

PIERO GUALTIERI

ANCORA SULLA NATURA DEGLI ATTI DI POLIZIA
GIUDIZIARIA E DELLA *NOTITIA CRIMINIS*

SOMMARIO: 1. Gli atti di polizia giudiziaria. — 2. Gli atti compiuti dalle persone di cui al terzo comma dell'art. 221 c.p.p. — 3. Gli atti contenenti la *notitia criminis*.

1 - *La natura degli atti di polizia giudiziaria*

Mentre è fuori discussione la natura extra-processuale delle funzioni di polizia amministrativa, che si risolvono nel potere di controllo e di vigilanza dell'attività privata spettante istituzionalmente alla pubblica amministrazione, le opinioni continuano ad essere discordi su quelle di polizia giudiziaria, cioè dirette a prendere notizia dei reati, impedire che vengano portati a conseguenze ulteriori, assicurare le prove, ricercare i colpevoli e raccogliere quant'altro possa servire all'applicazione della legge penale (art. 219 cod. proc. pen.) (1).

La importanza che le conclusioni cui si approdi possono avere per una più o meno ampia attuazione in questa delicata fase delle garanzie difensive e del sistema delle nullità, induce a svolgere alcune brevi osservazioni in ordine all'appartenenza al « procedimento » penale della fase medesima, condizione per la piena operatività del principio stabilito dall'art. 24, comma secondo, cost.

In dottrina escludono la processualità degli atti di polizia giudiziaria quanti ritengono che il momento genetico del processo si abbia con la presa di contatto fra pubblico ministero e giudice (2) o, quanto meno, fra pubblico ministero e im-

(1) Sulla differenza fra funzioni di polizia amministrativa e funzioni di polizia giudiziaria, cfr. Corte cost. 8 maggio 1974, n. 122, in *Foro it.* 1974, I, c. 1979.

(2) BETTIOL, *La correlazione fra accusa e sentenza nel processo penale*, Milano, 1936, p. 91; GUARNERI, *Sulla teoria generale del processo penale*, Milano,

putato⁽³⁾; altri, individuando l'inizio del processo nel momento in cui si profila un attacco al diritto di libertà di un determinato soggetto attraverso un riferimento a lui del fatto, distinguono due categorie di atti di polizia giudiziaria, quelli con natura istruttoria (processuali) e quelli con natura amministrativa (le proprie indagini)⁽⁴⁾; altri ancora definiscono gli atti di polizia giudiziaria senz'altro amministrativi⁽⁵⁾, o giurisdizionali⁽⁶⁾, altri autori, infine, ne affermano l'integrale processualità⁽⁷⁾.

1939, p. 81; MASSARI, *Il processo penale nella nuova legislazione italiana*, Napoli, 1934, p. 81.

(3) GRISPIGNI, *Diritto processuale penale*, Roma 1945, p. 91; LEONE, *Trattato di diritto processuale penale*, Napoli, 1961, vol. I, p. 236, vol. II, p. 83; NUVOLONE, *Contributo alla teoria della sentenza istruttoria penale*, Milano, 1943, p. 27. Per la verità la posizione del LEONE appare più articolata; adottando una particolare nozione di atto processuale ("come l'azione umana volontaria di un soggetto processuale o di un soggetto estraneo al rapporto processuale, che la legge utilizza ai fini della costituzione, dello svolgimento, della modificazione e dell'estinzione del rapporto processuale") arriva infatti a ricomprendervi il processo verbale dell'ufficiale o agente di polizia giudiziaria, oltre alla querela e alla denuncia (*op. cit.*, vol. I, p. 600). Secondo CORBERO, *Procedura penale*, Milano, 1971, il processo ha inizio con l'imputazione (p. 54 e 376).

(4) MENGARELLI, *Atti di polizia giudiziaria e procedimento*, in *Giust. pen.*, 1971, III, c. 15.

(5) FROSALI, *Sistema penale italiano*, vol. IV, Torino 1958, p. 281; MANZINI, *Trattato di diritto processuale penale italiano*, Torino, 1956, vol. II, p. 251, nota 3, e p. 261; VIRGA, *La potestà di polizia*, Milano, 1954, p. 34; nel VANNINI-COCCIARDI, *Manuale di diritto processuale penale italiano*, Milano, 1979, p. 21, gli atti di polizia giudiziaria, sebbene necessari a determinare un procedimento penale, non sono ritenuti atti del procedimento penale, salvo che non siano compiuti dal magistrato o su suo ordine o con il suo intervento. Nella nota 30 bis si osserva tuttavia che dopo le sentenze n. 86 del 1968 e n. 62 del 1971 della Corte costituzionale e la legge n. 932 del 1969, l'ambito del concetto di atto processuale tende ad estendersi a qualunque atto della polizia giudiziaria concernente la *notitia criminis*, la quale sempre più si profila come l'oggetto del processo penale, suscettibile di divenire nel prosieguo l'imputazione.

(6) TAORMINA, *L'istruzione preliminare*, Roma, 1968, p. 177; VASSALLI, *La potestà punitiva*, Torino 1942, p. 155. CERQUA, *Le sommarie indagini di polizia giudiziaria (art. 225 c.p.p.)*, in *Giust. pen.*, 1975, III, c. 413, considera l'attività di polizia giudiziaria come attività processuale avente natura giurisdizionale.

(7) CARULLI, *Il diritto di difesa dell'imputato*, Napoli, 1967, p. 225 seg.; CONSO, *Atti processuali penali*, in *Enc. dir.*, vol. IV, 1959, p. 152; DINACCI, *Il momento*

Parimenti incerte appaiono le posizioni assunte al riguardo dalla corte costituzionale.

Le sentenze n. 86 del 1968 ⁽⁸⁾ e 148 e 149 del 1969 ⁽⁹⁾ affermavano l'appartenenza al processo degli atti di polizia giudiziaria sul rilievo che essi rientrano in indagini preordinate ad una pronuncia penale e sono destinati a tradursi in processi verbali di cui è consentita la lettura al dibattimento ⁽¹⁰⁾, e l'assunto veniva ribadito con alcune chiarissime proposizioni laddove si diceva esplicitamente che le ispezioni, i prelievi di campioni e la loro prima analisi, in quanto intervengono prima che vi sia un indiziato di reato, « non possono essere considerati atti processuali di istruzione » ⁽¹¹⁾ e che la linea di demarcazione « fra indagini generiche ed atti istruttori » si identifica necessariamente nella soggettivizzazione a carico di una determinata persona di un indizio di reità ⁽¹²⁾: e ciò invero ha l'inequivocabile significato che, a parere della Corte, tutti gli atti successivi a tale momento, indipendentemente dall'autorità che li pone in essere, sono « atti processuali di istruttoria » ⁽¹³⁾.

genetico del processo, ne *Il Tommaso Natale*, 1976, p. 60 seg.; FOSCHINI, *Sistema del diritto processuale penale*, vol. II, Milano 1961, p. 36; Id., *Diritti della difesa ed istruzione preliminare*, in *Foro it.*, 1968, I, c. 2407; SIRACUSANO, *Preistruzione*, in *Novissimo Digesto Italiano*, Torino 1966, vol. XIII, p. 618; TAORMINA, *L'istruzione preliminare*, cit., pp. 23 e 63; Id., *Profilo dell'istruzione preliminare alla luce della riforma, del 5 dicembre 1969*, in *Foro it.*, 1970, V, c. 223. DE GENNARO - BRUNO, *L'iniziativa della polizia giudiziaria*, Milano, 1969, p. 24, dopo avere evidenziato la sostanziale unitarietà della istruzione preliminare, concludono riconoscendo all'attività di polizia giudiziaria non soltanto natura processuale, ma anche qualifica e natura giudiziaria.

