lando prova a misurarlo attraverso una survey condotta tra gli studenti della Copenhagen Business School a cui sottopone i seguenti quesiti: "How many guilty people are you willing to let go free to avoid that someone is wrongly convicted of sexual violation?" e "How many sexual violations can you/are you wil-

nomics delle ipotesi che cerchino di dare risposta a questo quesito; che cerchino di dare ragione della regola degli *n-colpevoli*. Perché tra i due errori, tentiamo di evitare il secondo anche a scapito di aumentare il primo? Qui di seguito avanziamo un'ipotesi che si basa su un modello di stigma sociale.

4. *Perché lo stigma sociale necessita di una procedura garantista?*

Lo stigma sociale è un fenomeno importante di interazione sociale. Coloro che commettono dei crimini sono solitamente stigmatizzati dal resto degli individui della società ed intuitivamente sembra esserci qualcosa di buono in questo. Come se un criminale meritasse anche lo stigma sociale. Come se fosse quasi inevitabile che i comportamenti antisociali dei criminali fossero stigmatizzati per il bene stesso della società. L'intuizione che vogliamo suggerire è che lo stigma sia un meccanismo di *enforcement* endogeno di quelle che sono le norme sociali e che si sovrappongono alle regole legali. Questo ragionamento però sta in piedi solo alla condizione che gli individui nella società che poi materialmente stigmatizzano siano certi di ciò che osservano e cioè che coloro che vengono considerati criminali siano davvero colpevoli.

L'informazione più semplice da ottenere a questo proposito riguarda ovviamente la fedina penale di ciascuno. Se una persona è condannata, lo dovrebbe essere in quanto veramente colpevole. Ma come abbiamo visto sin qui, gli errori giudiziari accadono e condannato non necessariamente coincide con *colpevole*. Questo non è un bene se gli individui osservano la prima variabile come segnale della seconda. E se le due divergono, allora gli individui potrebbero essere riluttanti a stigmatizzare una persona che, nonostante abbia subito una condanna, potrebbe essere con buona probabilità non colpevole. Questa è l'intuizione qui di seguito stilizzata nel modello, modello che si occupa di verificare come l'alterazione dell'architettura procedurale incida sull'affidabilità del segnale di condanna al fine di stigmatizzare il criminale.

4.a. *Un modello di segnalazione della condanna criminale e dello stigma sociale.*

Il modello qui presentato è largamente basato su Galbiati e Garoupa (2007). In una data società gli individui stigmatizzano i crimi-

---

ling to accept in order to avoid that someone is wrongly convicted of sexual violation?".

nali attraverso sanzioni extra-legali, il livello delle quali dipende dall'affidabilità dell'informazione osservata. Questi agenti osservano ove altri agenti abbiano una condanna penale ed inferiscono da questa la probabilità che l'agente sia effettivamente colpevole basandosi sulla conoscenza che essi hanno del sistema legale che ha condotto a quella condanna.

Si assuma che f sia il livello di sanzione legale, sia monetaria che non monetaria, con le quali si censura il crimine una volta che l'individuo è condannato. Si assuma s come l'ammontare di stigma che la società attribuisce all'individuo. Chiameremo questa la sanzione extra-legale. Sia b il guadagno illegale che un individuo può estrarre dal compiere il crimine. Gli individui massimizzano i guadagni attesi dall'aver commesso il crimine e li scontano per la probabilità di essere condannati. Naturalmente gli individui scontano anche la possibilità di essere condannati erroneamente. Di conseguenza la decisione di commettere il crimine dipende da:

(v) $b \geq (\phi - \sigma)(f+s)$.

Ad ogni individuo è attribuito un b nel rispetto di una funzione di densità di probabilità $g(b)$ ed una funzione cumulativa di probabilità $G(b)$ con supporto nell'intervallo $[0,\infty)$. La popolazione degli individui è normalizzata ad 1. Quindi il numero di individui onesti è pari a $G[(\phi-\sigma)(f+s)]$ mentre coloro che decidono di delinquere è $1-G[(\phi-\sigma)(f+s)]$ (53).

Gli individui nella società sono consapevoli di quale delle due procedure — S o A — siano applicate quindi conoscono le probabilità, per ciascuna procedura, di avere condanne corrette oppure errori di tipo I.

Gli agenti possono osservare chi ha ricevuto una condanna ma non direttamente sapere chi è criminale. Utilizzano quindi la condanna come segnale di colpevolezza, anche se il segnale è ovviamente disturbato dall'occorrenza degli errori.

Si ricordi che σ e ϕ rappresentano le probabilità condizionate della condanna e del proscioglimento laddove la popolazione criminale rappresenta la probabilità a priori che un individuo sia colpevole.

Quindi, per inferenza Bayesiana, la probabilità a posteriori di es-

---

(53) Si noti che $1-G$ è la frazione di popolazione che non commette il crimine. Potrebbe essere facilmente confusa con p_Y che invece abbiamo precedentemente definito come la probabilità che un individuo venga portato di fronte ad una corte. Le due misure coinciderebbero solo a condizione che (a) G fosse normalizzato ad 1 e (b) tutti i colpevoli fossero individuati e portati a processo.

sere colpevole μ, è uguale alla probabilità a priori di essere colpevole $(1\text{-}G)$ moltiplicato per la probabilità condizionata di essere colpevole se condannato (ϕ) e diviso per la probabilità marginale di essere condannato sotto ciascuna delle due ipotesi mutualmente esclusive $(\phi(1\text{-}G)+\sigma G)$.

$$\text{(vi)}\quad \mu(\varphi,\sigma,f+s)=\frac{\varphi(1\text{-}G[(\varphi\text{-}\sigma)(f+s)])}{\sigma G[(\varphi-\sigma)(f+s)]+\varphi(1\text{-}G[(\varphi-\sigma)(f+s)])}\ .$$

Si noti che μ dipende da σ,ϕ,f e dal livello di stigma. Si può pensare a μ come ad una misura normalizzata (0,1), di quanta informazione l'evento osservabile di aver ricevuto una condanna fornisce circa l'effettiva colpevolezza dell'individuo, μ è un indice della credibilità del segnale.

La società utilizza μ per decidere quanto stigmatizzare il condannato. Quanto più il segnale è affidabile, quanto più la società utilizza lo stigma come meccanismo sanzionatorio. Ipotizziamo quindi che la società osservi in ogni momento la probabilità a posteriori di essere colpevole nel periodo precedente e attribuisca un livello di stigma che risponde alla seguente funzione:

$$\text{(vii)}\quad s=\omega\mu_{t-1}(\phi,\sigma,f+s_{t-1})$$

dove ω cattura le altre variabili influenzate dallo stigma. ω rappresenta la capacità di tradurre effettivamente il segnale di colpevolezza in stigma.

