

Il dibattito delle idee

Questione etica Acquisito dalle leggi europee, al centro di romanzi e film, il «ne bis in idem» è un pilastro ereditato dai romani. Per quanto?

La giustizia bussa due volte

Confessioni postume, esami del Dna: va in crisi il principio che non si possa riportare in tribunale chi è stato processato per lo stesso fatto

di LUIGI FERRARELLA

Bei tempi quando i processi finivano in un «giudicato» davvero definitivo, e i casi di *ne bis in idem*, cioè il non poter più essere sottoposti a procedimento penale se già giudicati e assolti in via definitiva per quel medesimo fatto, parevano scolpiti nella pietra. Oggi, invece, il progredire delle tecniche di investigazione, specie di quelle a sempre più sofisticato contenuto scientifico, non soltanto mette a dura prova sedimentati convincimenti in tema di bioetica, ma tra le tante certezze che rimette in discussione comincia a far vacillare, se non la legittimità, quantomeno l'accettabilità sociale del principio che sottrae i cittadini a una possibilità altrimenti potenzialmente illimitata di essere penalmente perseguiti dallo Stato.

Evocato già nel diritto romano all'epoca delle *legis actiones* in auge fino al II secolo a.C. e tramandate dalle *Institutiones* del giurista Gaio nel II secolo d.C., il principio del *ne bis in idem* — benché presente già nel codice del Regno d'Italia nel 1865 — diversamente da altri Paesi non è inserito nella Costituzione italiana del 1947, ma a livello europeo è assunto dall'articolo 50 della Carta dei diritti fondamentali Ue di Nizza, dall'articolo 54 della Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen e dall'articolo 4 del Protocollo 7 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Nel Codice di procedura penale è l'articolo 649 a prevedere che «l'imputato prosciolto o condannato, con sentenza o decreto penale divenuti irrevocabili, non può essere di nuovo sottoposto a procedimento penale per il medesimo fatto, neppure se questo viene diversamente considerato per il titolo, per il grado o per le circostanze». Solo che il principio, convenzionalmente accettato perché perlopiù vissuto appunto come riparo da una pretesa punitiva dello Stato altrimenti senza fine, sempre più spesso sta subendo i contraccolpi di verità «storiche» che, una volta disvelate dal progredire della tecnica d'indagine, lungi dal combaciare con le verità «processuali» vi si pongono invece in insanabile contrasto.

È di recente accaduto ad esempio a Napoli, dove, a quasi 40 anni di distanza dalla strage di moglie, marito e figlio massacrati (insieme al cagnolino di casa) la notte fra 30 e 31 ottobre 1975 nel loro appartamento di via Caravaggio a Fuorigrotta, il Dna estratto adesso da uno straccio da cucina e da un mozzicone di sigaretta (rimasti per decenni fra i reperti del Tribunale) è risultato appartenere al nipote della donna: cioè proprio all'imputato che oggi non può più essere processato perché, dopo un' iniziale condanna all'ergastolo in tribunale e un'assoluzione in Appello annullata però da un primo verdetto di Cassazione, nel 1985 venne definitivamente assolto e persino risarcito dallo Stato per i danni patiti durante la lunga detenzione preventiva, che l'aveva visto laurearsi in carcere e diventare avvocato penalista.

Casi clamorosi ma tutt'altro che rari, se si ricorda ad

esempio la confessione-choc con la quale a Ferrara un ex marito, dopo essere stato condannato a 20 anni in primo grado e assolto in Appello e in Cassazione per l'uccisione della moglie ventisettenne morta nel 2006 dopo 14 mesi di coma per le botte ricevute, un giorno del 2009 si presentò agli allibiti piantoni di guardia alla questura e — certo di non rischiare ormai più di essere perseguito — confidò di essere stato davvero lui a ucciderla.

Non c'è dunque da sorprendersi che il tema del colpevole scoperto, ma scoperto quando ormai proprio la giustizia (avendolo definitivamente assolto in passato) gli garantisce uno scudo insuperabile, affascini non poco il mondo del cinema. Come in *Double Jeopardy*, film di Bruce Beresford del 1999 uscito in Italia col titolo *Colpevole d'innocenza*, dove una moglie (Ashley Judd), arrestata per omicidio del marito (Tommy Lee Jones) che in realtà è sparito dopo aver inscenato il proprio assassinio ad opera della innocente coniuge, in carcere si vede consigliare da una detenuta ex avvocato un piano diabolico: ammettere l'uccisione del marito, per così guadagnare uno sconto di pena, poter dopo non troppi anni uscire dal carcere, mettersi alla ricerca del marito e stavolta ucciderlo per davvero, senza rischiare di poter più essere condannata una seconda volta per lo stesso delitto.

