

OPAC Polo Giuridico SBN

Catalogo
Biblioteca Centrale Giuridica
Ministero della Giustizia



bollettino novità



help



indietro avanti

nuova ricerca

> 1 di 1

LO TROVI IN --> Biblioteca Centrale Giuridica , Corte di Appello di Torino , Tutte

Testo a stampa (moderno)

Monografia

Descrizione *Atti processuali penali : patologie, sanzioni, rimedi / diretto da Giorgio Spangher ; coordinatori del libro Gian Marco Baccari ... [et al.]
Milano:fori, Assago : Wolters Kluwer Italia : IPSOA, 2013
XIX, 3937 p. ; 22 cm.

Collana Commentari IPSOA

Autore secondario Baccari, Gian Marco

Spangher, Giorgio

Note, bibliografia e oggetti digitali

Nuovo Soggettario Firenze Atti processuali penali - Italia

Classificazione Dewey 345.4507 DIRITTO PENALE. PROCESSI. ITALIA

Anno pubblicazione 2013

Codice SBN URB0901080

ISBN 9788821742835

nuova ricerca



COMMENTARI IPSOA

ATTI PROCESSUALI PENALI

PATOLOGIE
SANZIONI
RIMEDI

diretto da
Giorgio Spangher

 Wolters Kluwer
Italia

pro-
studi di

DOTT. STEFANO CORBETTA
Magistrato
Coordinatore Libro VII

DOTT.SSA ROSALBA CUDDEMO
Dottoressa di ricerca in Diritto processuale penale Università degli Studi di Siena
art. 66-69, 31-32 disp. art. 1

PROF.SSA DONATELLA CURTOTTI
Avvocato e Professore associato di Diritto processuale penale Università di Foggia
(art. 253-255, 257-258, 260, 263)

AVV. GASPARE DALIA
Avvocato e Ricercatore di Diritto processuale penale Università degli Studi di Salerno
(art. 669-670)

DOTT. GIROLAMO DARARO
Ricercatore di Procedura penale Università degli Studi di Salerno
(art. 677-680)

PROF. GIUSEPPE DELLA MONTE
Avvocato e Professore associato di Diritto processuale penale Università degli Studi di Cassino e del Lazio Meridionale
(art. 405-407, 415bis)

PROF. PIERPALO D'ELI' ANNO
Professore straordinario di Diritto e Procedura Penale Università degli Studi di Cassino e del Lazio Meridionale
(art. 392-404)

DOTT. ROBERTO DE ROSSI
Culore della materia in Diritto processuale penale, Università di Foggia
(art. 256-256ter-259)

AVV. ALESSANDRO DIDI
Avvocato e Ricercatore Università Roma Tor Vergata
Coordinatore Libro VI art. 358-363
AVV. FEDERICO DI SALVO
Avvocato
(art. 586)

DOTT. GIACOMO EBNER
Magistrato
(art. 582)

AVV. ALESSANDRO FABBRI
Avvocato
(art. 321, 323)

PROF.SSA CHIARA FANUPELLI
Ricercatore di Diritto processuale penale Università degli studi di Siena
(art. 559)

DOTT.SSA ERICA FANTUZZI
Dottoressa di ricerca in Diritto processuale penale interno, internazionale e comparato Università degli Studi di Perugia
(art. 129-142)

PROF.SSA PAOLA FANTUZZI
Professore associato di Diritto processuale penale Università di Firenze
(art. 213-217, 244-252, 294-80, 44ter-4 disp. art. 1)

AVV. LAURA FILIPPUCCI
Avvocato
(art. 148-171)
AVV. ROBERTO FIORE
Avvocato
(art. 336-346)

PROF. CARO FIORIO
Professore associato di Diritto processuale penale Università di Perugia
Coordinatore Libro II (art. 119, 120, 122-124)

DOTT.SSA ROSSELLA FONTANA
Ricercatore di Diritto processuale penale Università degli Studi di Perugia
(art. 109-111, 121, 125, 128, 143-147, 284, 286)

DOTT. ENRICO GALLICCI
Magistrato, giudice e Collaboratore presso il Ufficio per gli affari dell'amministrazione della giustizia del Segretario Generale della Presidenza della Repubblica
(art. 587-588)

la previsione di cui all'art. 391 *decies* c. 4. Stessa sorte è disposta per gli atti non ripetibili, trattata solo se il pm abbia esercitato la facoltà di assistervi (cfr. *supra*, II). Disposizione, quest'ultima, la cui conciliabilità con l'art. 391 *decies* c. 2, che come visto (cfr. *supra*, II) prescrive l'inserimento del relato verbale, nel fascicolo di cui all'art. 431, senza alcun riferimento a tale condizione, appare a dir poco misteriosa.