Si noti da (vii) che $\partial s/\partial\mu_{t-1}>0$; più alta è l'affidabilità del segnale, e più la società stigmatizza i condannati. D'altra parte si osservi da (v) che il potenziale criminale internalizza il livello di stigma nella sua decisione di commettere o meno il crimine. Di conseguenza ad un più alto livello di stigma si accompagna un più basso livello di crimine. A sua volta, questo abbassamento nel tasso criminale (*alias* nella percentuale di individui che optano per commettere il crimine) si traduce in un più basso livello di μ come da (vi). Uno stigma più alto fa calare la popolazione criminale e decrementa anche l'affidabilità del segnale poiché ora $\partial\mu/\partial s<0$. Ma torniamo allo stigma per una più accurata disamina del fenomeno.

4.b. *Che cos'è lo stigma?*

Lo stigma si manifesta quando qualcuno mostra riluttanza ad interagire con qualcun'altro perchè quest'ultimo ha dei tratti somatici, culturali, religiosi, comportamentali etc. indesiderabili o considerati

tali. Ad un individuo stigmatizzato corrispondono quindi solitamente altri individui che operano la stigmatizzazione.

Eric Posner (2000, p. 94) distingue tra due elementi della stigmatizzazione: da una parte c'è il lavoro di monitoraggio, scoperta e comunicazione dell'elemento/persona/comportamento deviante (rispetto ad un presunto standard sociale) che va stigmatizzato, dall'altra c'è invece il momento dell'enforcement che viene attuato attraverso le azioni stigmatizzanti. Il primo momento può essere sviluppato anche dall'autorità pubblica (pensiamo appunto alle indagini dei pubblici ministeri) mentre il secondo è appannaggio dei singoli agenti della società (Posner, 2000, p. 94).

Nel nostro modello è possibile riprodurre il primo momento in quanto la pubblica autorità può avere svariati modi per influenzare il modo in cui lo stigma impatta sui criminali. Da un lato può agire su μ che è una funzione di σ,ϕ e G. L'autorità potrebbe ad esempio incrementare la sanzione f, la quale fa diminuire la popolazione G che a sua volta ha un impatto su μ. L'altro modo di influenzare il livello di stigma è attraverso ω cioè attraverso questo parametro che descrive quanto bene il segnale μ si trasforma in s. Come può l'autorità cambiare questo parametro? Ad esempio scegliendo tra diverse sanzioni, quelle più stigmatizzanti, ovvero quelle che espongono di più alla vergogna (*shame*) ed al disonore. O rendendo il più possibile pubblica la condanna. In tutti e due i casi, l'autorità agisce in maniera tale da fare in modo che più μ si trasformi in s.

Storicamente l'autorità ha sempre usato forme di sanzioni disonorevoli (*shaming sanctions*). Sanzioni che lasciavano sugli individui marchi indelebili che potessero indurre facilmente alla stigmatizzazione di altri agenti. Mutilazioni, marchiature e tatuaggi sono stati spesso usati per rendere indelebile il passaggio di una condanna. Ma anche flagellazioni, imposizioni di abiti o segni distintivi, scuse pubbliche, umiliazioni rituali e gogne (Barnes, 1972); queste ed altre sono forme di sanzioni disonorevoli provocavano il ripudio e l'ostracizzazione dei condannati dai loro contesti sociali. Forme più moderne di sanzioni stigmatizzate includono la pubblicazione del nome dei condannati in particolari registri pubblici, in giornali o tramite programmi televisivi, l'imposizione ai condannati di indossare certi tipi di segnaletiche (ad esempio le targhe speciali sugli autoveicoli) o l'imposizione di scuse pubbliche anche attraverso forme rituali imbarazzanti (si veda Brilliant, 1989, pp. 1362-1368; Kahan, 1996, p. 633; Teichman, 2005, p. 360). La differenza più rimarchevole tra le sanzioni biasimanti antiche e moderne è forse la mancanza di punizioni corporali. Questo ci fa

intuire quanto l'aspetto biasimante che solitamente si accompagna a pene di natura corporale (una volta), incapacitativa (la carcerazione) o anche semplicemente monetarie sia però concettualmente distinto, tanto che oggi vengono impiegate sanzioni che hanno solo una pura valenza umiliante (Whitman, 1998, p. 106). In altre parole l'autorità che commina una sanzione ha due leve da esercitare: da una parte ha il tipico portafoglio di sanzioni legali: dall'ammenda al carcere; dall'altra ha i meccanismi stigmatizzanti da attivare attraverso forme di pubblicità (54) o biasimo.

I due strumenti si possono sommare o possono essere usati come sostituti: così la pubblicazione di scuse pubbliche su un giornale è una forma di sanzione stigmatizzante senza alcun aspetto di sanzione legale. Allo stesso modo una multa per una violazione del codice della strada difficilmente induce un effetto di stigma sociale. Si consideri invece l'incarcerazione: senz'altro la più severa (tra quelle usate nelle società moderne) delle punizioni legali ma che ha anche una forte valenza stigmatizzante (Kahan, 1996). Nel corso degli anni '90 si è assistito ad un imponente *revival* in nord america di quelle che li sono definite come *shaming sanctions* sia dal punto di vista del loro variegato utilizzo da parte delle corti (Massaro, 1991; 1997) sia dal supporto che hanno incontrato nel mondo accademico (si veda in particolare Kahan, 1996, per una visione critica si veda 1997; Whitman, 1998, ed ultimamente lo stesso, Kahan, 2006, p. 817; Kahan *et al.*, 1999; Nussbaum, 2004, pp. 230-33).

Tra i motivi che hanno favorito il ritorno a queste forme di punizioni stigmatizzanti vi è senz'altro la constatazione che i meccanismi di stigma, seppur costosi per i criminali che li subiscono, sono disponibili a buon mercato per l'autorità che li produce. D'altro canto i meccanismi stigmatizzanti sono difficilmente controllabili e regolabili e possono produrre risultati inaspettati e negativi (Glaeser *et al.*, 1996, Alon, 2005, p. 742 e Rasmusen, 1996).

Di tutti le controindicazioni dei meccanismi stigmatizzanti che accompagnano le sanzioni nel diritto penale, quella più rilevante per il nostro discorso è quella che riguarda l'eventuale imputato ingiustamente condannato. Per citare il giudice Brennan "the accused during a criminal prosecution has at stake interests of immense importance, both because of the possibility that he may lose his liberty upon con-

(54) Anche molto controversa, si pensi alle Megan's Law con le quali alcuni stati americani pubblicizzano l'indirizzo di persone condannate per reati di abusi sessuali e pedofilia. Si veda Eyssen, (2001, 2002), Linden *et al.*, (2006).

viction and because of the certainty that he would be stigmatized by the conviction" (55). In un certo senso quindi, l'effetto stigmatizzante della condanna rinforza l'argomento che i poteri asimmetrici di appello siano finalizzati sia alla riduzione dei poteri dell'accusa dal momento che i costi dovuti ad un'eventuale condanna erronea sono amplificati dal meccanismo stigmatizzante. La presenza del meccanismo di stigma — sembra suggerire Brennan (ma si veda anche Goldstein, 1960; Underwood, 1977) — dovrebbe indurre ancora più precauzioni ed attenzioni nei confronti dell'imputato nella procedura criminale.