(8) *Foro it.*, 1968, I, c. 1681 seg.

(9) *Foro it.*, 1970, I, c. 8 seg.

(10) Sent. n. 86, *cit.*, c. 1685.

(11) Sent. n. 149, *cit.*, c. 10.

(12) Sent. n. 149, *cit.*, c. 12.

(13) Questa delimitazione sarebbe resa necessaria dall'esigenza di evitare una dilatazione del concetto di procedimento oltre quei confini necessari e sufficienti per garantire il diritto di difesa « il quale, com'è ovvio, non può essere operante prima che un indizio di reato ci sia e prima che esso si soggettivizzi nei confronti di una determinata persona » (sent. n. 149, *loc. ult. cit.*).

Ma, veniva ancora osservato, in un sistema in cui l'assunzione di vere e proprie prove di reità e quindi la formazione di atti aventi nel giudizio uguale efficacia di quelli tipicamente istruttori, può avvenire in una fase anteriore e preliminare rispetto al processo, l'esclusione della partecipazione difensiva dell'interessato deve essere considerata illegittima preclusione di un diritto definito inviolabile dalla costituzione. Se, dunque, al termine « procedimento » si desse un significato restrittivo, escludendo da esso tutte le attività svolte da organi diversi dal giudice, il principio affermato nell'art. 24, resterebbe sostanzialmente eluso: ciò non vuol dire precludere alla polizia giudiziaria lo svolgimento di proprie indagini, ma soltanto porre limiti a quelle che si risolvono in veri e propri atti istruttori ⁽¹⁴⁾.

Successivamente la stessa Corte, nella sentenza n. 2 del 22 gennaio 1970 ⁽¹⁵⁾, osservava come il diritto inviolabile di difesa dovesse trovare attuazione nella formazione di tutti gli atti che « anche se posti in essere prima dell'apertura del vero e proprio procedimento penale », possono essere assunti dal giudice a base del suo convincimento, e nella decisione n. 208 del 28 luglio 1976, andava ancora oltre, affermando che gli atti di cui all'art. 225 c.p.p non sono di per sè delle prove, bensì mezzi di ricerca delle prove che la polizia giudiziaria offre e propone al magistrato: sono in altre parole elementi che il magistrato controlla, valuta ed elabora. In sostanza « gli atti preliminari della polizia giudiziaria anticipano il procedimento, ma non sono fase di esso, e, pertanto, esulano *stricto sensu* dagli stati e gradi del procedimento presidiati dal diritto inviolabile della difesa » ⁽¹⁶⁾.

Uguali incertezze ed oscillazioni si riscontrano negli orien-

(14) Sent. n. 149, *cit.*, c. 11 e 12.

(15) In *Foro it.*, 1970, I, c. 375.

(16) In *Giust. pen.*, 1976, I, c. 331.

tamenti della Corte di cassazione, la quale ha riconosciuto che « l'art. 78, secondo comma, nella sua nuova formulazione, identifica la fase della investigazione di polizia giudiziaria con la « fase di procedimento »: cosicché, a tenore della vigente legislazione processuale, ogni dubbio interpretativo non ha più ragione di essere. Gli atti di polizia giudiziaria, ai quali si estende per effetto della menzionata riforma (sollecitata dalla Corte costituzionale come soluzione intermedia), il regime garantistico regolato per l'istruttoria in attuazione dell'art. 24, secondo comma, cost. hanno natura processuale (anche se non giurisdizionale) quanto meno dal punto di vista finalistico » (17).

Ma lo stesso supremo collegio, in numerose decisioni, ha ritenuto extra-processuale l'attività di polizia giudiziaria diretta a controllare la fondatezza di un mero sospetto di reato non ancora soggettivizzato (18) o affermato che l'istruzione preliminare non costituisce una fase del processo in senso tecnico (19): e continua a riconoscere valore probatorio alle c.d. « dichiarazioni spontanee » rese dall'indiziato alla polizia giudiziaria, con la ovvia conseguenza di vanificare le garanzie difensive previste dagli artt. 78, 304 e 225 c.p.p. (20).

(17) Cass. 12 dicembre 1975, Dalfiore, in *Giust. pen.*, 1976, III, c. 206; conf. Cass. 24 maggio 1975, Gallori, in *Cass. pen. Mass. annot.*, 1976, p. 845; Cass. 15 maggio 1974, Piromalli, in *Giust. pen.*, 1975, III, c. 585; Cass. 13 dicembre 1971, Scalera, *ivi*, 1973, c. 737 e più recentemente Cass. 15 aprile 1978, Berini, in *Giust. pen.*, 1978, III, c. 602.

(18) Cfr. Cass. 16 marzo 1978, Bellandi, in *Riv. pen.*, 1978, p. 890; Cass. 27 febbraio 1978, Marino e altri, *ibidem*, p. 469; Cass. 12 ottobre 1977, La Sala, in *Cass. pen. Mass. annot.*, 1978, p. 423; Cass. 14 marzo 1977, Argese, in *Giust. pen.*, 1978, III, c. 31.

(19) Cass. 12 gennaio 1979, p.m. in c. Caltagirone, in *Giust. pen.*, 1980, III, c. 582.

(20) Vedi, da ultimo, Cass. 22 gennaio 1979, Noli, in *Giust. pen.*, 1980, III, c. 102, n. 55; Cass. 13 dicembre 1977, Moglia, in *Riv. pen.*, 1978, p. 883; Cass. 27 aprile 1977, Pepe, in *Cass. pen. Mass. annot.*, 1978, p. 1404; Cass. 20 febbraio 1976, Pongelli, *ivi*, 1977, p. 1243. Sul punto vedi l'ampio saggio di GREVI, *Sommario informazioni di polizia e diritto di difesa dell'indiziato nel nuovo art. 225 bis c.p.p.*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1980, p. 96 seg.

Le oscillazioni sul tema della giurisprudenza costituzionale hanno consentito acutamente di osservare che non sarebbe esatto utilizzare le sentenze n. 86, 148 e 149 per inferire la natura processuale degli atti di istruzione preliminare poiché la Corte costituzionale non si sarebbe preoccupata di prefissare una nozione di procedimento a livello costituzionale cui ancorare la base del giudizio né addentrata nella delicata questione del momento iniziale del processo secondo le norme ordinarie, limitandosi ad estendere le stesse garanzie predisposte dal legislatore per gli atti istruttori alle operazioni preistruttorie, attesa la loro natura e rilevanza probatoria ⁽²¹⁾.