TITOLO VII

INCIDENTE PROBATORIO

392. Casi

Sommario: I. La prova testimoniale assunta in incidente probatorio e le conseguenze derivanti dall'indebita limitazione del contraddittorio. - II. Termini di proposizione della richiesta e valutazione funzionale del g. n. p.

I. Prova testimoniale assunta in incidente probatorio e le conseguenze derivanti dalla indebita limitazione del contraddittorio.

Caratteristica dell'incidente probatorio è il verificarsi di uno spostamento del *locus standi* assegnato alla formazione della prova, dal dibattimento alla fase delle indagini preliminari (udienza preliminare compresa) ma attraverso l'analogo *modus agendi* dell'istruttoria dibattimentale, nel rispetto del contraddittorio caratterizzato dai criteri di oralità e concentrazione. Per tali ragioni, correlate appunto alla necessità di rispetto del contraddittorio inteso come partecipazione paritaria effettiva e consapevole alla formazione del materiale costituente piattaforma per la decisione sul merito della imputazione, si è conseguentemente ritenuta integra nulla intermedia la illegittima compressione, ad opera del giudice chiamato ad assumere l'incidente probatorio per l'escussione di una testimonianza, dei tempi di svolgimento dell'esame e del confronto del medesimo esame (incidente probatorio), in quanto ciò determina l'indebita limitazione del contraddittorio e, per l'effetto, avendo riferimento alla specifica posizione del soggetto passivo dell'accertamento penale, la violazione del diritto di difesa [C III 9/1.2009 n. 12991].

II. Termini di proposizione della richiesta e valutazione funzionale del g. n. p.

Il termine entro il quale deve essere effettuata la richiesta di incidente probatorio è, ai sensi della previsione di cui al c. 1 art. 392, quello della conclusione delle indagini preliminari, potendosi peraltro, sempre ai sensi della disposizione in esame, prorogare il termine medesimo per il tempo, strettamente necessario all'espletamento della procedura. La sentenza della C. Cost. 77/1994, ha peraltro dichiarato la illegittimità degli artt. 392 e 393, nella parte in cui non prevedono la possibilità che la richiesta possa essere avanzata anche nella fase dell'udienza preliminare. Ciò ha comportato alcuni problemi di interpretazione, in ordine soprattutto, alla possibilità che, successivamente alla richiesta pronunciata di incostituzionalità, si possa ritenere termine ammissibile della richiesta anche quello che muove dalla conclusione delle indagini preliminari, con conseguente emissione del relato *in vivo*, alla

I. Presupposti, termini, contenuto e reiterazione della richiesta.

Per come già evidenziato, a seguito dell'intervento della Corte delle leggi, l'assunzione anticipata della prova è stata resa possibile anche nella fase dell'udienza preliminare [C. Cost. 77/1994, CP 1994, 1788, Cfr. C. Cost. 249/2003, DPP 2003, 1080, in virtù dell'ampliamento della sfera operativa dell'incidente probatorio, all'origine temporalemente ristretta alla sola fase delle indagini preliminari, successivamente, la Corte costituzionale riprendendo le argomentazioni enunciate nella ordinanza n. 118/2001 (ord. 9.5.2001 n. 118, *GCost* 2001, 9591) ha precisato che la ratio della estensione operata dalla sentenza n. 77/1994 (che ha dichiarato la illegittimità degli artt. 392 e 393 nella parte in cui non consentivano che l'incidente probatorio potesse essere richiesto ed eseguito anche nella fase della udienza preliminare), deve ricercarsi, come espressamente detto nella motivazione della predetta sentenza, nella esigenza di "garantire l'effettività del diritto delle parti alla prova, che sarebbe altrimenti irrimediabilmente perduta" e che, pertanto, se è il pericolo della perdita irrimediabile della prova a imporre l'assunzione anticipata, deve ritenersi ammissibile la questione di legittimità costituzionale, degli artt. 392 e 393 nella parte in cui non consentono che l'incidente probatorio possa essere richiesto ed eseguito anche dopo la notifica dell'avviso di conclusioni delle indagini preliminari, rilevandosi in particolare

393. Richiesta

Sommario: I. Presupposti, termini, contenuto e reiterazione della richiesta.

processuale.

Caratteristica dell'incidente probatorio è il verificarsi di uno spostamento del *locus standi* assegnato alla formazione della prova, dal dibattimento alla fase delle indagini preliminari (udienza preliminare compresa) ma attraverso l'analogo *modus agendi* dell'istruttoria dibattimentale, nel rispetto del contraddittorio caratterizzato dai criteri di oralità e concentrazione. Per tali ragioni, correlate appunto alla necessità di rispetto del contraddittorio inteso come partecipazione paritaria effettiva e consapevole alla formazione del materiale costituente piattaforma per la decisione sul merito della imputazione, si è conseguentemente ritenuta integra nulla intermedia la illegittima compressione, ad opera del giudice chiamato ad assumere l'incidente probatorio per l'escussione di una testimonianza, dei tempi di svolgimento dell'esame e del confronto del medesimo esame (incidente probatorio), in quanto ciò determina l'indebita limitazione del contraddittorio e, per l'effetto, avendo riferimento alla specifica posizione del soggetto passivo dell'accertamento penale, la violazione del diritto di difesa [C III 9/1.2009 n. 12991].