5. *Come l'inappellabilità delle sentenze di assoluzione agisce sullo stigma.*

Consideriamo ora formalmente come l'affidabilità del segnale di colpevolezza che la condanna porta con se ed il livello di stigma che ne consegue cambiano quando ci si muove da un'architettura procedurale basata sui poteri di appello simmetrici ad una asimmetrica. Qui di seguito utilizziamo un semplice approccio dinamico che può essere implementato in un modello a base di agenti e studiamo cosa succede quando si passa da un modello simmetrico ad uno asimmetrico. Ci sono principalmente tre canali attraverso i quali un cambiamento nella probabilità di condanna per il colpevole e per l'innocente — cambiamento dovuto all'introduzione dell'asimmetria dei poteri di appello — influisce sulla popolazione criminale.

Il primo risultato immediato dei poteri asimmetrici di appello introdotti è che più criminali scampano la condanna a causa degli errori di tipo I come osservato in (i). Questo ovviamente fa si che i guadagni dal crimine aumentino. Allo stesso modo ci sono anche meno errori di tipo II (ii) e questo induce più individui a non ingaggiare l'attività criminale. L'effetto netto non è immediato (56). Questo primo canale di impatto dei poteri asimmetrici di appello sul livello di crimine è ambiguo dal momento che, a certe condizioni, i proscioglimenti erronei potrebbero incrementare fino a controbilanciare completamente i guadagni ottenuti in termini di diminuzione di condanne erronee.

Il secondo meccanismo attraverso il quale i poteri asimmetrici di appello influenzano il livello di crimine è inducendo un più alto livello

---

(55) In re WINSHIP, 397 U.S. 358 (1970).

(56) In altre parole bisogna studiare se ϕ_S-$\sigma_S > \phi_A$-σ_A. Questa disuguaglianza sarebbe verificata sempre se $m=q$ o più generalmente per ogni $m>(1-p_Y/p_N)r(q-1)$. Si osservi infatti che $[p_Y r-p_N t] - [p_Y qr-p_N mt]>0$ perchè $[p_Y r/p_N t] > [(1-m) / (1-q)]$ è sempre verificata se $q=m$ e dal momento che $p_Y>p_N$, $r>t$ per assunzione.

di stigma e conseguentemente i costi dell'attività criminale. Quando ci spostiamo da ϕ_S,σ_S a ϕ_A,ϕ_A modifichiamo le probabilità condizionate di essere condannati. Che cosa succede a G ed a $(1\text{-}G)$? Queste sono le probabilità a priori di essere innocenti e criminali rispettivamente e assumiamo per ora che esse rimangano costanti. Un cambiamento nelle probabilità condizionate ha un effetto sulle probabilità a posteriori di essere criminali una volta constato di essere stati condannati. In particolare $\mu_S > \mu_A$. Si noti infatti che, data (vii), questa disuguaglianza può essere riscritta come $\frac{\varphi_S(1-G)}{\varphi_S(1-G)+\sigma_S G} < \frac{\varphi_A(1-G)}{\varphi_A(1-G)+\sigma_A G}$.

Dato che per ora abbiamo tenuto costante $G_S = G_A$ questa inguaglianza si semplifica in $\sigma_S/\phi_S > \sigma_A/\phi_A$ che è sempre verificata come da (iv). Una più alta affidabilità della condanna come segnale di colpevolezza induce gli individui a stigmatizzare di più come da (vi). Uno stigma più elevato impatta sui costi di commettere il crimine *vis-à-vis* i suoi benefici (si veda (v)) rendendo più appetibile per gli individui l'opzione di rimanere onesti. I poteri asimmetrici di appello rendono il segnale più affidabile, inducono quindi più stigma e quindi rendono il crimine più oneroso. L'ipotesi che proponiamo con il presente lavoro è che questo meccanismo spieghi l'adozione di poteri asimmetrici di appello nella procedura criminale. C'è però un effetto contro-intuitivo nell'introduzione dei poteri asimmetrici di appello che va considerato.

Abbiamo visto come, muovendosi da ϕ_S,σ_S a ϕ_A,σ_A le probabilità condizionate cambiano in maniera tale da indurre un aumento di μ. Quando lo stigma aumenta, meno individui commettono il crimine e la popolazione G aumenta. Si ricordi che G è la nostra probabilità a priori di non commettere il crimine e $1\text{-}G$ è la probabilità a priori di essere criminali. Di conseguenza, quando la prima aumenta e la seconda diminuisce, la nostra probabilità a posteriori di essere colpevoli se condannati diminuisce. Questo effetto controbilancia il meccanismo precedente e, in equilibrio, potremmo ottenere ipoteticamente un livello μ_A e s_A che siano inferiori a μ_S e s_S.

In questo modello, l'introduzione dei poteri asimmetrici di appello incide sul livello di crimine in maniera complessa. In primo luogo, incidendo sulle probabilità di condanna sia per il colpevole che per l'innocente, impattano direttamente sul costo del crimine. Questo effetto è ambiguo e dipende da quale, tra σ e ϕ diminuisce più rapidamente. Il secondo meccanismo è più indiretto e lavora attraverso l'effetto stigmatizzante della condanna. Anch'esso è ambiguo e può esse-

re decomposto in due effetti di segno opposto. Il primo, la diminuzione delle probabilità condizionate σ e ϕ incrementa l'affidabilità della condanna come segnale di colpevolezza (ossia la probabilità a posteriori di essere colpevole). Questo a sua volta induce la società a stigmatizzare di più i condannati e quindi aumenta i costi del crimine. Però, appena i più alti costi del crimine sono internalizzati dagli individui e la popolazione di chi opta per il crimine diminuisce, diminuisce anche di conseguenza l'affidabilità del segnale. I poteri asimmetrici di appello hanno quindi due effetti sull'affidabilità del segnale: da una parte incrementano μ diminuendo il numero delle condanne erronee, e dall'altra incidono negativamente su μ impattando positivamente sul livello di stigma e quindi diminuendo la popolazione criminale.

