

QUESITI

L'episodio appresso descritto è reale, e si è effettivamente verificato negli ambulacri dei Palazzi di giustizia romani di piazzale Clodio:

Il p.m. aveva sollecitato al G.i.p. l'archiviazione sul filo di questa impostazione: «Essendo rimasto ignoto l'autore del reato e non essendovi margini per proseguire utilmente le indagini, se non con l'emissione di un eventuale decreto di acquisizione tabulati che, tuttavia, è mezzo di prova eccessivamente oneroso, atteso gli elevati costi che tale attività comporta. Tale costo non è giustificato dalla tipologia del reato per cui è procedimento, reato che non si profila come particolarmente grave, né desta quell'allarme sociale che legittimerebbe tale indagine».

Il G.i.p. in sede ha sorprendentemente avallato la domanda di autorizzazione alla inazione argomentando: «Ritenuto che l'archiviazione debba essere disposta; rilevato, infatti, che l'esperimento delle attività di indagine suggerite dall'opponente (acquisizione tabulati, ricerca tramite GPS) potrebbe in ipotesi condurre ad individuare l'attuale possessore del cellulare ma non varrebbe ad acquisire elementi certi a suo carico in ordine alla responsabilità per il furto denunciato; che gli elementi acquisibili non sarebbero idonei a sostenere l'accusa in giudizio neppure con riferimento all'ipotesi di ricettazione, in particolare sotto l'aspetto soggettivo, ben potendo il possessore del telefono rivendicare la propria buona fede avuto riguardo alle modalità e velocità di cessione che caratterizzano notoriamente i telefoni cellulari, che passano di mano con notoria frequenza e senza formalità alcuna».

(a cura della Redazione)

* * * * *

ENZO MUSCO

A proposito... di legalità penale

1. Come è ultranoto a tutti gli operatori del diritto – non solo penale – i capisaldi sui quali si fonda e dei quali vive il nostro ordinamento penalistico sono due: il principio di legalità, sul piano sostanziale, ed il principio di obbligatorietà dell'azione penale, sul piano processuale.

Il principio di legalità ha una genesi non strettamente penalistica, ma squisitamente politica: la sua matrice risale alla dottrina del “contratto sociale” e si giustifica con la conseguente esigenza di vincolare l'esercizio di ogni potere dello Stato alla legge¹.

¹ FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, VI ed., Bologna, 2009, p. 47.

Se il principio di legalità vieta che alcuno possa essere punito per fatti non sanzionati dalla legge (*nulla poena sine lege*, secondo il noto brocardo coniato nei primi anni dell'Ottocento dal criminalista tedesco Anselm Feuerbach), impone, invece, che ciascuno debba essere punito se il fatto era già previsto come reato e dunque sanzionato dalla legge stessa.

Il principio di obbligatorietà dell'azione penale determina sul piano processuale un identico vincolo, togliendo al pubblico ministero poteri discrezionali sull'opportunità di agire.

Trattasi all'evidenza di due facce della stessa medaglia: il vincolo nei confronti della legge (principio di legalità) impone anche di procedere laddove la legge stessa venga violata. Anche negli ordinamenti in cui vige la discrezionalità dell'azione penale, questa è comunque controllata (e non certo attribuita alla valutazione del singolo rappresentante dell'accusa): «*cominciamo dalla prassi inglese: i sovrintendenti alle public prosecutions dettano direttive alla polizia e i chief constables emanano standing orders; ad esempio fissano una soglia minima dei furti da perseguire, in x sterline; finché durino, tali istruzioni paralegali ridefiniscono la fattispecie di "furto", escludendo i casi nei quali le cose rubate valgono meno dello stabilito. (...) nel sistema italiano mancano alternative alla domanda pubblico-ministeriale; ed essendo i reati materia indisponibile (meno i casi perseguibili a querela), il monopolio dell'azione implica l'obbligo di agire (imposto dall'art. 112 Cost.)*»².

L'inazione del pubblico ministero trova un limite proprio nel principio di legalità: «*l'importante è garantire la legalità penale con adeguati controlli dell'inazione*»³: se la *notitia criminis* integra estremi di reato narrando un fatto corrispondente al tipo, salvo approfondimento investigativo, il pubblico ministero non può sottrarsi al dovere di procedere, richiedendo semmai l'archiviazione solo dopo che le indagini avranno, di tale notizia, rivelato l'infondatezza. Dall'obbligo dell'azione di cui all'art. 112 Cost., invero, discende quello di indagare: per verificare la sussistenza di elementi che consentano l'esercizio dell'azione stessa.