Il termine entro il quale deve essere effettuata la richiesta di incidente probatorio è, ai sensi della previsione di cui al c. 1 art. 392, quello della conclusione delle indagini preliminari, potendosi peraltro, sempre ai sensi della disposizione in esame, prorogare il termine medesimo per il tempo, strettamente necessario all'espletamento della procedura. La sentenza della C. Cost. 77/1994, ha peraltro dichiarato la illegittimità degli artt. 392 e 393, nella parte in cui non prevedono la possibilità che la richiesta possa essere avanzata anche nella fase dell'udienza preliminare. Ciò ha comportato alcuni problemi di interpretazione, in ordine soprattutto, alla possibilità che, successivamente alla richiesta pronunciata di incostituzionalità, si possa ritenere termine ammissibile della richiesta anche quello che muove dalla conclusione delle indagini preliminari, con conseguente emissione del relato *in vivo*, alla

notifica dell'avviso di conclusioni delle indagini preliminari, rilevandosi in particolare

394. Richiesta della persona offesa

Sommario: La richiesta della persona offesa e abnormità della conseguente ordinanza dell'organo giudicante.

L'art. 394 e previsioni che espressamente attribuisce alla persona offesa dal reato il merito diritto alla presentazione di richiesta al p.m., perché il medesimo possa, alla stregua di tale sollecitazione, richiedere al giudice l'assunzione di prova con incidente probatorio. In altri termini, la persona offesa non può richiedere l'incidente probatorio direttamente al giudice, ma solo richiedere al p.m. di promuovere; nel caso di mancato accoglimento della richiesta il p.m. emette decreto motivato (inoppugnabile) che fa notificare alla persona offesa. In questa prospettiva, la giurisprudenza [C.M. 27/5/2010-22.6.2010 n. 23930 in CED Cass. pen. 2010, Cass. pen. 2011, 9, 3097], ha conseguentemente censurato la ordinanza, ritenendola abnorme, con cui il giudice, in esito all'udienza camerale fissata a seguito di opposizione della persona offesa alla richiesta di archiviazione, nel rigettare quest'ultima, disponeva l'assunzione di una testimonianza solo nelle forme dell'incidente probatorio su richiesta della persona offesa, spettando solo al p.m. ed all'indagato il potere di proporre la richiesta, in tal modo sanzionandosi la peculiare ipotesi di violazione del principio dispositivo. (Nella specie, il g.l.p. - all'e- sito dell'udienza camerale nella quale la persona offesa, anziché osservare il disposto dell'art. 394, si era limitata a sollecitare verbalmente l'assunzione di una testimonianza nelle forme dell'incidente probatorio - dopo essersi riservato ed aver, in assenza di contraddittorio, richiesto al p.m. di esprimere il suo "assenso", lo aveva disposto d'ufficio, fissando l'udienza camerale in prosecuzione per l'escussione). Di indebita surroga del g.l.p. al magistrato inquirente parla anche C. IV 12.6.2008-7/7/2008 n. 27566 in CBD Cass. pen. 2008, laddove afferma che è abnorme l'ordinanza del giudice delle indagini preliminari che, nel rigettare la richiesta di archiviazione disponendo indagini supplementari, ordina al p.m. di richiedere l'incidente probatorio per svolgere un accertamento peritale, atteso che così facendo il giudice si surroga all'organo dell'accusa, cui è rimessa in via esclusiva la scelta in ordine all'attivazione di tale procedura.

395. Presentazione e notificazione della richiesta

Sommario: I. Questioni di legittimità costituzionale ed effettività del contraddittorio.

I. Questioni di legittimità costituzionale ed effettività del contraddittorio. Peculiarità questione di cui ha avuto modo di occuparsi la Corte costituzionale, dichiarando infondata e quella che, in tema di estinzione delle garanzie di effettività del contraddittorio, attiene alla omessa previsione dell'obbligo di notifica- re all'incidente probatorio formulata dal p.m. anche al difensore di legittimità costituzionale particolare, sono state dichiarate infondate le questioni di legittimità costituzionale degli artt. 393, 395 e 396, sollevate in riferimento agli artt. 3 e 24 Cost., nella parte

come il giudice rittenente avesse omesso di valutare la possibilità di fornire una lettura costituzionalmente orientata della norma impugnata, così da impedire l'accesso all'incidente probatorio, anche nella fase intermedia tra la conclusione delle indagini e l'inizio dell'udienza preliminare, in sintonia con quanto già affermato nelle precedenti sentenze n. 77/1994 e n. 249/2003 [C. Cost. ordinanza n. 146/2009].