6. *Un'implementazione attraverso un modello computazionale a base di agenti.*

Per testare il modello discusso sin qui, implementiamo un modello a base di agenti (57) (da qui in poi *ABM*). Come è stato rimarcato altrove, anche il più austero modello matematico è comunque semplicemente una storia (McCloskey, 1998). Il nostro modello non fa eccezione. Uno dei vantaggi dei metodi computazionali a base di agenti è quella di essere in grado di tradurre anche i più noiosi e difficilmente intelligibili modelli matematici in storie intuitive e visuali quasi senza sforzo. Gli agenti del nostro modello sono collocati in un *lattice* bidimensionale non dissimile da una scacchiera. Ad ogni agente — ne implementiamo più di 10.000 — il programma assegna in maniera *random b*, ovvero una capacità specifica di estrarre dei guadagni dal commettere un crimine. Gli agenti quindi, ad ogni turno decidono ove sia conveniente per loro commettere il crimine oppure no seguendo il calcolo dell'equazione (v). Tutti i parametri quali la sanzione f, e le probabilità che compongono ϕ e σ sono settate esogeneamente; incluso il livello iniziale di stigma. Una volta che il modello è avviato, lo stigma viene calcolato endogeneamente attraverso il meccanismo di inferenza Bayesiana visto in equazione (vi). Con il procedere del tempo, simbolizzato dal susseguirsi dei turni del gioco il livello di stigma è aggiornato e viene internalizzato nei costi del crimine. Mentre il modello è in esecuzione, è possibile quindi modificare la procedura criminale da A

(57) Il programma è disponibile ed eseguibile a questo indirizzo: *http://www.matteorizzolli.net/ace/stigma/*. È programmato in NetLogo (WILENSKY, 1999).

ad S e viceversa; il livello della sanzione legale f, s, ω e le altre variabili.

Questa implementazione adotta la metodologia dell'economia computazione a base di agenti (per una survey recente si veda Tesfatsion *et al.*, 2006). Siamo comunque consapevoli che siffatta, l'implementazione sfrutta solo in parte le potenzialità degli ABM, dal momento che il modello implementato è alquanto deterministico e non mostra alcuna proprietà emergente. La deterministicità è dovuta al fatto che una (pseudo)randomizzazione è introdotta solo nell'assegnazione di b e laddove un determinato agente appartenga a p_Y piuttosto che a p_N. Dato il relativamente alto numero di agenti e la distribuzione uniforme dei numeri *random*, gli esiti del modello risultano alquanto predicibili. Un'altra differenza che potrebbe essere notata rispetto ad un più standard ABM è rappresentata dal fatto che le variabili rilevanti quali il livello di stigma e l'affidabilità del segnale sono calcolate globalmente come se gli agenti avessero informazione perfetta e piena razionalità.

6.a. *Risultati dell'implementazione ABM.*

Il tasso criminale ed il livello di stigma si stabilizzano dopo pochi periodi di aggiustamento. A prescindere da quale sia il livello di stigma iniziale, una volta che parte il meccanismo di determinazione endogena dello stigma, esso si aggiusta e converge ad un livello stabile. Il livello iniziale di stigma è quindi irrilevante in quanto il modello si aggiusta in ogni caso attorno allo stesso valore.

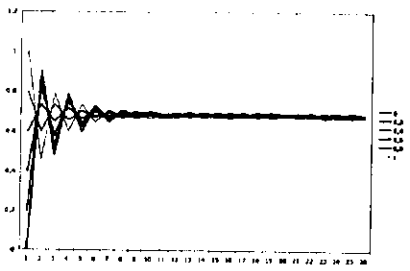


Grafico 1: *Il livello di stigma converge anche quando si parte con diversi valori di stigma.* L'algoritmo è fatto girare per 25 periodi variando il livello iniziale di stigma ad intervalli regolari compresi tra 0 ed 1. Altri parametri sono mantenuti costanti: in particolare ω=1, m,q,r,t=0,5 p_Y=0,8 p_y=0,1.

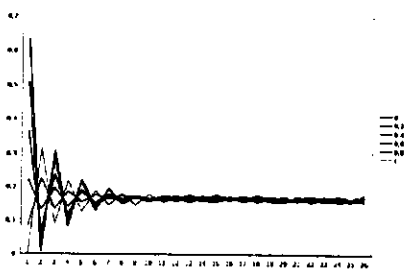


Grafico 2: *Il tasso criminale converge.* L'algoritmo è fatto girare per 25 periodi variando il livello iniziale di stigma ad intervalli regolari compresi tra 0 ed 1. Altri parametri sono mantenuti costanti: in particolare ω=1, m,q,r,t=0,5 p_Y=0,8 p_y=0,1.

Tuttavia il livello di stigma ed il tasso criminale non necessariamente si stabilizzano attorno ad un valore dato. In certe circostanze come quando i parametri si combinano in maniera tale da portare il tasso criminale prossimo allo zero, il livello di stigma ed il tasso criminale saltano indefinitivamente ad ogni periodo attorno a valori molto ampi.

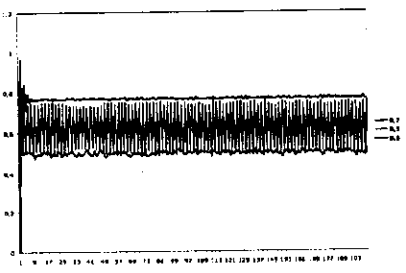


Grafico 3: *Convergenza in dubbio?* Le tre linee esprimono il livello di stigma quando a variare è solo il livello della sanzione [0,2; 0,5; 0,8]. L'algoritmo è fatto girare per 200 periodi. Si noti che quando la sanzione è fissata a 0,5, non vi è convergenza ma piuttosto alta variabilità all'interno di un intervallo regolare di valori. Gli altri parametri sono mantenuti costanti: in particolare il livello iniziale di s=0, ω=1, ϕ=0,9 e σ=0,1.

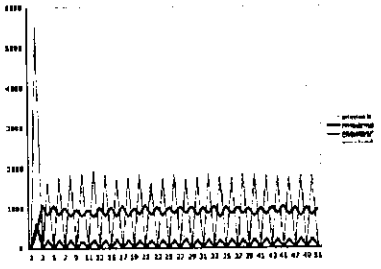


Grafico 4: *Alte fluttuazioni.* Le tre linee rappresentano il numero di ϕ, σ e 1-ϕ individui. I parametri del modello sono f=0,5 iniziale s=0, ω=1, e con ϕ=0,9 e σ=0,1. Dopo l'aggiustamento iniziale il numero dei tre gruppi non si stabilizza ma fluttua all'interno di un intervallo elevato.