Il riferimento a prove formate fuori « del vero e proprio processo » accennato nella sentenza n. 149 del 1969 e ribadito nella successiva sentenza n. 2 del 1970, dimostrerebbe come il concetto di procedimento così ricavabile spiegherebbe unicamente la sua efficacia sul piano costituzionale senza coinvolgere minimamente il problema dell'appartenenza o meno al processo delle indagini preliminari dal punto di vista della normativa ordinaria: sarebbe quindi più corretto parlare di *giurisdizionalizzazione* delle indagini preliminari ⁽²²⁾, intendendosi con questo termine il trasferimento ad esse dell'intero sistema degli artt. 304 *bis*, *ter* e *quater* cod. proc. pen.

Si potrebbe anche convenire sul fatto che la Corte abbia elaborato una nozione di procedimento valevole ai soli fini della individuazione del momento in cui sorge concretamente il diritto alla difesa, ma da ciò non discende secondo noi l'esclusione dal processo degli atti di polizia giudiziaria poiché l'attuazione legislativa dei principi affermati nelle sentenze n. 86, 148 e 149 con le modifiche degli artt. 78, 134 e

(21) AMODIO, *Attuazione giudiziale e attuazione legislativa delle garanzie difensive nelle indagini preliminari all'istruzione*, in *Giur. cost.*, 1969, II, p. 2254 seg.

(22) AMODIO, *op. cit.*, p. 2275.

225 c.p.p. ⁽²³⁾ ha chiaramente riconosciuto natura processuale alla fase delle indagini preliminari ⁽²⁴⁾.

Ai sensi dell'art. 78 c.p.p., considerare imputato ai fini del compimento di un *atto processuale* chi risulta indiziato di reità « in qualsiasi fase del procedimento, *compresa la fase delle indagini di polizia giudiziaria* », evidenzia la indiscutibile sussunzione di questi atti nel processo, anche se compiuti anteriormente alla soggettivizzazione dell'indizio di reità ⁽²⁵⁾.

⁽²³⁾ Artt. 1, 2 e 3 legge 5 dicembre 1969, n. 932 e 7 legge 14 ottobre 1974, n. 497.

⁽²⁴⁾ Cfr. la relazione VASSALLI sul testo unificato dei progetti di legge confluiti nella legge 5 dicembre 1969, n. 932, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1969, p. 917 seg., ove è detto che la sentenza n. 86 del 1968 della Corte costituzionale « travolge tutte le barriere di carattere terminologico e tutte le forme di equivoco: sia che ci si trovi, con la fase delle indagini preliminari, nell'ambito del procedimento sia che si tratti o meno di una fase o di un grado del procedimento stesso ». Al legislatore ordinario sarebbe stata aperta « una duplice strada: a) quella della limitazione delle attività della polizia giudiziaria, vuoi di diretta iniziativa (art. 225), vuoi delegate dal p.m. ai sensi dell'art. 232; b) quella di estendere le garanzie proprie dell'istruzione a questa fase delle indagini preliminari ». (*Relazione, cit.*, p. 925-926). Ed in effetti è stata prescelta proprio la seconda via anche se non in linea con l'allora disegno di legge delega per la riforma del codice di procedura penale. (Cfr. per una critica a questo indirizzo NOBILI, *La natura degli accertamenti tecnico scientifici di polizia e i diritti della difesa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1970, p. 1187 e 1194).

⁽²⁵⁾ *Contra* MENCARELLI, *op. cit.*, c. 14 il quale dopo aver distinto fra atti di polizia giudiziaria, che corrispondono ad atti istruttori e debbono godere delle stesse garanzie, ed atti che non trovano un equivalente istruttorio e delle garanzie non usufruiscono, osserva come gli atti del primo gruppo presuppongono l'esistenza di un soggetto al compimento dei quali il medesimo presenta un diretto e rilevante interesse per le possibili ripercussioni negative sul proprio diritto di libertà, mentre gli altri si collegano (così, in genere, le sommarie informazioni) piuttosto alla funzione di un controllo e di una prima delibazione della *notitia criminis*. Da ciò conseguirebbe la conclusione che i primi hanno natura processuale, al contrario dei secondi, di contenuto amministrativo poiché non coinvolgono immediatamente i diritti di alcun soggetto ma si ricollegano soprattutto al fine di tutela dell'ordinamento. Sarebbe dunque lecito parlare di un'attività amministrativa di polizia giudiziaria di contenuto pressoché analogo a quella della polizia di sicurezza, dalla quale si differenzerebbe per intervenire dopo la commissione o la presunta commissione di un reato e per essere condotta sotto il controllo dell'autorità giudiziaria. L'esattezza di queste osservazioni, secondo il Mencarelli, troverebbe conferma nell'istituto dell'archiviazione, utilizzabile solo per chiudere le indagini di polizia giudiziaria di natura amministra-

Inoltre, nell'art. 134, in ossequio alla declaratoria di incostituzionalità sul punto pronunciata dalla sentenza n. 148 del 1969, appare abrogato il divieto agli ufficiali ed agenti della polizia giudiziaria di ricevere la nomina del difensore, appunto possibile solo in « atti del procedimento » ricevuti

tiva, identificabili in pratica con le « proprie indagini » esperibili nell'attività di polizia giudiziaria ai sensi della sentenza n. 86 del 1968, il cui contenuto è delineato dall'art. 219 c.p.p.: la stessa Corte costituzionale, d'altronde, ha affermato nella sentenza n. 103 del 1964 che il decreto di archiviazione non chiude né definisce alcun procedimento istruttorio, che anzi dichiara di non voler iniziare, riferendosi soltanto all'esperimento di indagini.

L'esposta tesi non appare condivisibile. Vi è anzitutto la difficoltà a ritenere di natura amministrativa atti compiuti sotto il controllo dell'autorità giudiziaria e comunque sempre ad essa imputabili ai sensi dell'art. 220 del cod. proc. pen., difficoltà non superabile con l'affermazione che la figura del p.m. è congegnata in modo tale da poter essere chiamata a sviluppare una attività amministrativa: le garanzie di indipendenza riconosciute a questi magistrati e le funzioni da essi svolte nel processo escludono una loro classificazione quali organi amministrativi e inducono viceversa ad affermare la natura giudiziaria (e quindi processuale) dei loro atti (cfr. SPACNA MUSSO, *Problemi costituzionali del pubblico ministero*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1963, p. 389 seg.; vedi anche CHIAVARIO, *Il pubblico ministero organo di giustizia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1971, p. 714 seg.; CONSO, *Ambiguità ed anomalie dell'istruzione formale*, *ivi*, 1960, p. 361; PETROCELLI, *Il pubblico ministero organo di giustizia*, in *Arch. pen.*, 1966, I, p. 253; VELLANI, *Il pubblico ministero nel processo*, Bologna, 1970, II, p. 13 seg. *Contra*, FOSCHINI, *Il pubblico ministero nella struttura di un processo penale giurisdizionale*, in *Riv. pen.* 1966, I, p. 317; *Id.*, *Un errore pendolare: l'accusatore giudice e il giudice accusatore*, in *Foro it.*, 1969, V, c. 16 seg.; LEONE, *Trattato, cit.*, vol. II, p. 332; VANNINI-COCCIARDI, *op. cit.*, p. 95).