2 La richiesta delle parti deve indicare la prova da assumere e le ragioni della sua rilevanza per la decisione dibattimentale, si tratta di una enunciazione dei motivi di rilevanza della richiesta che, per quanto generica, deve essere tale da offrire al giudice una possibilità di decisione *cognita causa*. In questa prospettiva, significativamente tutti i requisiti formali della richiesta che individuano il *thema probandi*, sono previsti a pena di inammissibilità della richiesta di incidente.

3 Con la richiesta di incidente probatorio, il p.m. non è obbligato a depositare tutti gli atti di indagine compiuti. È evidente, peraltro, che ove tale obbligo fosse presente, la violazione della norma in questione, non potrebbe che avere quale conseguenza la nullità dell'atto per violazione delle norme in tema di diritto a un intervento consapevole ed effettivo e, conseguentemente, l'inutilizzabilità del risultato dell'incidente probatorio. Tale conclusione sembra del resto trovare implicita conferma in una pronuncia della Suprema Corte laddove, pur rigettandosi la richiesta di inutilizzabilità dell'incidente probatorio "ordinario" per omesso deposito da parte del p.m. di atti di indagine, si è affermato - per converso - la razionalità della scelta legislativa di importare la piena *discos- very* nei casi previsti dall'art. 393 c. 2 *bis* proprio in ragione della "regola eccezionale" della validità probatoria della testimonianza resa in incidente probatorio dal minore intradecente non subordinata alla retterazione dell'esame in sede dibattimentale e alla sintesi, se la *ratio* della piena *discovery* e quella di controbilanciare la mancanza della immediatezza corretta alla piena validità probatoria del risultato dell'incidente probatorio, senza necessità di "riscolto" dibattimentale, si giustifica allora in questa ottica, contrariamente a quanto accade nelle ipotesi ordinarie in cui, ai sensi dell'art. 511 c. 1, la lettura delle dichiarazioni e la loro inutilizzabilità è invece condizionata alla mancata richiesta di nuovo esame. Il peculiare e sanzionato obbligo per il p.m. di depositare tutto il materiale investigativo in precedenza acquisito. In questa prospettiva, in altri termini, solo la lettura del c. 3 dell'art. 393 come introducente una previsione di diretta inutilizzabilità processuale del risultato del peculiare incidente probatorio per mancanza del previo integrale deposito delle risultanze investigative, cosicché: "La violazione del comma 2 bis determina l'inutilizzabilità della prova raccolta nell'incidente probatorio", inculca l'effettività del precepto.

4 La richiesta qualora rigettata, può essere reiterata sia per la sopravvenienza di determinati fatti, ovvero per il superamento dei vizi formali, ovvero nelle ipotesi in cui siano integrati dati di fatto prima mancanti o elementi nuovi. In caso di rinnovazione della richiesta e peraltro necessario procedere alla nuova notifica a mente dell'art. 395, a pena di nullità di ordine generale a regime intermedio [g.l.p. Trib. Rimini 30.9.2002, I., GM 2003, II, 503].

Il rite precitato è determinante inammissibilità alla proposizione delle deduzioni deve considerarsi quello di cui al c. 4 del succitato art. 401, costituito dall'apertura del procedimento di cui al c. 397 art. 401, costituito dall'apertura del procedimento di cui all'art. 398 c. 3.

a) presentare le deduzioni anche oltre il termine dei due giorni dalla notifica e sino al momento di apertura dell'udienza incidentale; b) integrare le deduzioni già presentate; c) depositare controdeduzioni (in senso contrario, parte della dottrina ritiene che sulle deduzioni non può aprirsi un secondo momento di contraddittorio attraverso controdeduzioni) poiché il contraddittorio scritto è previsto senza possibilità di replica]. Ugualmente non sanzionato, per le ragioni appena evidenziate, deve considerarsi il termine di cui all'art. 398 c. 3.

397. Differimento dell'incidente probatorio

Sommario: 1. Tardività del deposito dell'istanza di differimento e ambito operativo della conseguente inammissibilità.