Nel *Grafico* 3 viene mostrato questo caso: per il quale cambiamo solo il livello della sanzione legale. Quando essa è fissata a 0,2 oppure a 0,8 l'aggiustamento avviene regolarmente come nei casi visti sopra. Si noti che nel caso 0,8 il tasso criminale va rapidamente a zero poiché i costi attesi del crimine eccedono sempre b per ogni agente. Tuttavia nel caso della sanzione fissata a 0,5 l'algoritmo del modello produce un livello di stigma che induce un aumento nei costi del crimine fino ad arrivare nell'intorno di 1. Quando questa soglia è sorpassata, nessun agente diventa criminale (si veda il *periodo* 2 nel *Grafico* 4). Ma quando non vi sono più criminali nella società il livello di stigma deteriora immediatamente dal momento che la probabilità a priori di essere colpevoli diventa zero (si veda (vi)). Ma senza stigma, il crimine diventa profittevole di nuovo, almeno per alcuni agenti, e nel periodo successivo un numero significativo di agenti (con questi parametri quasi 1/5) opta per il crimine nuovamente. In questi casi dove la somma della sanzione legale ed extra-legale è elevata abbastanza da ren-

dere negativi i profitti attesi dal crimine, tutti i parametri endogeni quali il livello di stigma, la popolazione di criminali ed innocenti varia sensibilmente senza mai stabilizzarsi, anche se lo fa all'interno di un intervallo che rimane costante.

La procedura asimmetrica conta. L'introduzione del potere asimmetrico di appello è rilevante: nei grafici qui sotto riportiamo una successione di 40 periodi nei quali la procedura viene cambiata a t=20 da (S) ad (A). La caduta nel numero di innocenti condannati e l'aumento di entrambe le variabili dei colpevoli condannati e dei colpevoli prosciolti (mostrati nel grafico di sinistra) avviene per tutti i *range* di parametri per cui abbiamo testato il modello. Ci sono ovviamente alcuni casi limite come quando m,q=1. In questo caso non ci sono proscioglimenti in primo grado e quindi l'appello diventa irrilevante dal momento che non c'è alcun proscioglimento che rischia di essere ribaltato in secondo grado.

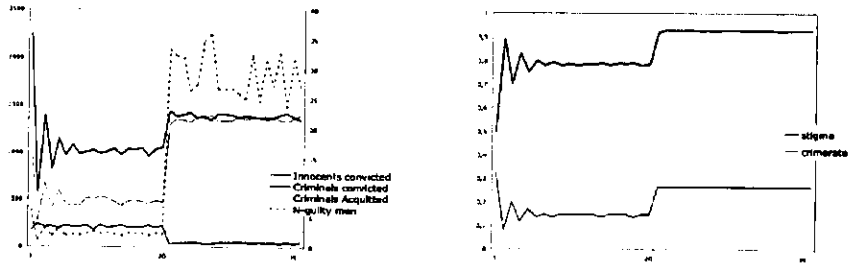


Grafico 5: *Muovendosi da S ad A.* L'algoritmo è fatto girare per 40 periodi. A t=20, la procedura cambia, da S ad A mentre il resto rimane invariato. In particolare, i parametri qui sono s=0,5, ω=1, f=0,5 e q,r=0,75 m,t=0,25 and pY=0,9 pN=0,1.

Nel *grafico* di sinistra la linea tratteggiata misura il rapporto degli errori (tipo I/tipo II), cioè quanti criminali vengono erroneamente prosciolti per ogni innocente che viene condannato.

Come si può evincere dal grafico, questo rapporto aumenta sensibilmente passando da S ad A in concordanza con quanto previsto.

Con i parametri del *Grafico* 5 otteniamo inoltre un più alto livello di stigma ed un più alto tasso criminale una volta passati da S ad A come si può vedere nel grafico di destra. Tuttavia non necessariamente si ottiene un incremento sia del livello di stigma che del tasso criminale così come mostrato nel *Grafico* 5. In particolare, essi possono rimanere sostanzialmente costanti o declinare se si considerano altri parametri.

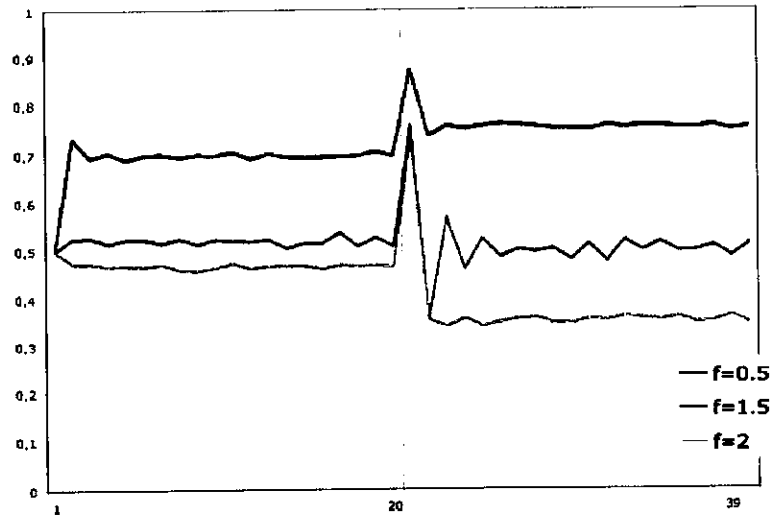


Grafico 6: *Lo stigma può aumentare oppure diminuire.* L'algoritmo è testato per tre volte su una serie di 40 periodi ed ogni volta si passa da S ad A in t=20. Si noti che con un livello della sanzione legale fissata a f=0,5, il passaggio ad A aumenta lo stigma, mentre con un livello di sanzione f=2 lo stigma invece diminuisce. Gli altri parametri sono s=0,5, ω=1, f=0,5 e q,r=0,75 m,t=0,25 and pY=0,9 pN=0,9.

Nel *Grafico* 6 ad esempio, variamo solo la magnitudine della sanzione nei parametri iniziali del modello. Ciononostante otteniamo opposti impatti sullo stigma dall'introduzione di A. Con una sanzione di 0,5 lo stigma aumenta dopo l'introduzione di A, mentre diminuisce se essa è fissata a 2.

La pubblicità della pena è rilevante. Abbiamo gia visto in precedenza come l'autorità pubblica può controllare l'impatto dello stigma scegliendo quale utilizzare tra una serie di diverse sanzioni stigmatizzanti e pubblicizzando la condanna con diversa intensità. Nel modello abbiamo sintetizzato questa variabile con il parametro ω. Nel *Grafico* 7 il livello di stigma ed il tasso criminale sono mostrati. Ogni 25 periodi la pubblicità ω è aumentata di 1/3 da 0 a 1 per un totale di 4 intervalli.