Né appare convincente il richiamo al decreto di archiviazione e alla sentenza n. 104 del 1963 della Corte costituzionale; il decreto di archiviazione è effettivamente un modo di conclusione esclusivo dell'istruzione preliminare (cfr., in termini, CONSO, *Il provvedimento di archiviazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1950, p. 360; FOSCHINI, *Diritti della difesa ed istruzione preliminare*, in *Foro it.*, 1968, I, c. 2409; TAORMINA, *L'istruzione preliminare, cit.*, pp. 55-62; *contra* CARULLI, *L'archiviazione*, Milano, 1958, p. 58 seg.), assumendo rilevanza al riguardo solo l'eventuale formulazione di un'accusa, cioè l'attribuzione di un reato ad una persona da parte del p.m. In altre parole il momento preclusivo dell'archiviazione coincide con l'inizio dell'azione penale (Cass. Sez. Un. 27 ottobre 1951, Dreoni, *Giur. compl. Cass. pen.*, 1951, III, p. 3208, nota MARUCCI, e più recentemente, Cass. 23 gennaio 1970, p.m. in c. Volpe, in *Giust. pen.*, 1970, III, c. 109, n. 73), ma questo può essere preceduto sia da indagini generiche sia da atti con valore e contenuto istruttorio: e se esistono atti anteriori all'imputazione con natura processuale, la tesi criticata perde il suo presupposto.

dall'autorità giudiziaria o ad essa presentati, ed in virtù degli artt. 225, 222 e 223 è stata imposta l'osservanza delle norme sull'istruzione formale per il compimento delle sommarie indagini (leggi 18 marzo 1971, n. 61 e 14 ottobre 1974, n. 497), e dei sequestri, accertamenti ed operazioni tecniche (sentenza n. 148 del 1969 della Corte costituzionale).

Nè va dimenticato che, normalmente, per giungere alla formalizzazione di un'accusa si passa attraverso l'istruzione preliminare, la quale può così essere ritenuta una fase del processo, se non proprio indefettibile, quasi sempre necessaria ⁽²⁶⁾.

Il testo del nuovo art. 225 *bis* cod. proc. pen. convalida a nostro giudizio definitivamente l'indirizzo delineato.

La norma, invero, stabilisce che sono prive di ogni valore ai fini processuali le informazioni assunte dall'indiziato, dall'arrestato o dal fermato senza la presenza del difensore: essa ha un campo di applicazione estremamente limitato sia perché regola unicamente le sommarie informazioni rese dall'indiziato, dall'arrestato e dal fermato, e non, quindi, gli altri atti a contenuto probatorio della polizia giudiziaria, sia perché consente l'assunzione delle informazioni medesime soltanto nei casi di assoluta urgenza e al solo scopo di proseguire le indagini in ordine ai reati di cui all'art. 165 *ter*.

La sua eccezionalità non consente pertanto di darle rilevanza tale da poter superare le altre particolari generali previsioni normative, di cui abbiamo parlato, e riportare nell'ambito extra processuale gli atti di polizia giudiziaria: ma, anzi, argomentando *a contrario*, nel suo contenuto è lecito individuare un ulteriore elemento in favore della processualità dell'istruzione preliminare della polizia, in quanto l'affermazione che

(26) Sostengono l'indefettibilità della istruzione preliminare FOSCHINI, *Sistema*, cit., vol. II, p. 42; SIRACUSANO, *Preistruzione*, in *Novissimo digesto italiano*, Torino, 1966, vol. XIII, p. 618; TAORMINA, *L'istruzione preliminare*, cit., p. 64. *Contra*, vedi CARULLI, *Agonia dell'istruzione sommaria*, in *Arch. pen.*, 1965, II p. 103; MENCARELLI, *op. cit.*, c. 21.

solo quelle particolari informazioni sono prive di valore processuale, consente di dedurre che tale valore e contenuto hanno per converso gli altri e diversi atti della polizia giudiziaria.

D'altronde le disposizioni ora ricordate si inseriscono in un ordinamento dalla cui attenta esegesi un'autorevole dottrina aveva già da lungo tempo tratto la conclusione dell'appartenenza al processo di tali atti (27).

Si pensi all'art. 616 cod. proc. pen. applicabile solo dopo « il primo atto del procedimento contro l'imputato »; gli atti diretti contro l'imputato possono dunque essere preceduti da altri atti processuali e pertanto il primo atto del procedimento non è sempre e necessariamente un atto contro l'imputato. Di questo assunto offrono la riprova l'art. 78, comma secondo, cod. proc. pen., ammettendo il compimento di atti processuali rispetto a cui la legge riconosce determinati diritti all'imputato già prima che taluno assuma tale qualità, e l'art. 378, comma terzo, contemplando l'ipotesi di un'istruzione formale contro ignoti. Almeno fino ad un certo momento, quindi, il processo penale è in grado di prescindere dalla presenza dell'imputato.

Inoltre, ad escludere gli atti di polizia giudiziaria dal novero di quelli processuali, si dovrebbe negare l'applicabilità del principio di tassatività delle nullità: la conseguenza sarebbe che, non essendo per essi prevista alcuna speciale sanatoria, la nullità da cui fossero eventualmente colpiti persisterebbe oltre alle nullità concernenti gli atti istruttori e gli atti del giudizio. Lo stesso primo comma dell'art. 78 fa del resto riferimento ad una situazione, per l'assunzione della qualità di imputato, quale la semplice messa a disposizione delle autorità giudiziaria in stato di arresto, senz'altro anteriore all'inizio dell'istruzione preliminare del procuratore della Repubblica e del pretore: parimenti l'art. 40, nell'indicare le

(27) CONSO, *Atti processuali penali*, cit., p. 149 seg.

regole per la determinazione della competenza territoriale, opera una significativa correlazione fra il primo atto del procedimento e un tipico atto di polizia giudiziaria quale l'arresto in flagranza.

Vi è poi « tutta una serie di considerazioni a sfondo più generale che sconsigliano di adottare per gli atti di polizia giudiziaria una soluzione diversa da quella accolta per gli atti di istruzione preliminare. Si pensi all'analogia delle funzioni a cui gli uni e gli altri sono preordinati, allo stretto vincolo che intercorre tra la polizia giudiziaria e gli organi dell'istruzione preliminare, ai tipi di atti, in gran parte strutturalmente identici, che si possono compiere nelle due fasi: il tutto ribadito, anzi imperniato, sulla comune regolamentazione nell'ambito di uno stesso capo del codice » (28).

Agli atti di polizia giudiziaria, quindi, in virtù delle argomentazioni sopra svolte, va riconosciuta natura processuale.

Essi, salve le specifiche diverse regolamentazioni (cfr. ad esempio l'art. 225 c.p.p. in riferimento agli atti di cui all'art. 304 bis), potranno essere espletati solo nel rigoroso rispetto del sistema delle garanzie difensive previste per l'istruzione formale, (come d'altronde prevedono gli artt. 222, 223 come modificato dalla sentenza n. 148 del 1969 della corte costituzionale, 224 e 225), e soprattutto, del sistema delle nullità.