1. Tardività nel deposito dell'istanza di differimento e ambito operativo della conseguente inammissibilità.

Nella interpretazione della disposizione in esame si è discusso, avendo riferimento al possibile aspetto paralogico della medesima, soprattutto in ordine all'ambito dell'inammissibilità della richiesta di differimento dell'incidente probatorio, proposta dal p.m. rispetto alla iniziativa di assunzione cautelata rinviata dalla persona sottoposta a indagini, dovendosi stabilire se detta inammissibilità, espressamente riferita alla mancata osservanza del termine previsto per il deposito della richiesta stessa, attinga anche alle proposizioni contenute nei termini di cui all'art. 397 c. 2 della previsione in esame. In particolare alle condizioni di cui alle lett. a e b c. 2 della previsione in esame. La stessa ha sostenuto invece come "la mancata previsione dell'inammissibilità per l'omissione del contenuto prescritto all'art. 397 c.p.p. è ben comprensibile, ove si tenga presente che una motivazione carente della richiesta di differimento determina il rite nel merito", giuovane anche evidenziare la necessità restrittiva della interpretazione che si è svolta in materia di estensione delle cause di inammissibilità, soprattutto quando

in cui non prevedono che la richiesta del p.m. di procedere, ad incidente probatorio sia notificata anche al difensore della persona sottoposta alle indagini, dette disposizioni, per come affermate dal Giudice delle leggi, vanno infatti interpretate nel senso di ritenere includibile la notificazione al difensore, in collegamento con quelle contenute negli artt. 99 c. 1 e 401 c. 4. In questa prospettiva, pertanto, secondo l'interpretazione espressa dalla C. Cost. 136/1990 (in *GGost. 1990*, 12600; *GP* 1991, I, 1869), si impone la notifica della richiesta di incidente probatorio avanzata dal p.m. non solo alla persona sottoposta a indagini ma anche al suo difensore, detto ultimo adempimento, peraltro, non può considerarsi dovuto, quando, costituendo la richiesta il primo atto del procedimento in base al quale si debba dar luogo ad informazione di garanzia ed essendo stata quest'ultima spedita contestualmente alla richiesta stessa, non vi sia ancora in atti la nomina di alcun difensore [C. VI 20.3.1991, Samgeramo, in *ANP* 1992, 75].

2 Un insolito contrasto giurisprudenziale, richiamato nella sentenza costituzionale n. 74/1991 (in *CP* 1991, II, 413, *GGost. 1991*, 527, *ANP* 1991, 370, *PT* 1991, I, 1009, *GP* 1991, I, 265), sembra attingere, alla stregua della incidentale affermazione del Cui dice delle leggi, all'obbligo del p.m. di depositare, con la richiesta di incidente probatorio, le dichiarazioni precedentemente rese da soggetto che deve essere escusso come teste, con la conseguenza che, in ipotesi di violazione di tale obbligo, si determinerebbe nulla dell'atto probatorio perché realizzato in violazione dei diritti di difesa. Obbligo, quello appena richiamato che, sempre in ragione della richiamata pronuncia, sussisterebbe in ossequio al dettato codicistico che, all'art. 401, richiamando le forme previste per il dibattimento e, conseguentemente, la necessaria presenza del difensore, non potrebbe non prevedere indispensabile possibilità di completa informazione per una successiva coscienza ed effettiva partecipazione alla udienza istruttoria. In dottrina, significativamente, un diverso orientamento, assume al contrario, come invece nessun obbligo di deposito, incomberrebbe sul p.m.

396. Deduzioni

Sommario: 1. Le caratteristiche del c.d. contraddittorio cartolare.

1. Le caratteristiche del c.d. contraddittorio cartolare.

La norma ribadisce evidentemente la incontestabile correlabilità dell'acquisizione della prova in incidente probatorio al rispetto delle peculiarità caratterizzanti il pieno contraddittorio dibattimentale; espressamente affermando il diritto dei soggetti che non hanno presentato richiesta di presentare deduzioni e valutare ammissibilità e fondatezza della richiesta. Si instaura cioè, quale espressione peculiare del procedimento finalizzato al provvedimento di ammissione della prova richiesta, un breve contraddittorio, c.d. cartolare, che consente al giudice di valutare in maniera equilibrata la particolare legittimità, con termini per il deposito degli scritti di natura probatoria, non essendo espressamente prevista la sanzione della decadenza. In tale prospettiva, quindi, unico

come nel caso di specie, attendano a richieste nelle quali si concretizza il diritto all'investigazione preliminare, quale indispensabile prodromo a un corretto e obbligatoro esercizio dell'azione penale [in questa prospettiva, autorevole dottrina sostiene che costituirebbe *vizio* della previsione la votazione normativa di salvaguardare la riservatezza delle indagini, scongiurando il pericolo che "l'incidente probatorio" possa essere strumentalmente utilizzato per aprire tassello nel panorama delle indagini e permettere all'indagato di anticipare e frustrare le mosse investigative del PM"]. Tutto ciò, a maggior ragione, ove si consideri che, significativamente, ai sensi del comma 3 della previsione in esame, il vizio giurisdizionale in tema di inammissibilità della richiesta di differimento, interveniva solo dopo l'interventiva delibazione in senso positivo della richiesta di incidente probatorio avanzata dalla persona sottoposta a indagini, ivovella richiesta di incidente probatorio avanzata dalla persona sottoposta a indagini, così confermandosi la necessità di una valutazione il più possibile approfondita nel merito delle ragioni fondanti lo siltamento.