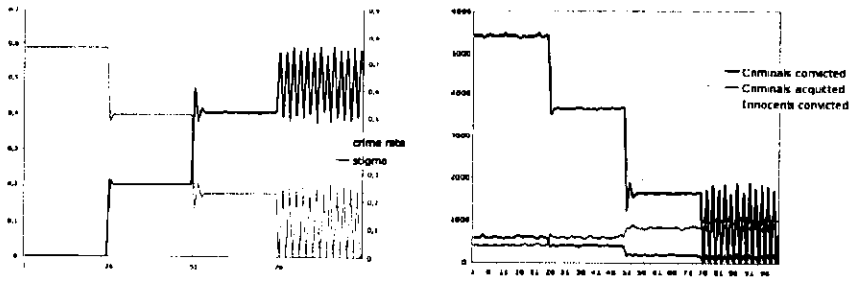


Grafico 7: L'algoritmo è fatto girare per 100 periodi. Ogni 25 periodi la pubblicità è incrementata di 1/3, da 0 a 1. Tutti gli altri parametri sono mantenuti costanti. In particolare: l'iniziale s=0,5, f=0,5 e q,r=0,75 m,t=0,25 and pY=0,9 pN=0,9.

Lo stigma è correlato positivamente con ω e negativamente correlato con il tasso criminale. L'effetto della pubblicità è ancora più evidente se si guarda alla repentina caduta nel numero dei colpevoli condannati che è solo marginalmente bilanciato dal numero degli innocenti correttamente prosciolti. Questo risultato supporta l'argomento che le sanzioni *shaming* sono molto efficaci nel deterrere certi tipi di crimine e che l'autorità pubblica, modulando ω ha una leva importante da utilizzare.

Lo stigma ha dei risultati contro-intuitivi. Come argomentato in precedenza il passaggio da S ad A, causando una diminuzione del numero di condanne erronee, incrementa μ. Nei periodi successivi μ invece diminuisce poiché l'aumento del livello di stigma finisce con l'aumentare il potere deterrente della sanzione e quindi a diminuire la popolazione dei criminali. Questo è evidente dal *Grafico* 8.

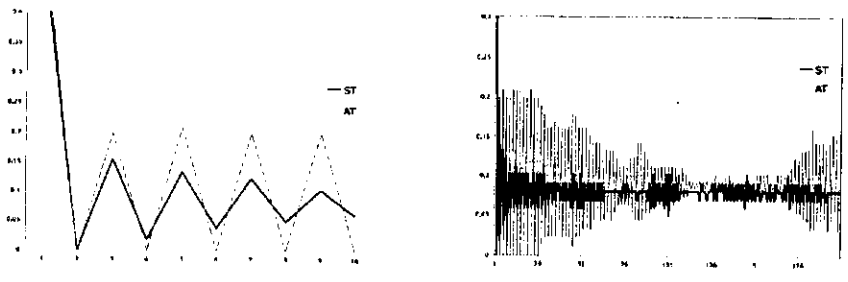


Grafico 8: L'algoritmo è fatto girare per 200 periodi sia con la procedura A che con S. Gli altri parametri sono mantenuti costanti. In particolare: l'iniziale s=0, ω=1, pY=0,9 pN=0,1, m,t=0,5, q,r=0,9, f=0,75. Il grafico di destra è semplicemente un ingrandimento dei primi 10 periodi.

Dal livello iniziale di stigma, il tasso criminale cala nel periodo iniziale ma poi rimbalza poiché l'effetto dello stigma si va a sommare a quello della sanzione legale e di conseguenza aumenta l'effetto deterrente della sanzione. Nel periodo successivo, in conseguenza del fatto che la popolazione criminale diminuisce e quindi l'affidabilità della condanna come segnale di colpevolezza si deteriora, meno stigma induce il tasso criminale ad invertire nuovamente il trend. Dal *Grafico* 8, e dati i parametri del caso, possiamo vedere come in — S — il tasso criminale si appiattisce nel giro di qualche periodo attorno ad un ristretto intervallo di valori. Si prenda invece l'esempio della procedura — A —, l'effetto di rimbalzo dello stigma è più pronunciato e non si stabilizza chiaramente attorno ad un ristretto intervallo di valori come nel caso precedente nemmeno dopo un numero considerevole di periodi. Ovviamente quest'ultimo risultato è peculiare al set di parametri qui utilizzati e dipende dal fatto che, in A, un più alto μ induce una caduta più repentina della popolazione criminale e quindi un aggiustamento più rapido nel periodo seguente.

Per concludere, la metodologia a base di agenti permette di ottenere delle esplorazioni sistematiche di modelli complessi. Il modello qui presentato è certamente esplorabile attraverso gli strumenti analitici più tradizionali. L'approccio ACE, anche se preclude la possibilità di conseguire risultati generalmente validi che non dipendono dalla specificazione dei parametri, offre comunque la possibilità di illustrare i risultati principali del modello in modo intuitivo ed offre rappresentazioni non triviali specialmente in quelle aree dove la particolare combinazione di parametri non conduce ad equilibri stabili.

Conclusioni

L'asimmetria nei poteri di appello del procuratore è una caratteristica importante delle procedure criminali in molti paesi di tradizione di *common law*. Tra questi spiccano gli Stati Uniti dove le garanzie offerte dalla clausola contro la *double jeopardy* offerta dal quinto emendamento della costituzione americana sono state ampliate fino a ricomprendere l'inappellabilità dei proscioglimenti in primo grado sin dal 1903. Va tuttavia sottolineato un trend generale che vede un progressivo ancorché limitato restringimento dei casi dove l'inappellabilità delle sentenze di proscioglimento viene correntemente applicata. Essa è peraltro praticamente assente nei paesi di tradizione giuridica continentale. In questo scenario si colloca la legge Pecorella n. 46/2006

con la quale si sono introdotti condizioni di inappellabilità analoghe a quelle fornite nel contesto americano. La legge ha avuto breve vita perché sostanzialmente abrogata con sentenza della corte costituzionale numero 26 del 6 febbraio 2007.

Con il presente lavoro abbiamo cercato di esplorare quali implicazioni una siffatta alterazione della procedura penale può implicare in termini di potere di deterrenza del sistema sanzionatorio correntemente in vigore. Il meccanismo di inappellabilità dei proscioglimenti va visto in un contesto di strumenti volti a proteggere l'indagato all'interno della procedura quali la presunzione di innocenza, l'alto standard di prova richiesto per ottenere una condanna e cosi via. Assieme a questi altri presidi a favore dell'imputato, anche l'inappellabilità delle sentenze di proscioglimento riflette la riluttanza delle società ad affrontare il noto anche se sempre indigesto *tradeoff* che esiste tra un più alto numero di colpevoli per cui l'autorità riesce ad ottenere una condanna ed il numero di innocenti che ingiustamente vengono erroneamente condannati. Quanti proscioglimenti erronei di colpevoli è una società disposta a tollerare per ogni innocente ingiustamente condannato? A questa lacerante domanda, abbiamo visto, nel corso del tempo le società hanno dato risposte quantitativamente diverse ma qualitativamente collimanti nel concludere che è meglio un criminale prosciolto che un innocente ingiustamente condannato. Questa forte e durevole preferenza sociale è stata spesso giustificata sul piano morale e filosofico. Esiste anche una letteratura limitata di *law & economics* al riguardo. Qui offriamo una spiegazione complementare del perché le società potrebbero volere l'introduzione di queste salvaguardie ed in special modo dei poteri asimmetrici di appello. Ipotizziamo che la società applichi un meccanismo endogeno di *enforcement* basato sul comportamento stigmatizzante degli agenti verso i criminali. Questo meccanismo dipende tra l'altro dalla proporzione degli individui condannati e da quale delle procedure — simmetrica o asimmetrica — è in vigore. La società osserva l'ammontare di individui condannati ed inferisce il numero di quelli effettivamente colpevoli in concordanza con il tipo di procedura applicata.