2 - *Gli atti compiuti dalle persone di cui al terzo comma dell'art. 221 cod. proc. pen.*

Alla stregua di quanto esposto, le « proprie indagini » sono dunque da ricondursi nell'alveo del processo sia per intervenire dopo l'acquisizione della *notitia criminis* sia per essere, in relazione alla qualifica dei soggetti che li eseguono, atti di polizia giudiziaria.

(28) Conso, *op. cit.*, p. 154, 155.

Appare opportuno chiedersi se lo stesso discorso possa valere per le attività svolte ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 221 cod. proc. pen., ove sono qualificate agenti o ufficiali di polizia giudiziaria, nei limiti del servizio a cui sono destinate e secondo le attribuzioni ad esse conferite dalle leggi e dai regolamenti, tutte le altre persone incaricate di ricercare ed accertare determinate specie di reati: il pensiero corre subito alla polizia tributaria, ai vigili sanitari, agli ispettori del lavoro (29).

Rispetto alla ipotesi delle « proprie indagini » della polizia giudiziaria vi è una differenza di presupposti: di norma le proprie indagini sono dirette alla individuazione di una persona cui attribuire un reato del quale si è avuta la notizia, le attività regolate dal terzo comma dell'art. 221 c.p.p. viceversa a stabilire se un soggetto già identificato abbia o meno commesso un reato.

Ma le diversità si fermano qui. Poiché se non appare discutibile l'inapplicabilità in sede di proprie indagini degli artt. 304 *bis*, *ter* e *quater* finché non intervenga la soggettivizzazione dell'indizio di reità, mancando appunto fino a questo momento il destinatario di tali disposizioni, le persone di cui al terzo comma dell'art. 221 c.p.p. si trovano subito in presenza di un soggetto ben individuato, portatore di un interesse diretto e rilevante al compimento delle « ricerche » ed « accertamenti » per le possibili ripercussioni negative sul proprio diritto di libertà che da esse potrebbero discendere a causa della loro finalizzazione a dar origine ad un procedimento penale (30). Vi è insomma la certezza che, qualora emer-

(29) Per una elencazione di persone aventi tali qualifiche, cfr. DE GENNARO-BRUNO, *op. cit.*, p. 27, seg.

In particolare sulle perquisizioni ed ispezioni di polizia tributaria ci si consenta di far rinvio a GUALTIERI, *Perquisizioni ed ispezioni di polizia*, Milano, 1979, p. 121 seg.

(30) Scopo di queste attività è quello di « ricercare e accertare determinate

gano illeciti, la persona acquisterà lo *status* di indiziato per cui l'ostacolo addotto dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 148 del 1969 per negare le garanzie, potrebbe apparire del tutto fittizio.

D'altro canto, come le proprie indagini, tali attività sono preordinate ad una possibile pronuncia penale e sono traducibili in verbali utilizzabili in sede dibattimentale ai sensi degli artt. 463 e 466 cod. proc. pen. in guisa che da essi il giudice può trarre elementi di prova: circostanze, queste, poste a fondamento delle più volte ricordate declaratorie di incostituzionalità operate con le sentenze n. 86 del 1968 e 149 del 1969 ⁽³¹⁾ unitamente all'altra per cui se la legge ordinaria, collocando la formazione delle prove a carico di un soggetto ad opera di una pubblica autorità, fuori del vero e proprio processo, potesse farne discendere l'inapplicabilità delle garanzie difensive, il principio vigorosamente affermato dall'art. 24 della costituzione resterebbe sostanzialmente eluso ⁽³²⁾.

Ciò indurrebbe ad affermare la necessità di rispettare anche per il compimento di questi atti le norme previste a tutela del diritto di difesa: ci riferiamo, in particolare,

specie di reati » (art. 221). FRIGO, *Diritto di difesa e atti di polizia giudiziaria nel processo per frodi alimentari*, in *Giur. cost.*, 1969, p. 2291, ritiene sufficiente per rendere operanti le garanzie difensive il fatto che, nella materia delle frodi alimentari, pur in difetto di indizi di reato, sono anticipatamente noti e individuabili — ove tale indizi sorgessero in seguito all'analisi — coloro cui dovrebbero essere attribuiti: cioè il produttore o il detentore delle sostanze alimentari ovvero entrambi.

(31) Sent. 3 luglio 1968, n. 86, *cit.*, c. 1684-85 « tali atti non sono estranei al giudizio poiché rientrano in indagini preordinate ad una pronuncia penale e si traducono in processi verbali di cui è consentita la lettura al dibattimento »; sent. n. 149 *cit.*, c. 15: « i verbali concernenti le attività espletate dalla polizia ai sensi dell'art. 223 possono essere letti nel dibattimento — ultimo comma art. 463 — senza che occorra il consenso delle parti e si acquistano così al processo elementi probatori di indubbia rilevanza ».

(32) Corte cost. 3 dicembre 1969, n. 148, *cit.*, c. 11.

agli artt. 304 *bis*, *ter*, *quater* e 185 cod. proc. pen. poiché qualora gli accertamenti e le ricerche andassero ad incidere sui diritti alla libertà personale e domiciliare dovrebbero comunque osservarsi le garanzie previste dagli artt. 13 e 14 cost. e dalle norme processuali ad esse collegate.

La soluzione del problema dovrebbe però essere ricercata attraverso una indagine sull'ammissibilità di una applicazione diretta o analogica del sistema garantistico ora richiamato, non essendo prospettabile una questione di legittimità costituzionale della normativa in esame per contrasto con l'art. 24, comma secondo, cost., poiché le attività compiute dalle persone di cui al terzo comma dell'art. 224 c.p.p. sono normalmente estranee al processo, potendo intervenire prima dell'accertamento e dell'acquisizione della *notitia criminis*.

Al riguardo una tesi suggestiva potrebbe essere la seguente.

L'art. 154, comma primo, cod. proc. pen. fa obbligo, fra gli altri, agli ufficiali ed agenti di polizia giudiziaria di osservare le norme stabilite nel codice di procedura penale, anche quando l'inosservanza non importa nullità o altra sanzione particolare; nella più recente legislazione e nella giurisprudenza della corte costituzionale, come si è visto, si è andato affermando il principio che agli atti di polizia giudiziaria si applicano le norme previste per l'istruzione formale e quindi gli artt. 304 *bis*, *ter* e *quater*, la cui eventuale inosservanza integrerebbe una ipotesi di nullità trattandosi di disposizioni concernenti l'intervento, l'assistenza e la rappresentanza dell'imputato.

Le persone incaricate di ricercare ed accertare determinate specie di reati *ex art.* 221, ultimo comma, sono agenti ed ufficiali di polizia giudiziaria: tenuto conto della finalizzazione degli atti in esame ad un procedimento penale, del loro potenziale lesivo del diritto di libertà, della rilevanza probatoria che potranno assumere nel processo e della presenza di una ben individuata persona contro cui si dirigono, potrebbe apparire giustifi-

cata un'interpretazione estensiva delle disposizioni ora dichiarate e la loro conseguente applicazione (33).