La **richiesta di differimento**, dove essere presentata nella cancelleria del g. p. entro due giorni dalla notifica della richiesta di incidente probatorio. L'interpretazione letterale della previsione dell'art. 397 c. 2 sembrerebbe limitare l'inammissibilità della richiesta di differimento alla sola ipotesi di presentazione della stessa presso la cancelleria di altro giudice, mentre parte della dottrina ha osservato al proposito che, "partimenti a pena di inammissibilità" la richiesta deve indicare l'atto o gli atti di indagine che l'incidente pregiudicherebbe e le cause del pregiudizio".

398. Provvedimenti sulla richiesta di incidente probatorio

SOMMARIO: I. L'ordinanza sulla richiesta di incidente probatorio e le conseguenze sanzionatorie correlate alla violazione delle previsioni in tema di contraddittorio. - II. Regole particolari di assunzione della prova e conseguenze sanzionatorie.

I. L'ordinanza sulla richiesta di incidente probatorio e le conseguenze sanzionatorie correlate alla violazione delle previsioni in tema di contraddittorio.

L'art. 398 prende in considerazione i contenuti della **decisione giurisdizionale** sulla richiesta di incidente probatorio, prevedendosi oltre alla dichiarazione di accoglimento, quella di rigetto, l'ipotesi di una pronuncia di **inammissibilità**. Sul punto, CIV 7 10 2009, 5.11.2009 n. 42520 ha "significativamente osservato che l'ordinanza ... con la quale è stata dichiarata inammissibile la richiesta di incidente probatorio ... è estrinsecazione di un potere **discrezionale** del giudice ed ha natura strumentale per assicurare il più corretto e spedito iter processuale. Essa è inoppugnabile per il principio di tassatività dei mezzi di impugnazione e, non avendo natura decisoria né possibilità di paralizzarlo o svuotarlo processuale, non può essere considerata **abnorme**" [v. così, C 30 11 2000 n. 2678/2001; C 13 11 2003 n. 4705; C 14 12 2004 n. 2926/2005]. Tale ordinanza, come peraltro quelle che decidono il merito della richiesta, può essere revocata, come può evolversi da C II 7 4 19 4 2004 n. 18047 secondo cui non è **abnorme** il provvedimento del Giudice per le indagini preliminari con il quale venga disposta la revoca della precedente ordinanza ammissiva di una perizia mediane incidente probatorio, in quanto la revocabilità

2

1

II. Regole particolari di assunzione della prova e conseguenze sanzionatorie.

Il **art. 398 c. 5 bis** detta regole particolari di **assunzione della prova** quando tra le persone interessate alla sua assunzione vi siano minorenni nel caso si proceda per determinati reati in buona parte coincidenti con quelli di cui all'art. 392 c. 1 *bis*. Occorre infatti notare che l'art. 63/2005 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del paragrafo ribadire, che la C. Cost. 63/2005 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del suddetto comma dell'art. 398 nella parte in cui non prevede che il giudice possa provvedere nei modi ivi previsti all'assunzione della prova ove tra le persone interessate ad essa vi sia un maggiorenne insieme di mente, quando le esigenze di questi lo rendano necessario od opportuno. C. II 8 1 2009 19 2 2009 n. 7141 (in CP 2009) ha rilevato come il giudice dell'incidente probatorio ha il potere di valutare **discrezionalmente** se sussistono le condizioni per l'adozione della particolare modalità di espletamento dell'esame protetto del testimone minorenni, tenuto conto delle esigenze del minore stesso. La particolare natura dell'esame in relazione alla assoluta peculiarità degli interessi dei soggetti di cui si procede all'audizione, ha determinato la giurisprudenza ad affermare che, pur realizzandosi violazione di previsione che garantisce l'effettività al contraddittorio nella formazione della prova, non occorre alcuna ipotesi di **nullità** ove sia il giudice a condurre direttamente l'assunzione della prova testimoniale, in quanto l'esperto in psicologia infantile eventualmente nominato ai sensi dell'art. 498 c. 4, ha solo la funzione di assistere il giudice fornendo sostegno psicologico al minore ovvero indicare le modalità con cui devono essere preferibilmente poste le domande al minore da parte del giudice impone però il rispetto di determinate regole a cui anche il giudice si deve attenere, essendosi sul punto osservato [C III 11 5 2011 28 6 2011 n. 25712, CP 2012, 2.585 (s.m.), nota di Pussini, *DGius* 2011, 23 luglio] che il giudice