1.1. La scelta di prendere in esame i due provvedimenti oggetto della presente breve riflessione dipende dal fatto che entrambi sintetizzano in maniera esemplare la violazione dell'uno e dell'altro principio: la legalità sostanziale e l'obbligatorietà dell'azione penale.

Ci troviamo di fronte ad un pubblico ministero che dichiara apertamente la propria personale scelta di non rispettare l'obbligo di agire e ad un g.i.p. che,

² CORDERO, *Procedura penale*, IX ed., Milano, 2012, pp. 423, 424.

³ CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 424.

con acrobazie argomentative che tutto riescono a fare meno che riabilitare il perentorio *dictum* del p.m., archivia un'indagine bloccata dal rappresentante dell'accusa in aperta (e dichiarata) violazione di legge.

2. Con la richiesta di archiviazione che si annota un sostituto Procuratore della Repubblica di Roma ha stabilito, infatti, che per i furti dei telefoni cellulari non deve procedersi: troppo costose le indagini in relazione ad una tipologia di reato che non desta particolare allarme sociale. Scrive invero il p.m.: «*essendo rimasto ignoto l'autore del reato [in realtà non era stata svolta alcuna indagine per ricercarlo (n.d.r.)] e non essendovi margini per proseguire le indagini [rectius: per iniziarle, visto che nessuna indagine era stata svolta (n.d.r.)], se non con l'emissione di un eventuale decreto di acquisizione tabulati che, tuttavia, è mezzo di prova eccessivamente oneroso, atteso gli elevati costi che tale attività comporta. Tale costo non è giustificato dalla tipologia del reato per cui è procedimento, reato che non si profila come particolarmente grave, nè desta quell'allarme sociale che legittimerebbe tale indagine*». Precisa poi il p.m., in un provvedimento con cui rigettava un'istanza istruttoria della persona offesa, che trattasi di orientamento... tutto suo. Si legge invero in tale provvedimento: «*visto si rigetta non ritenendo, come da costante orientamento di questo Sostituto, opportuno attivare le indagini per le motivazioni riportate nella richiesta di archiviazione (...)*».

L'assunto è veramente rivoluzionario perché applica, in aperta violazione della Carta costituzionale, il principio della discrezionalità dell'azione penale parametrata all'allarme sociale del fatto per come valutato soggettivamente dal pubblico ministero procedente.

È un esempio della condizione (grave) del nostro sistema giudiziario: offuscato ormai, nella serenità del giudizio, dalla pressione di un carico di lavoro creato a volte dalle stesse Procure nel concepire indagini troppo spesso bollate di infondatezza dagli organi giudicanti, tale sistema sceglie di declinare le proprie funzioni rispetto a fatti di ordinaria (in)giustizia.

La vicenda oggetto del procedimento era come tante altre: un reato procedibile d'ufficio (furto di bene esposto alla pubblica fede) rispetto al quale la persona offesa aveva sporto regolare denuncia. La polizia giudiziaria da parte sua aveva fatto il proprio dovere: con la rituale informativa aveva richiesto alla Procura della Repubblica l'emissione di un ordine di esibizione dei tabulati relativi al traffico in uscita ed in entrata del telefono oggetto di furto. Un'indagine ordinaria, che spessissimo viene disposta e che nella stragrande maggioranza dei casi costituisce l'unico strumento per rintracciare i telefoni rubati.

Il sostituto Procuratore, ricevuta la richiesta della polizia giudiziaria, l'ha rigettata: troppo costosa per la poca gravità del reato. Come dire: i furti dei telefoni non interessano e quindi non si deve indagare, anche se la legge lo impone. La determinazione del p.m. nella propria scelta di non procedere risulta netta: al punto che il magistrato – evidentemente contagiato da una concezione distorta di *spending review* ormai molto di moda – ha intravisto costi esagerati dove in realtà non ve ne sono: l'acquisizione dei tabulati, richiesta dalla polizia giudiziaria (e rigettata dal p.m.), non è attività di indagine costosa ma assolutamente ordinaria.

Per non parlare poi del criterio scelto dal pubblico ministero per decidere su cosa indagare: l'allarme sociale. Inesistente nel nostro ordinamento: laddove il legislatore ha inteso attribuirgli rilevanza (reati di competenza del Giudice di pace e del tribunale per i minorenni) lo ha detto espressamente. Ai reati di competenza del tribunale ordinario l'allarme sociale è criterio sconosciuto, se non nella forma dell'offensività del fatto. Ma quando il fatto corrisponde al tipo (come nel caso di specie) l'offensività ricorre e non v'è luogo per non procedere: si deve procedere.

2.1. La persona offesa si era opposta alla richiesta di archiviazione ed il g.i.p. quindi si è trovato a dover decidere anche con il contributo della vittima.