g

Ci sono registi, come Gregory Hoblit, che addirittura due volte in un decennio (*Schegge di paura* con Richard Gere ed Edward Norton nel 1996, e *Il caso Thomas Crawford* con un grandioso Anthony Hopkins e un giovanissimo Ryan Gosling nel 2007), hanno costruito i loro film sul braccio di ferro mentale attorno a una confessione che sembra mettere l'astuto colpevole al riparo di un *ne bis in idem* violato invece dal colpo di scena finale dell'ancor più astuto investigatore. E persino una memorabile panoramica delle gambe di Marlene Dietrich in *Testimone d'accusa* rientra in qualche modo nella casistica, laddove nel film di Billy Wilder del 1957 la diva interpreta una donna che prima finge di deporre contro il marito (Tyronne Power) imputato di un omi-



A Napoli un avvocato è stato indicato da riscontri tecnici come l'**assassino** di tre familiari 40 anni fa, ma era stato assolto. A Ferrara un ex marito **prosciolto** dall'accusa di uxoricidio in Cassazione ha rivelato sicuro dell'**impunità**: sono stato io



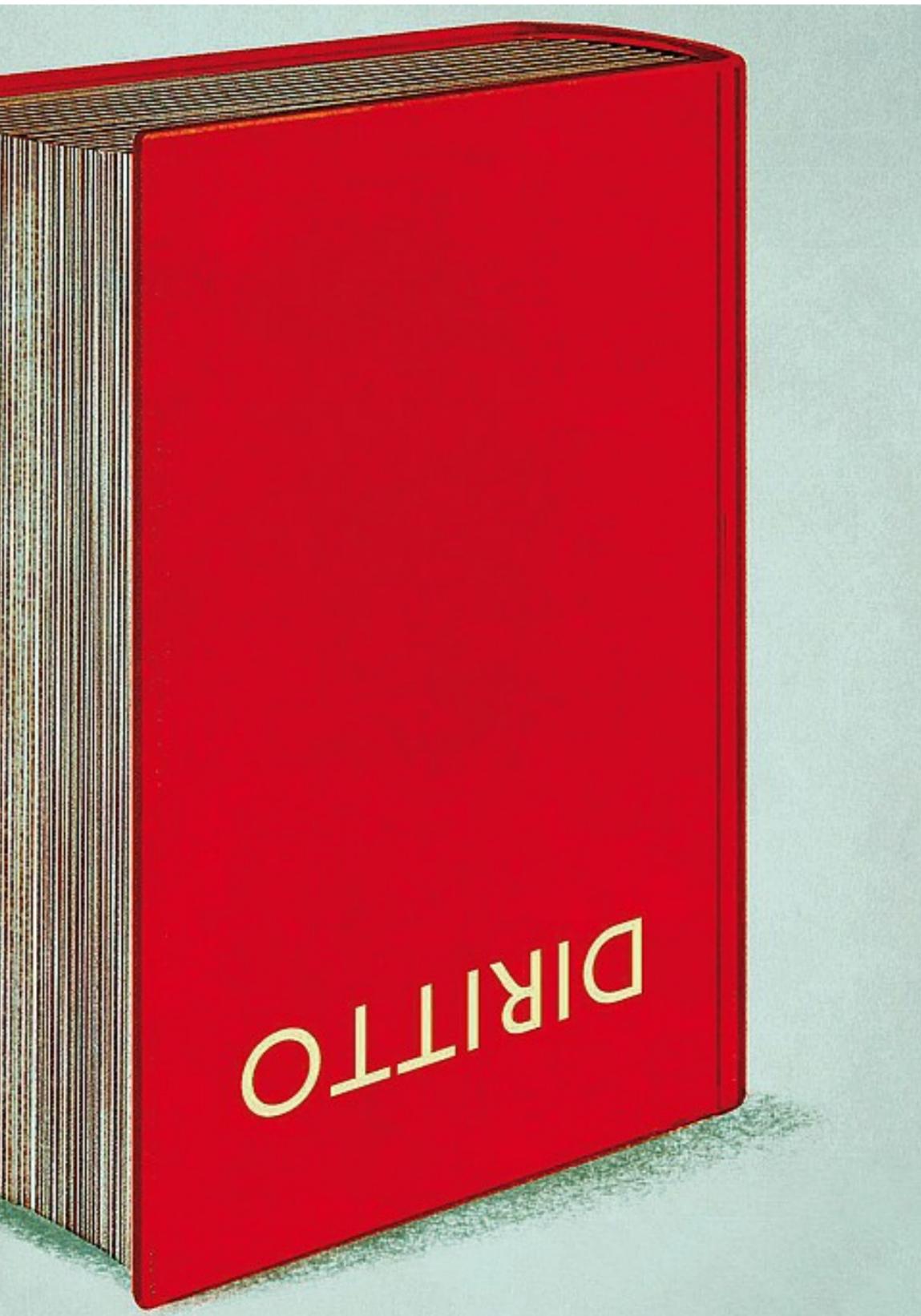
i

Sul grande schermo

La volontà di punire i colpevoli sfuggiti alla legge è al centro dell'intreccio ideato da Agatha Christie (1890-1976) per il famoso romanzo *Dieci piccoli indiani* (1939), più volte trasposto al cinema. Un tema simile si ritrova nella commedia della stessa Christie *Testimone d'accusa* (1953), da cui Billy Wilder trasse nel 1957 l'omonimo film con Tyronne Power e Marlene Dietrich

L'omicida impunito

S'intitola *Giustizia*, ma si risolve nel trionfo del colpevole un romanzo dello scrittore svizzero Friedrich Dürrenmatt (1921-1990) edito in Italia da Adelphi (traduzione di Giovanna Agabio, pp. 211, € 18)

ILLUSTRAZIONE
DI BEPPE GIACOBBE**Paradossi e soluzioni**Due discipline parziali
devono coesistere con umiltà

La scienza è opinabile proprio come il diritto

Obiettivo è la certezza

di MICHELE AINIS

Ogni giorno la vita ci imparte una lezione. Anche la vita giudiziaria, come no. Però talvolta è una lezione amara, che preferiremmo risparmiarci. Come nel caso della strage di via Caravaggio: un ping pong fra cinque diversi tribunali, un imputato condannato e infine assolto, ma dopo quarant'anni un esame del Dna che dimostrerebbe la sua colpevolezza. Soltanto che quella prova è ormai inutilizzabile: processo chiuso, sentenza definitiva, e un *latinito* (*ne bis in idem*) che protegge il