2

che procede all'esame diretto del testimone non può formulare domande suggestive. Sul punto, è stato peraltro sottolineato da recente giurisprudenza (C. III 24.2.2012 n. 7373, *GD* 2012, 18, 45 (g.m.), nota di: Bricchetti) che nell'esame dei minori devono osservarsi particolari cautele; soprattutto se si tratta di soggetti piccoli; poiché se da un lato si può affermare che i bambini non tendono a mentire consapevolmente, dall'altro deve tenersi conto che gli stessi presentano modalità zionali orientate in senso imitativo e adesivo e visulano, perciò, influenzati dalle suggestioni che possono essere insite nelle domande degli adulti e tendono a formulare risposte che ne assecondano le richieste. La violazione delle regole dettate in materia di assunzione della prova però non ne determinano la nullità, stante il principio di tassatività, ma è evidente che l'insostanzianza delle regole stabilite dal codice di rito per assicurare la sincerità e genuinità delle risposte del teste e, trattandosi di minori, anche delle linee guida dettate dalla Carta di Noia, rende la prova non genuina e poco attendibile.

399. Accompagnamento coattivo della persona sottoposta alle indagini

SOMMARIO: I. Le caratteristiche dell'accompagnamento coattivo.

La previsione in esame costituisce applicazione della più generale delicta **deroga**, sancita dall'art. 132, alla regola generale della piena libertà dell'imputato di presentarsi o meno alle fasi del procedimento penale. Deroga che, evidentemente, nell'attribuire al giudice il potere di disporre l'accompagnamento coattivo dell'imputato e, quindi, nell'incidere sulla libertà personale del medesimo, deve necessariamente correlarsi, al rigoroso rispetto della riserva di legge e giurisdizione sancite dall'art. 13 Cost., con assoluto divieto di qualsiasi interpretazione diversa da quella restrittiva della previsione in esame. Ne consegue, ai sensi del combinato disposto degli artt. 125, 132 e 399, la necessità a pena di nullità, di puntuale motivazione del provvedimento che disponga l'accompagnamento coattivo dell'imputato. Sotto altro profilo, le ipotesi in cui il giudice per soddisfare esigenze di accertamento probatorio può imporre all'imputato di presentarsi all'incidente probatorio, sono evidentemente quelle in cui la partecipazione fisica dell'imputato medesimo appare necessaria per consentire l'assunzione di una prova che non si corredi alle dichiarazioni dello stesso (esame e controllo), essendo le medesime sempre e in ogni caso imprescindibili per la determinazione, in applicazione alla regola di civiltà giuridica espressa dal brocardo *nemo tenetur se deligere* ma, diversamente, alla sua mera presenza quale oggetto di accertamento (perizia, esperimento, ricognizione). Da rilevare, una sostanziale sovranità tra la previsione in esame e quella dettata dall'articolo 46 delle disposizioni di attuazione laddove quest'ultima prende semplicemente in considerazione tutti i casi di possibile provvedimento che disponga accompagnamento coattivo, regolamentando il rapporto tra questa e l'organo che deve provvedere materialmente alla sua esecuzione.

400. Procedimenti per i casi di urgenza

SOMMARIO: I. Natura del contraddittorio nei casi di urgenza.

I. La tutela del contraddittorio nei casi di urgenza.
 La previsione in questione, nell'ambito della generale correttezza dello strumento dell'incidente probatorio all'esigenza di assunzione anticipata della prova, consente di ulteriormente adeguare i tempi dell'assunzione alle peculiarità urgenti della situazione concreta, abbreviando secondo necessità i già ridotti termini di svolgimento della procedura. È evidente, pertanto, che la necessità di motivazione si impone con particolare pregnanza e, conseguentemente, la sanzione di nullità per difetto di motivazione del decreto di abbreviazione dei termini si pone quale strumento di tutela del contraddittorio, da intendersi quale effettiva possibilità di partecipazione paritaria e consapevole di tutti i soggetti interessati.

401. Udienza

SOMMARIO: I. Udienza per l'assunzione della prova e vizi del contraddittorio - II. Modalità di assunzione della prova dichiarativa e legittimità delle contestazioni - III. Il contraddittorio nell'accertamento peritale - IV. La necessità di correlazione tra il contraddittorio e la utilizzabilità soggettiva della prova. Rinvio.