(33) In due recenti sentenze della Corte costituzionale, n. 21 del 29 aprile 1975 in *Giust. pen.*, 1975, I, c. 302, e n. 145 del 22 maggio 1974, *ivi*, 1974, I c. 363, sono state rispettivamente dichiarate infondate, in riferimento all'art. 24 secondo comma della costituzione, le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 55 del D.P.R. 9 aprile 1959, n. 28 che demanda ai funzionari del corpo delle miniere accertamenti tecnici su fatti che possono costituire reato, e dell'art. 29, comma secondo, della legge 25 novembre 1962, n. 1684, in riferimento agli artt. 3 primo comma e 24 secondo comma cost., nella parte in cui consente all'ingegnere capo del genio civile di compiere accertamenti di carattere tecnico in ordine alle violazioni delle norme previste dalla legge antisismica. In entrambi i casi si è osservato come i funzionari suddetti, nel compiere gli accertamenti ad essi demandati, agiscano come ufficiali di polizia giudiziaria ai sensi dell'art. 221 c.p.p. e in tale qualità siano obbligati ad osservare nei confronti dell'indiziato di reato tutte le garanzie difensive a questo ultimo spettanti in sede di indagini preliminari. Nella sentenza n. 91 si specifica che « come persona incaricata di ricercare ed accertare determinate specie di reati, il funzionario delle miniere, ai sensi dell'art. 221, terzo comma, c.p.p., è certamente da ritenersi ufficiale di polizia giudiziaria e, come tale, vincolato al rispetto di tutti gli adempimenti previsti nell'art. 225 c.p.p. (nel testo di cui all'art. 3 della legge 18 marzo 1971, n. 62) e nell'art. 223 dello stesso codice. Egli deve perciò osservare, nel compimento degli accertamenti commessigli, le norme sull'istruzione formale, comprese quelle previste dall'art. 304 *bis* c.p.p.; e ciò in base al preciso disposto delle norme citate. Può aggiungersi in via generale, ed in conformità di quanto deciso dalla Corte nella sentenza 145 del 1974, che quando una norma di una legge speciale attribuisce a taluno il potere di procedere all'accertamento di fatti costituenti reato, senza nulla disporre in merito alle norme da seguire perché siano rispettati i diritti di difesa dell'indiziato, non consegue da tale omissione alcuna violazione di norme che tutelano quel diritto, essendo questo assicurato da norme generali, al cui rispetto sono tenuti tutti coloro cui quel potere è conferito ».

Corte cost. 8 maggio 1974, n. 122, *cit.* si limita ad osservare che gli ufficiali e gli agenti di polizia tributaria svolgono funzioni di polizia amministrativa quando operano per accertare violazioni delle leggi finanziarie non costituenti reato, mentre Corte cost. 3 dicembre 1969, n. 3, *cit.*, definisce senz'altro amministrativa l'attività di prelievo di campioni di sostanze alimentari e della loro prima analisi. Egualmente Corte cost. 8 luglio 1975, n. 186, in *Foro it.*, 1975, I, c. 2420, sostiene che la contestazione di una contravvenzione stradale non depenalizzata e la compilazione del relativo processo verbale con l'inserzione delle eventuali dichiarazioni del contravventore, appartengono ad una fase antecedente l'inizio e l'istruttoria del procedimento penale e l'assunzione della qualità d'imputato secondo l'art. 78 c.p.p.: questo sistema differirebbe quindi dall'interrogatorio dell'imputato e da ciò discenderebbe l'inapplicabilità degli artt. 78, 3° comma, 304 *bis*, *ter* e *quater* c.p.p.

La Corte di cassazione è tuttavia costante nell'escludere in questi casi l'applicabilità delle norme poste a garanzia della difesa, ritenendo trattarsi di mere attività amministrative di constatazione e di controllo. Vedi, da ultimo, Cass. 9 gennaio

Va anche osservato come gli artt. 304 *bis*, *ter* e *quater* possano ritenersi estrinsecazione dei principi generali di tutela dei diritti alla libertà e alla difesa, certamente presenti nel nostro ordinamento ⁽³⁴⁾: poiché nelle ipotesi discusse si pro-

1976, Imperato, in *Giust. pen.*, 1977, II, c. 298, n. 208 e Cass. 23 gennaio 1976, Marzorati, *ivi*, 1976, III c. 699, relativa ad accertamenti svolti presso una ditta da funzionari dell'ispettorato del lavoro; Cass. 24 aprile 1975, Bazzolo, *ibidem*, c. 424, nella quale si esclude che l'ispezione periodica biennale del medico provinciale alle farmacie della sua provincia debba sottostare alle norme poste a fondamento del diritto di difesa, costituendo esclusivamente in funzioni di vigilanza amministrativa, nettamente distinte dall'attività di polizia giudiziaria pur quando portino all'accertamento di un reato; Cass. 24 marzo 1975, Sorrentino, *ibidem*, c. 359, n. 251 e Cass. 11 marzo 1975, Zarettieri, *ibidem*, c. 359, n. 252, ove vengono ritenuti mere attività amministrative gli accertamenti di carattere tecnico demandati dal codice della strada e dal relativo regolamento all'ispettorato della motorizzazione civile; Cass. 10 febbraio 1975, *ibidem*, c. 87, in tema di prelievo di campioni di acque onde accertarne l'eventuale potere inquinante. In senso contrario, su quest'ultimo punto vedi tuttavia Cass. 4 aprile 1974, *ivi*, 1975, III, c. 322, n. 204 e, più recentemente, Cass. 8 marzo 1977, Colasuonno, in *Giur. it.*, 1978, II, c. 334.

(34) Basterà al riguardo far riferimento alle norme contenute nella parte prima, titolo primo, della costituzione, e in particolare agli artt. 13, 14 e 24.

Alcune di queste leggi prevedono delle garanzie per le persone inquisite. Vedi, ad esempio, gli artt. 97, 98 e 99 e 100 del R.D. 1 luglio 1926, n. 1361, Regolamento per l'esecuzione del R.D.L. 15 ottobre 1925, n. 2033, ove sono stabilite le modalità da osservarsi obbligatoriamente nelle operazioni di prelevamento dei campioni di sostanze di uso agrario e dei prodotti agrari; l'art. 100, comma secondo, regolamento *cit.* che concede all'interessato il diritto di apporre il proprio timbro sul campione prelevato; l'art. 101 che prevede l'obbligo di consegna all'interessato di uno dei campioni; l'art. 105 nel quale sono prescritte le indicazioni da riportare nei processi verbali da compilarsi in esecuzione dei precedenti articoli, fra cui assumono particolare rilievo gli obblighi di indicare i motivi per le quali è stata elevata contravvenzione ed eventualmente eseguito il sequestro, di inserire la dichiarazione che il verbale è stato letto e firmato dall'interessato e dell'eventuale suo rifiuto a firmare, di trascrivere le eventuali dichiarazioni dell'interessato. Infine l'obbligo di redigere il verbale in duplice originale, uno dei quali da rilasciarsi all'interessato, e di effettuare le analisi secondo i metodi prescritti dal Ministero per l'agricoltura e le foreste. Analoghe disposizioni sono contenute in altre norme (art. 78, comma secondo, legge 7 dicembre 1951, n. 1559 sulla disciplina del commercio delle acqueviti; art. 23 D.P.R. 30 maggio 1953, n. 567 per gli estratti alimentari e prodotti affini, art. 11 R.D. 27 giugno 1929, n. 1427 per gli alimenti ittici): particolare rilievo ha in materia il Regolamento di esecuzione della legge 30 aprile 1962, n. 283 approvato con D.P.R. 26 marzo 1980 n. 327 (vedi in particolare gli artt. da 5 a 20 e l'allegato A).