colpevole per tutti i secoli a venire. Smascherato dalla scienza, salvato dalla scienza del diritto. Da qui una fiera degli ossimori, che si apre con le leggi illeggibili e si chiude con la giustizia ingiusta. Ma da qui, inoltre, un grumo di domande, che chiamano in causa lo stesso sentimento del giusto e dell'ingiusto. C'è verità nella giustizia custodita dalla legge? E perché quella giustizia spesso divozia dal nostro senso di giustizia?

Per riconciliare i litiganti, dovremmo anzitutto stabilire rapporti più amichevoli fra diritto e scienza. Quest'ultima risulta decisiva per districare i casi giudiziari, proprio attraverso la prova del Dna: per dirne una, nel 2011 permise d'individuare il colpevole del delitto dell'Olgiate, rimasto insoluto per vent'anni. Ma i tribunali non sempre le portano rispetto. È successo per la cura Di Bella contro i tumori, avallata perfino dalla Corte costituzionale (sentenza n. 185 del 1998), nonostante le scomuniche degli addetti ai lavori. È successo, più di recente, a proposito delle terapie con cellule staminali sviluppate dalla Fondazione Stamina: nel 2013 via libera dal tribunale di Trento, pur in difetto di qualunque convalida scientifica. Ma via libera anche dal governo, con un decreto legge approvato nel marzo di quell'anno. D'altronde sono innumerevoli le leggi che pretendono di sovrapporre una verità giuridica alla verità scientifica o che altrimenti cadono nell'errore opposto, fotografando in norme taluni sviluppi transitori della tecnica, e perciò rendendosi subito obsolete, ma pur sempre vigenti.

Del resto neppure la scienza dispensa certezze scolpite sulla pietra. Anzi: in qualche modo, tutte le questioni scientifiche sono controverse. Lo sono almeno da un secolo, dato che il principio d'indeterminazione formulato da Werner Heisenberg ha inferto un colpo mortale alle categorie cartesiane di soggetto e oggetto, stabilendo il primato dell'osservatore sulla «cosa» che viene osservata, e dunque la priorità del punto di vista da cui procede la ricerca. Tanto che viene disputata la nozione medesima di scienza: la riflessione epistemologica è ormai giunta alla rassegnata conclusione secondo cui la conoscenza scientifica non possa veramente distinguersi da altre forme di conoscenza, «se non in modo convenzionale e insieme condizionato da un giudizio di valore» (Stefan Amsterdamski, «Scienza», in *Enciclopedia Einaudi*).