Una decisione imbarazzante: avallare l'assunto del sostituto Procuratore era impossibile. Costituiva quasi un invito, nei fatti, a rubare i telefoni, perché tanto la Procura garantisce l'impunità. Ma sulla Procura è il g.i.p. ad avere il controllo. E dunque ci si sarebbe attesi che proprio il g.i.p. "riportasse l'ordine", imponendo indagini doverose quanto elementari e certamente – lo si ribadisce – non costose. Non lo ha fatto, rendendosi autore di una decisione solo all'apparenza migliore: *«(...) l'esperimento delle attività di indagine suggerite dall'opponente (acquisizione tabulati, ricerca tramite GPS) potrebbe in ipotesi condurre ad individuare l'attuale possessore del cellulare ma non varrebbe ad acquisire elementi certi a suo carico in ordine alla responsabilità per il furto denunciato; che gli elementi acquisibili non sarebbero idonei a sostenere l'accusa in giudizio neppure con riferimento all'ipotesi di ricettazione, in particolare sotto l'aspetto soggettivo, ben potendo il possessore del telefono rivendicare la propria buona fede avuto riguardo alle modalità e velocità di cessione che caratterizzano notoriamente i telefoni cellulari, che passano di mano con notoria frequenza e senza formalità alcuna (...)»*. Dunque: l'individuazione del telefono – magari mediante il GPS, come suggerito dalla persona offesa – non varrebbe ad acquisire elementi certi di responsabilità per furto a carico del possessore (perché potrebbe non essere lui l'autore) e

poi, rispetto ad un'eventuale contestazione di ricettazione, il possessore ben potrebbe rivendicare la propria buona fede perché i telefoni cellulari circolano rapidamente e senza alcuna formalità.

Leggendo una simile ordinanza risulta lampante che, se un Giudice vuole, può, nei propri provvedimenti, scrivere di tutto. Se un g.i.p. – che è Giudice delle indagini – ha una simile concezione e crede così tanto nelle indagini da dichiarare così tranquillamente la resa ancor prima di cominciare ad accertare i fatti, allora si comprende da sé perché molti fatti restano impuniti.

Un assunto come quello con cui il g.i.p. ha archiviato il procedimento non possiede dignità logico-argomentativa. Se tale assunto fosse fondato, allora per i fatti di furto non dovrebbe quasi mai procedersi: quasi sempre, invero, il possesso del bene non prova di per sé la responsabilità per il furto o per la ricettazione. La indizia gravemente però ed è certamente un risultato investigativo importante (quantomeno perché serve a restituire il maltolto all'avente diritto). È da lì, poi, che si parte per approfondire e verificare se quanto dichiarato dal possessore del bene sia o no credibile.

È l'abc delle investigazioni e il g.i.p. autore dell'ordinanza in commento non può non saperlo. Finge, evidentemente, di non saperlo, ma gli infingimenti restano tali anche quando sono seguiti e suggellati da timbri e contenuti in carte bollate.

L'unica differenza tra la richiesta di archiviazione del p.m. e l'ordinanza del g.i.p. che tale richiesta ha accolto è, per così dire, ...di stile: più ingenua la prima, che senza mezzi termini ha confessato di non voler procedere nonostante l'obbligo costituzionale di farlo; più (vanamente) raffinata la seconda, che, per giungere allo stesso risultato senza affermare quanto gravemente affermato dalla Procura, ha scomodato senza alcuna ragione categorie quali quelle della prova e della colpevolezza (peraltro rispetto ad un autore ignoto). La verità è molto semplice: c'è una scelta di campo precisa che consiste nel rifiutarsi di procedere per fatti ritenuti minori. Può essere un'ipotesi di lavoro *de iure condendo*, ma *de iure condito* costituisce condotta di omissione, in violazione di un obbligo previsto dalla legge ordinaria e da quella costituzionale: condotta dunque che si pone in contrasto con la legalità.

Senza tenere in conto un ulteriore profilo di sicuro interesse e cioè che i provvedimenti in esame esemplificano anche un altro fenomeno: la disattenzione per gli interessi della vittima è ormai un fatto acquisito ed è anche questa la ragione per cui i cittadini sentono di non essere tutelati dall'amministrazione giudiziaria. È l'ordinarietà, la capacità di riparare il torto subito a causa di fatti cc.dd. normali il vero banco di prova dell'effettività della giustizia, non le indagini che fanno clamore. La vittima di un furto che legge

provvedimenti come quelli qui in esame non può che provare il giusto scontento e la giusta amarezza per un rifiuto netto e dichiarato di tutela da parte di chi è istituzionalmente preposto a prestarla.