Si tratta, peraltro, di garanzie incomplete poiché non è espressamente prevista alcuna sanzione per la loro inosservanza. Ed in proposito la Corte di cassazione ha rite-

fila una lesione di tali principi, le norme ora citate potrebbero essere applicate analogicamente.

Ci pare, tuttavia, che la tesi esposta non sia accoglibile.

L'interesse e la necessità di esplicitare il diritto alla difesa sorgono allorché sussistano contemporaneamente due presupposti: un indizio di reità e la sua soggettivizzazione a carico di taluno.

Per cui restano fuori dalla sfera di applicazione del sistema delle garanzie difensive tutti i casi in cui si verifichi solo uno di tali presupposti. L'accertamento di un reato senza l'individuazione di colui al quale esso sia attribuibile, rende chiaramente inoperante la normativa garantista per la mancanza nel processo di chi dovrebbe beneficiarne. Ma anche la sola presenza di una persona nei cui confronti potrebbe emergere (ma non è ancora emersa) una ipotesi criminosa, non appare sufficiente a far scattare i meccanismi di tutela in quanto, finché non sia scaturita una *notitia criminis*, non esiste un procedimento penale e non è conseguentemente ammissibile l'obbligo di osservare norme per esso stabilite.

Le attività in esame, pertanto, pur dirette alla ricerca e all'accertamento di determinare specie di reato, sono da ritenersi essenzialmente preventive ed extra-processuali e possono essere compiute prescindendo dalle disposizioni previste dal codice di procedura penale fino all'insorgere di un indizio di reità e della sua soggettivizzazione: successivamente a tale momento, esse acquistano natura processuale e devono venire sottoposte in maniera rigorosa a tutti i divieti, obblighi e sanzio-

nuto che: « le irregolarità verificatesi nel prelevamento di campioni non determinano automaticamente la inefficacia delle susseguenti analisi, dalle quali il giudice di merito può senz'altro attingere le ragioni del suo convincimento » Cass. 8 maggio 1968, Salluzzi, in *Giust. pen.* 1969, II, c. 41 n. 27; conf. Cass. 9 novembre 1967, Cossio *ivi*, 1968, II, 711, 836; Cass. 24 ottobre 1962, Nieri, in *Riv. pen.*, 1964, II, 364; Cass. 10 novembre 1961, Caridà, *ivi*, 1962, c. 1017; Cass. 31 maggio 1960, Citti, *ibidem*, p. 735.

ni dettate in tema di partecipazione, anche inderogabile (vedi art. 225, commi quarto ed ottavo, c.p.p.) del difensore, di invio di avvisi e di deposito di atti (artt. 222, 223, 224, 225, 304 *bis* 304 *ter*, 304 *quater* e 185 c.p.p.).

3 - *La natura della notitia criminis*

Se, dunque, appare corretto individuare la genesi del procedimento nell'istante in cui la *notitia criminis* giunge a conoscenza della polizia giudiziaria o dell'autorità giudiziaria, tutti gli atti successivi a tale momento vanno considerati processuali e devono quindi sottostare alle forme e alle regole per essi previste, ivi compreso il sistema delle invalidità e delle norme poste a garanzia del diritto di difesa.

Ma possono ricondursi nell'ambito del processo anche gli atti costituenti i normali modi di estrinsecazione della *notitia criminis*, vale a dire la denuncia, il rapporto, il referto, la querela e l'istanza?

Secondo un'autorevole dottrina, pur favorevole, come si è visto, alla processualità degli atti di polizia giudiziaria, un'attenta interpretazione degli artt. 40 e 78, commi primo e secondo, cod. proc. pen. dovrebbe portare ad una risposta negativa ⁽³⁵⁾.

(35) CONSO, *Atti processuali penali*, *cit.*, p. 150, il quale osserva che, considerando la *notitia criminis* atto del procedimento, la competenza per territorio potrebbe essere in ogni caso determinata rispetto al luogo della sua presentazione, dato che alla base di ogni procedimento e di ogni problema di competenza non può non esservi una *notitia criminis*: il secondo comma dell'art. 40 non avrebbe quindi ragione di esistere ed anzi si vedrebbe preclusa ogni possibilità di applicazione.

Il principio troverebbe conferma nel raffronto fra il primo e il secondo comma dell'art. 78: gli atti in questione, nemmeno quando indichino qualcuno come reo, vengono considerati idonei a far assumere la qualità d'imputato (secondo comma) mentre tale idoneità è riconosciuta a qualsiasi «atto del procedimento» con cui venga attribuito un reato a una determinata persona (primo comma). Poiché non è certo la nota consistente nell'addebito di un reato a far difetto quando la *notitia*

L'opinione, senza dubbio esatta quando fu elaborata, può oggi essere riveduta ⁽³⁶⁾.

criminis indichi qualcuno come reo, si deve concludere che la non riconducibilità degli atti contenenti la *notitia criminis* fra quelli indicati nell'art. 78, primo comma, trova la sua spiegazione nel fatto che, per il legislatore, essi non presentano l'altra nota caratteristica degli ultimi, vale a dire la nota che permette di qualificarli atti del procedimento. Conseguentemente, secondo l'illustre Autore, né il primo comma dell'art. 136, né il primo comma dell'art. 137, né l'art. 184 sarebbero riferibili a questi atti, come, in tema di querela, l'art. 183 *bis*.

A noi, invece, sembra indiscutibile il collegamento fra gli artt. 136, comma 1°, e 8, comma 2° 9, comma 1°, e 10, comma 1°, c.p.p. (conf. BATTAGLINI, *La querela*, Torino, 1958, p. 282 e 338; MANZINI, *op. cit.*, vol. IV, p. 10, 11 e 48; *Contra* CONSO, *Inapplicabilità degli artt. 136, primo comma, 137, primo comma, e 184 in materia di denuncia e querela*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1958, p. 1039; DE GENNARO - BRUNO, *op. cit.*, p. 52, 59; FARANDA, *Cenni sulla perfezione e sulla invalidità della denuncia*, in *Riv. proc. pen.*, 1961, p. 480); per converso concordiamo nel ritenere inapplicabile l'art. 183 *bis* poiché in effetti non appare ipotizzabile una restituzione in termini per proporre la querela, atteso che prima della sua proposizione non può esistere procedimento. Assai pertinente ci pare viceversa l'osservazione che fra le varie qualifiche usate dal legislatore per la invalidità di tale atto non trova posto la nullità, proprio perché la nullità è da lui considerata tipica figura di imperfezione dell'atto processuale penale (nella *Relazione al Re sul codice di procedura penale*, p. 3, in effetti si legge: « Il progetto definitivo stabiliva la nullità della querela se il verbale in cui era raccolta la relativa richiarazione orale non fosse sottoscritta dal querelante. Ma, non trattandosi di un atto processuale, è forse più proprio stabilire l'assoluta inefficacia dell'atto »): tuttavia ammettendo l'applicabilità a tali atti degli artt. 137 e 161 cod. proc. pen. discenderebbe conseguentemente la riferibilità delle nullità anche ad essi.