Tuttavia proprio lo statuto probabilistico della scienza contemporanea, l'indeterminazione che ne circonda sia i metodi che gli esiti, espande il ruolo del diritto e quindi anche del giudice. Se la scienza non propone verità assolute; se pressoché ogni scoperta scientifica implica un dilemma etico; se la scienza ormai intrattiene legami inestricabili con la prassi, dal momento che il pensiero scientifico e quello tecnico (per secoli reciprocamente indipendenti) si sono ricongiunti fin dall'età di Galileo: allora

il diritto ha titolo per misurare con le sue tecniche e i suoi specifici metri di giudizio gli itinerari della scienza. O anche di scegliere fra opzioni alternative, come mostra per esempio il tempo della morte. Per l'ordinamento giuridico italiano (legge n. 578 del 1993) coincide con la morte cerebrale, ancorché non siano cessati il battito cardiaco, la circolazione sanguigna e la respirazione; viceversa il Giappone e vari altri Paesi conservano la definizione «naturalistica» della morte.

Insomma, il diritto è opinabile per definizione, ma lo è pure la scienza. Non a caso ogni scoperta scientifica viene sopravanzata, giocoforza, dalla scoperta successiva. L'uno e l'altra distribuiscono perciò soltanto verità parziali, relative, provvisorie. Basta saperlo, nei laboratori come nei tribunali. La prima condizione per un dialogo proficuo tra diritto e scienza è quindi l'umiltà reciproca. Magari imparando dagli errori, che d'altronde costellano la storia scientifica, ma soprattutto quella giudiziaria.

I più eclatanti? Dall'*affaire Dreyfus* (Francia, 1894) all'esecuzione di Sacco e Vanzetti (Usa, 1927), dall'arresto di Valpreda per la strage di piazza Fontana (Italia, 1969) al caso Tortora (ancora Italia, 1983). Ma l'elenco è più lungo d'un lenzuolo.

Sarà per questo, sarà per la memoria

Punto fermo
L'iniquità più grave sarebbe l'assenza di ogni decisione che separi i torti e le ragioni. Se succede, la colpa pesa su tutti

dei troppi fallimenti che punteggiano l'esperienza processuale, che questi ultimi ci indignano ben più degli incidenti di percorso nei quali incappano, talora, gli scienziati. O forse sarà perché un giudice può sbatterti in galera, e in molti Paesi può anche privarti della vita; un biologo no, e neppure un matematico. O magari sarà perché ci infastidisce l'arroganza del diritto: un'ipotesi scientifica non è mai definitiva, una sentenza invece sì. Per quale ragione? Per un'esigenza di certezza, anche se il diritto è incerto, né più né meno della scienza, né più né meno della vita. Sennonché la certezza — diceva nel 1942 un giovane filosofo — costituisce la «specificità etica» del diritto (Flavio López de Oñate, *La certezza del diritto*). Nelle questioni giuridiche non è mai possibile stringerla come un sasso fra le mani, però bisogna sempre tendere le mani verso quella preda inafferrabile, altrimenti la legge tradirebbe la propria missione.

Ecco perché le sentenze sono riformabili dal giudice d'appello, ecco perché all'appello segue un contrappello, ma alla fine della giostra l'appello diventa inappellabile. E la ragione è presto detta: il diritto cerca la verità, ma cerca soprattutto la certezza. Una sentenza definitiva potrà ben rivelarsi ingiusta se assolve un colpevole, se condanna un innocente; tuttavia l'ingiustizia più grave sarebbe l'assenza di qualsiasi decisione giudiziaria che separi i torti e le ragioni. Quando succede (e succede), l'ingiustizia pesa sull'intera società degli individui, non già su un singolo individuo.

michele.ainis@uniroma3.it

cidio che ha davvero commesso, e poi però recita davanti ai giurati il proprio crollo emotivo di fronte alla scoperta in tribunale della falsità di un carteggio da lei fabbricato per incolpare l'imputato: messa in scena che psicologicamente spinge i giurati ad assolvere il marito che lei ama, e che tuttavia accoltellerà a morte quando si accorgerà che lui, invece di ricambiare l'abnegazione spericolata, l'ha tradita con un'altra.