La società usa questo segnale per decidere l'ammontare di stigma a cui sottoporre il colpevole. I poteri asimmetrici di appello, riducendo l'incidenza degli errori di tipo II, ossia degli innocenti erroneamente condannati, rende più affidabile la condanna come segnale di colpevolezza. Inizialmente, una più alta affidabilità del segnale genera uno stigma più elevato e quindi aumenta il potere deterrente della norma.

In seguito abbiamo mostrato come un livello più elevato di stigma generi un effetto contro-intuitivo dovuto al fatto che un più alto livello di stigma incide negativamente sull'affidabilità del segnale e quindi controbilancia gli effetti positivi ottenuti con l'introduzione della procedura asimmetrica. Abbiamo quindi esplorato alcuni dettagli di questo modello attraverso un implementazione ABM e trovato risultati che supportano qualitativamente questa intuizione per un vasto *range* di parametri.

Per concludere i poteri asimmetrici di appello trovano tradizionalmente la loro giustificazione nella necessità di proteggere l'imputato nel processo e di minimizzare gli errori di tipo II. Ipotizzando un meccanismo di stigma che rafforza la deterrenza della sanzione, che funziona solo a patto che si generino pochi errori di tipo II, può spiegare il perché sia socialmente efficiente introdurre questa ed altre salvaguardie per l'imputato nella procedura penale. La legge Pecorella, così come i suoi equivalenti implementati in diverse giurisdizioni, possono essere quindi giustificati in questi termini: poteri asimmetrici implicano meno errori di tipo II e quindi più deterrenza dovuta al meccanismo endogeno di stigma. Abbiamo tuttavia mostrato che questa intuizione è in realtà almeno parzialmente compensata da un effetto contro-intuitivo dovuto all'inferenza Bayesiana che sta alla base del meccanismo stigmatizzante.

Bibliografia

AMAR, A.R. (1997), Double Jeopardy Law Made Simple, in *Yale Law Journal*, 106, 1807-1848.

ATLAS, S.J. (1974), Double Jeopardy and Government Appeals of Criminal Dismissals, in *Texas Law Review*, 52, 303.

BAKER, S., MEZZETTI, C. (2001), Prosecutorial Resources, Plea Bargaining, and the Decision to Go to Trial, in *Journal of Law Economics and Organizations*, 17, 149-167.

BARNES, H.E. (1972), *The Story of Punishment; a Record of Man's Inhumanity to Man*, Patterson Smith, Montclair, N.J.

BECKER, G. (1968), Crime and Punishment: An Economic Approach, in *Journal of Political Economy*, 76, 169-217.

BLACKSTONE, W. (1766), *Commentaries on the Laws of England*, Clarendon Pr., Oxford.

BOHLANDER, M. (2005), Prosecution Appeals against Acquittals in Bench Trials-the Criminal Justice Act 2003 and the Government's Fear of the Dark, in *Journal of Criminal Law*, 69, 326.

BRILLIANT, J.A. (1989), The Modern Day Scarlet Letter: A Critical Analysis of Modern Probation Conditions, in *Duke Law Journal*, 1357-1385.

COKE, E. (2002), *The Third Part of the Institutes of the Laws of England: Concerning Hi-*

gh Treason, and Other Pleas of the Crown and Criminal Causes, Lawbook Exchange, Union, N.J.

Coppi, F. (2003), No All'appello del Pm dopo la sentenza di assoluzione, in *Giusto processo*, 5, 27.

Davis, M.L. (1994), The Value of Truth and the Optimal Standard of Proof in Legal Disputes, in *Journal of Law, Economics, and Organization*, 10, 343-359.

Eyssen, A.B. (2001-2002), Does Community Notification for Sex Offenders Violate the Eighth Amendment's Prohibition against Cruel and Unusual Punishment - a Focus on Vigilantism Resulting from Megan's Law, in *Saint Mary's Law Journal*, 33, 101.

Franklin, B., Smyth, A.H. (1970), *The Writings of Benjamin Franklin*, Haskell House, New York.

Friedman, E., Wickelgren, A.L. (2006), Bayesian Juries and the Limits to Deterrence, in *Journal of Law Economics and Organisations*, 22, 70-86.

Galbiati, R., Garoupa, N. (2007), Keeping Stigma out of Administrative Law: An Explanation of Consistent Beliefs, in *Supreme Court Economic Review*, 15.

Glaeser, E.L., Kessler, D.P., Morrison Pieihl, A. (2000), What Do Prosecutors Maximize? An Analysis of the Federalization of Drug Crimes, in *American Law and Economics Review*, 2, 259-290.

Glaeser, E.L., Sacerdote, B., Scheinkman, J.A. (1996), Crime and Social Interactions, in *The Quarterly Journal of Economics*, 111, 507-548.

Goldstein, A.S. (1960), The State and the Accused: Balance of Advantage in Criminal Procedure, in *Yale Law Journal*, 69, 1149-1199.

Hale, M., Emlyn, S. (1736), *Historia Placitorum Coronae. The History of the Pleas of the Crown*, in *the Savoy*, printed by E. and R. Nutt, London.

Hylton, K.N., Khanna, V.S. (2001), *Toward an Economic Theory of Pro-Defendant Criminal Procedure*, The Harvard John M. Olin Discussion Paper Series.

Jackson, R.H. (1940), The Federal Prosecutor, in *Journal of the American Judicature Society*, 24, 18.

Kahan, D.M. (1996), What Do Alternative Sanctions Mean?, in *The University of Chicago Law Review*, 63, 591-653.

Kahan, D.M. (1997), Between Economics and Sociology: The New Path of Deterrence, in *Michigan Law Review*, 95, 2477-2497.

Kahan, D.M., Posner, E.A. (1999), Shaming White-Collar Criminals: A Proposal for Reform of the Federal Sentencing Guidelines, in *Journal of Law and Economics*, 42, 365-391.