La stessa giurisprudenza ha inoltre applicato l'istituto della inesistenza alla querela. Cfr. Cass. 22 gennaio 1957, Nuzzo, in *Giust. pen.*, 1957, III, c. 382: « La querela proposta da chi non è legittimato ad esercitare il relativo diritto è giuridicamente inesistente, inidonea a costituire valida base di un intervento giurisdizionale e non suscettiva di convalescenza. L'ipotesi non è inquadrabile nella inosservanza delle forme prescritte per gli atti processuali che può dar luogo a nullità (art. 184 c.p.p.) poiché il vizio concerne non la forma, ma l'essenza dell'atto: questo, se non promana dal soggetto al quale la legge conferisce il potere di porlo in essere, è *tam-quam non esset*, così come è giuridicamente inesistente la sentenza emessa a *non iudice* ».

(36) Il testo originario del secondo comma dell'art. 78, prima della modifica intervenuta con la legge 5 dicembre 1969, n. 932, era il seguente: « Fuori dei casi preveduti dalla disposizione precedente, quando si deve compiere un atto processuale rispetto al quale la legge riconosce un determinato diritto all'imputato, si considera tale chi, nel rapporto, nel referto, nella denuncia, nella querela, nella richiesta o nell'istanza è indicato come reo o risulta indiziato di reità ».

Il nuovo testo dell'art. 78 fornisce utili indicazioni in proposito: nel primo e nel secondo comma si leggono due espressioni apparentemente molto simili, rispettivamente « colui al quale in qualsiasi atto del procedimento viene attribuito il reato » e « chi risulta in qualsiasi fase del procedimento, compresa la fase delle indagini di polizia giudiziaria, indiziato di reità ». Parrebbe di trovarsi dinanzi ad un'inutile duplicazione: ma, a ben vedere, è possibile sceverare fra le due dizioni una previsione di situazioni differenziate dalla quale può derivarsi una nuova linea interpretativa. Il primo comma, invero, parlando di « attribuzione di reato » appare riferirsi al caso in cui vi sia il concretizzarsi dell'accusa in un fatto già delineato a seguito di determinate acquisizioni probatorie, mentre per atto del procedimento che la contenga dovrebbe intendersi un atto proveniente dal magistrato, proprio per la caratteristica di indicare un'accusa, un fatto preciso. Nel secondo, invece, è adoperato il termine « indizio » rappresentativo di una situazione di grave sospetto ed equivalente all'altro « indicato come reo » subito prima usato con riferimento al rapporto, al referto, alla denuncia, alla querela, alla richiesta e all'istanza. E la tutela attribuita a chiunque risulti indiziato di reità vale per qualsiasi fase del procedimento, compresa quella degli atti di polizia giudiziaria: poiché l'indizio dovrà necessariamente risultare da un atto del procedimento, (non necessariamente promanante dal magistrato atteso l'espreso richiamo alla fase degli atti di polizia giudiziaria), appare logico che in questo comma non si parli espressamente di « atto » come nel primo, ma ci si limiti a riferirsi a « fasi » del procedimento.

Insomma, le ipotesi considerate nell'alinea e nel capoverso dell'art. 78, pur riferendosi a tutte le fasi del procedimento e dovendo le differenti qualifiche essere contenute in atti processuali, sono chiaramente diverse, poiché nel primo

caso si disciplina l'assunzione della qualità d'*imputato*, nel secondo l'assunzione della qualità di *indiziato* ⁽³⁷⁾.

Più arduo da superare è invece l'ostacolo posto dall'art. 40, poiché è effettivamente impossibile ipotizzare un processo senza *notitia criminis*: molto difficile è però anche immaginare che alla *notitia criminis* non siano immediatamente o in prosieguo di tempo seguite indagini, vale a dire atti processuali ⁽³⁸⁾. Il fatto è che per il legislatore del 1930 non erano da considerarsi atti processuali neanche quelli di polizia giudiziaria; a maggior ragione non poteva esserlo la *notitia criminis*. La norma andrebbe dunque « riletta » anche alla luce dell'evoluzione dei principi in materia avanti evidenziati: sarà allora possibile ritenerla forse pleonastica (ma non completamente inutile, e non sarebbe certo la sola ad avere queste caratteristiche in un codice continuamente tormentato da dichiarazioni di incostituzionalità e modifiche legislative parziali) individuando la sua *ratio* nella intenzione garantistica di consentire, in ogni caso, la predeterminazione per legge del giudice competente.

Del resto, a favore della natura processuale degli atti contenenti la *notitia criminis* militano altri rilievi: che trattasi cioè di atti dai quali il procedimento trae origine, destinati ad ottenere necessariamente una decisione del giudice penale e tali da poter costituire fonte di prova essendone consentita la lettura nel dibattimento ai sensi dell'art. 466 cod. proc. pen. ⁽³⁹⁾.

(37) E ciò suona ulteriore conferma della processualità degli atti di polizia giudiziaria, emergendo l'indubbia possibilità dell'esistenza di atti processuali anteriori all'assunzione della qualità di indiziato.

(38) L'unico caso prospettabile è quello della dolosa distruzione dell'atto contenente la *notitia criminis* da parte del pubblico ufficiale che l'abbia ricevuta, da ritenersi rarissimo, poiché un simile comportamento ben difficilmente resterebbe impunito a causa delle prevedibili sollecitazioni che il denunciante rivolgerebbe.

(39) Cfr. Corte cost. 3 luglio 1968, n. 86, *cit.*, c. 1684-85.

Appare comunque fuori discussione la qualità di atti processuali dei rapporti presentati da ufficiali ed agenti di polizia giudiziaria *ex art. 2, comma primo, cod. proc. pen.* sia per essere atti di polizia giudiziaria, sia per intervenire dopo la cognizione della *notitia criminis* da parte della polizia giudiziaria, sia, infine, perché di essi è possibile dare lettura al dibattimento (art. 466).

Conseguentemente, le parti di tali atti ove siano riferite circostanze acquisite in violazione del sistema delle garanzie difensive, cui siano collegate sanzioni di invalidità, dovranno essere dichiarate nulle o comunque processualmente inutilizzabili (40).

(40) Cfr. ad esempio, gli artt. 304, terzo comma, e 225, nono comma, contenente l'espresso riferimento all'art. 78, ultimo capoverso, stesso codice. Dovrebbero essere dichiarate affette da nullità o inutilizzabili anche le parti del rapporto ove vengano riferite le c.d. dichiarazioni spontanee dell'imputato (vedi *retro*, nota 20). Più in generale sulla utilizzabilità delle prove illegittime, ci si consenta di far riferimento a GUALTIERI, *Prove illegittime e sanzioni processuali*, in *Studi Urbinati*, Urbino, 1978, p. 121.