Non è peraltro solo nelle pellicole, ma anche nelle pagine della letteratura che non di rado fa capolino l'idea di bruschi ripristini di giustizia sostanziale nei confronti di chi — colpevole — abbia goduto del salvagente di una qualche sorta di *ne bis in idem*. In *Dieci piccoli indiani*, il giallo più venduto al mondo scritto nel 1939 da Agata Christie, l'ingegnoso assassino di 9 persone, da lui riunite nell'unica casa di una piccola isola e man mano misteriosamente uccise in concomitanza dell'inquietante sparizione di altrettante statuette di negretti, pianifica il delitto perfetto (cesellato dal proprio suicidio e spiegato poi al mondo affidando la soluzione del giallo a una postuma lettera dentro una bottiglia in mezzo al mare) come risposta proprio a una specie di *ne bis in idem* di fatto, cioè come volontà di punire — per asserrito senso di giustizia — persone che nella loro vita erano tutte riuscite a sfuggire a una condanna per omicidio. E un *ne bis in idem* al contrario, riavvolto come nel nastro di una moviola, si coglie anche in *Giustizia*, il testo (dove il titolo vuole significare il proprio esatto opposto) al quale Friedrich Dürrenmatt lavorò nel corso di ben 34 anni, e nel quale un ricco ex politico uccide un professore in un locale pubblico davanti a tutti, per poi dal carcere spronare uno scalcinato avvocato a difenderlo partendo dall'apparentemente folle presupposto di riesaminare il caso come se l'omicida non fosse stato lui: meccanismo che poco a poco si autoavvera sul serio, con l'omicida che finisce scagionato, e con il suo avvocato che divorato dai rimorsi muore alcolizzato.

Il *ne bis in idem* è del resto la dimostrazione più plastica che nell'universo del processo penale non esistono fatti veri o falsi, ma vere o false possono essere soltanto le affermazioni sui fatti. Questo procedimento, per sua natura, produce quindi una verità non materiale ma formale, non forte e assoluta ma debole e approssimativa. Una verità probabile, la più probabile allo stato degli atti: non tanto corrispondenza a un fatto, quanto condizione di validità procedurale delle decisioni giudiziarie. Ed ecco perché i casi di *ne bis in idem* ribaltati nella percezione collettiva da sopravvenute

scioccanti prove sono uno dei fronti più esposti al corto circuito tra il processo giurisdizionale, dove vale appunto il principio che sottrae a un nuovo giudizio l'imputato già assolto, e il processo mediatico, che invece inevitabilmente lievita e monta sulle novità spendibili ovunque meno che in tribunale.

È un corto circuito strutturale perché — come nitidamente indicato nei lavori del professor Glaucio Giostra — in una logica accusatoria il processo giurisdizionale, oltre ad avere un luogo deputato, «ha un tempo, finisce appunto con il giudicato, e seleziona i dati su cui fondare la decisione, è tessuto di regole di esclusione, è un ecosistema chiuso»: al contrario del processo mediatico che invece in una logica inquisitoria «ha nessun luogo, ha nessun tempo», e soprattutto «conosce soltanto regole d'inclusione, raccoglie in modo bulimico ogni conoscenza arrivi ad un microfono o ad una telecamera, tutto utilizzando per maturare un convincimento». Compresa a maggior ragione una nuova prova, che, magari a distanza di molti anni e a gradi di giudizio ormai tutti esauriti, documenti come l'assolto di allora possa essere il colpevole di oggi, «consegnato all'esecuzione della folla non potendo più essere consegnato al giudizio dei soggetti istituzionalmente deputati ad amministrare la giustizia».



Intanto il *ne bis in idem* si allarga e, nell'interpretazione della Corte europea dei diritti dell'uomo, tracima anche dove sino a oggi non era immaginabile: sia il 4 marzo 2014 con la sentenza Grande Stevens contro Italia sul caso del contestato aggrottaggio Ifil-Exor (prima sanzionato in via amministrativa dalla Consob e poi perseguito penalmente fino alla prescrizione in Cassazione), sia il 20 maggio 2014 con la sentenza Nikänen contro Finlandia sempre in materia di doppio binario sanzionatorio amministrativo-penale, i giudici di Strasburgo si sono infatti orientati a ritenere che le sanzioni amministrative tributarie, se hanno una finalità e un effetto deterrente e punitivo, siano riconducibili alle garanzie del giusto processo nella materia penale e dunque incorrano nel divieto del *ne bis in idem*. Con una conseguenza: inibire che un procedimento penale venga avviato per la stessa violazione già sanzionata in via amministrativa.