Kaplow, L. (1994), The Value of Accuracy in Adjudication: An Economic Analysis, in *Journal of Legal Studies*, 23, 307-401.

Khanna, V.S. (2001), *How Does Double Jeopardy Help Defendants?*, Berkeley Program in Law & Economics, Working Paper Series. Paper 46.

Khanna, V.S. (2002), Double Jeopardy's Asymmetric Appeal Rights: What Purpose Do They Serve?, in *Boston University Law Review*, 82, 341.

Lando, H. (2006), Does Wrongful Conviction Lower Deterrence?, in *Journal of Legal Studies*, 35, 327-337.

Lando, H. (2003), *Prevention of Crime and the Optimal Standard of Proof in Criminal Law*, Leeic Working Paper no. 2003-03.

Linden, L., Rockoff, J.E. (2006), *There Goes the Neighborhood? Estimates of the Im-*

pact of Crime Risk on Property Values from Megan's Laws, NBER Working Paper no. 12253.

MASSARO, T.M. (1991), Shame, Culture, and American Criminal Law, in *Michigan Law Review*, 89, 1880-1944.

MASSARO, T.M. (1997), The Meanings of Shame: Implications for Legal Reform, in *Psychology, Public Policy, & Law*, 3, 645-704.

MAY, W. (1875), Some Rules of Evidence, in *American Law Review*, 10, 642.

MCCLOSKEY, D.N. (1998), *The Rhetoric of Economics*, University of Wisconsin Press, Madison, Wis.

MICELI, T.J. (1990), Optimal Prosecution of Defendants Whose Guilt Is Uncertain, in *Journal of Law, Economics, and Organization*, 6, 189-201.

MICELI, T.J. (1991), Optimal Criminal Procedure: Fairness and Deterrence, in *International Review of Law and Economics*, 11, 3-10.

NUSSBAUM, M.C. (2004), *Hiding from Humanity: Disgust, Shame, and the Law*, Princeton University Press, Princeton, N.J.

PADOVANI, T. (2003), Doppio grado di giurisdizione: appello dell'imputato, appello del Pm, principio del contraddittorio, in *Cassazione Penale*, 4023.

PANZAVOLTA, M. (2005), Reforms and Counter-Reforms in the Italian Struggle for an Accusatorial Criminal Law System, in *North Carolina Journal of International Law & Commercial Regulation*, 30, 577.

PIZZI, W.T., MONTAGNA, M. (2004), The Battle to Establish an Adversarial Trial System in Italy, in *Michigan Journal of International Law*, 25, 429.

PNG, I.P.L. (1986), Optimal Subsidies and Damages in the Presence of Judicial Error, in *International Review of Law and Economics*, 6, 101-05.

POLINSKY, A.M., SHAVELL, S. (2000), The Economic Theory of Public Enforcement of Law, in *Journal of Economic Literature*, 38, 45-76.

POSNER, E.A. (2000), *Law and Social Norms*, Harvard University Press, Cambridge, Mass.

POSNER, R.A. (1998), *Economic Analysis of Law*, Aspen Law & Business, New York.

QUIGLEY, T. (1997), *Procedure in Canadian Criminal Law*, Carswell, Scarborough, Ont.

RASMUSEN, E. (1996), Stigma and Self-Fulfilling Expectations of Criminality, in *Journal of Law and Economics*, 39, 519-543.

ROBERTS, P. (2002), Justice for All? Two Bad Arguments (and Several Good Suggestions) for Resisting Double Jeopardy Reform, in *International Journal of Evidence and Proof*, 197.

ROSENTHAL, K. (1998), Prosecutor Misconduct, Convictions and Double Jeopardy: Case Studies in an Emerging Jurisprudence, in *Temple Law Review*, 71, 887.

SECRETARY of State for the Home Department (2002), *Justice for All*, The stationery office.

SHAVELL, S. (1995), The Appeals Process as a Means of Error Correction, in *The Journal of Legal Studies*, 24, 379-426.

SHAVELL, S. (2006), The Appeals Process and Adjudicator Incentives, in *Journal of Legal Studies*, 35, 1-29.

SIGLER, J.A. (1963), A History of Double Jeopardy, in *The American Journal of Legal History*, 7, 283-309.

STEINGLASS, J. (1998), The Justice System in Jeopardy: The Prohibition on Government Appeals of Acquittals, in *Indiana Law Review*, 31, 353.

STELLA, F. (2004), Sul divieto per il Pubblico Ministero di proporre appello contro le sentenze di assoluzione, in *Cassazione Penale*, 44, 765-760.

STERN, R.A. (1990), Government Appeals of Sentences: A Constitutional Response to Arbitrary and Unreasonable Sentences, in *American Criminal Law Review*, 18, 71.

STITH, K. (1990), The Risk of Legal Error in Criminal Cases: Some Consequences of the Asymmetry in the Right to Appeal, in *The University of Chicago Law Review*, 57, 1-61.

STRAZZELLA, J.A. (1997), The Relationship of Double Jeopardy to Prosecution Appeals, in *Notre Dame Law Review*, 73, 1.

TEICHMAN, D. (2005), Sex, Shame, and the Law: An Economic Perspective on Megan's Laws, in *Harvard Journal on Legislation*, 42, 355.

TESFATSION, L., JUDD, K. (2006), *Handbook of Computational Economics - Volume 2 - Agent-Based Computational Economics*, Elsevier, Amsterdam; New York.

THE ECONOMIST (2006), Final Fruits of Office? Italy's Prime Minister and the Law, in *The Economist*, Jan 19th, Rome.

UNDERWOOD, B.D. (1977), The Thumb on the Scales of Justice: Burdens of Persuasion in Criminal Cases, in *Yale Law Journal*, 86, 1299-1348.

UNITED STATES. Dept. of Justice, O.O.L.P. (1987), *Report to the Attorney General on Double Jeopardy and Government Appeals of Acquittals*, Office of Legal Policy: For sale by Supt. of Docs., U.S. G.P.O., [Washington, D.C.].

VOLOKH, A. (1997), N Guilty Men, in *University of Pennsylvania Law Review*, 146, 173-216.

WESTEN, P., DRUBEL, R. (1978), Toward a General Theory of Double Jeopardy, in *The Supreme Court Review*, 81-169.

WHITMAN, J.Q. (1998), What Is Wrong with Inflicting Shame Sanctions?, in *Yale Law Journal*, 107, 1055-1092.

WILENSKY, U. (1999), *Netlogo. Http://Ccl.Northwestern.Edu/Netlogo*. Center for Connected Learning and Computer-Based Modeling, Northwestern University E., IL. (Ed.).

YILANKAYA, O. (2002), A Model of Evidence Production and Optimal Standard of Proof and Penalty in Criminal Trials, in *Canadian Journal of Economics*, 35, 385-409.