I. Udienza per l'assunzione della prova e vizi del contraddittorio.

L'incidente probatorio configura una fase a contraddittorio pieno e necessario che presuppone la partecipazione dei vari soggetti interessati all'acquisizione della prova e che, pertanto, devono essere raggiunti dalla notificazione ex art. 395. In questa prospettiva, l'inoltro della richiesta e l'atto di notifica sono atti preliminari dai quali scaturiscono elementi rituali successivi al fine di assicurare le garanzie del contraddittorio. Le regole codificate all'art. 401, sono volte ad assicurare che all'udienza di assunzione anticipata della prova, prendano necessariamente parte il p.m. e il difensore dell'indagato. All'indagato e alla persona offesa invece è data la possibilità di assistere agli atti ai quali hanno diritto di assistere. Dalla partecipazione necessaria all'udienza occorre cioè distinguere l'assistenza con la quale si indica la presenza dell'indagato e della persona offesa. Al riguardo l'art. 401 c. 3, opera una netta distinzione in base al tipo di prova da assumere, attribuendo il diritto di assistere all'udienza solo se trattasi di prova dichiarativa. L'udienza di assunzione della prova in incidente probatorio segue peraltro il rito camerale, non assistenziale, come tutavia pienamente lo schema, essendo appunto necessaria la presenza dell'organo di pubblica accusa e del difensore dell'indagato. L'eventuale assenza di tali soggetti con l'addizione necessari da luogo a **patologie processuali** di tipo diverso. Infatti, mentre la celebrazione dell'incidente probatorio senza la presenza del p.m. integra una **nullità a regime intermedio** ai sensi del combinato disposto degli artt. 178 lett. b e 179, corre laddove quest'ultima prende semplicemente in considerazione tutti i casi di possibile provvedimento che disponga accompagnamento coattivo, regolamentando il rapporto tra questa e l'organo che deve provvedere materialmente alla sua esecuzione.

402. Estensione dell'incidente probatorio

Sommario: L'ammmissibilità della richiesta di estensione incidente probatorio...

1. L'ammmissibilità della richiesta di estensione incidente probatorio.

L'assunzione della prova non può avere ad oggetto fatti riguardanti persone diverse da quelle i cui difensori partecipano all'incidente probatorio, ed è vietato verbalizzare dichiarazioni riguardanti tali soggetti. Il combinato disposto degli artt. 401 c. 6 e 402 consente tuttavia che su richiesta del p.m. o del difensore dell'indagato si operi un'estensione dell'oggetto dell'incidente probatorio a fatti riguardanti persone diverse da quelle i cui difensori partecipano all'incidente probatorio, assicurandone, a pena di inutilizzabilità soggettiva del risultato, la partecipazione in una nuova udienza a mezzo di notifica. Il p.m. e il difensore dell'indagato, infatti, possono chiedere al giudice che la prova sia estesa e si estenda ai fatti o alle dichiarazioni riguardanti soggetti i cui difensori non sono presenti: in questo caso, se non viene pregiudicata l'assunzione della prova, il giudice rinvia l'udienza di non oltre tre giorni (termine ordinario) e dispone la notificazione al soggetto interessato dell'avviso di cui al 398 c. 3 (ex art. 402).

403. Utilizzabilità nel dibattimento delle prove assunte con incidente probatorio

Sommario: L'efficacia oggettiva e soggettiva della prova assunta con incidente probatorio; questioni costituzionali. - II. L'utilizzabilità probatoria nei riguardi del soggetto non ancora indagato.

1. Efficacia oggettiva e soggettiva della prova assunta con incidente probatorio; questioni costituzionali.

L'art. 403 conferma la regola dell'utilizzabilità in dibattimento solo delle prove assunte in incidente probatorio per gli imputati i cui difensori vi abbiano partecipato. Tale regola, che riguarda anche il caso di imputati ai quali da indizi di colpevolezza successivamente all'espletamento dell'incidente probatorio, trova un'eccezione nel caso in cui gli indizi siano emersi quando era ormai impossibile la ripetizione dell'atto (art. 403 c. 1 bis). Il legislatore ha tratto ispirazione per l'inserimento del nuovo c. 1 bis della disposizione in commento dalle sentenze della Corte costituzionale in tema di efficacia soggettiva della prova assunta con incidente probatorio [C Cost. 198/1994, RDP 1995, 893, 904; C Cost. 181/1994, CP 1994, 2393; e C 8.1.1997, Persico, CP 1997, 3491, cit. par. I], ove il giudice delle leggi aveva espresso un orientamento parzialmente difforme, incline a consentire l'utilizzazione della prova assunta con incidente probatorio, senza la presenza del difensore, in quanto i soggetti nei confronti dei quali la prova deve essere utilizzata non avessero assunto o non potessero ancora assumere la qualità di persone sottoposte alle indagini per non essere stati ancora raggiunti da indizi di colpevolezza. La disposizione prevede un'ipotesi di inutilizzabilità oggettivamente relativa perché correlabile alla sola fase dibattimentale.

alcuna nullità per il caso di diniego di assunzione di una nuova udienza da parte del g.i.p. per l'esame orale del reato. La Corte ha in particolare sostenuto che l'assunzione anticipata della perizia in sede incidentale non richiede, successivamente al deposito dell'elaborato, anche l'esame orale del reato, in quanto il rinvio alle forme di assunzione delle prove stabilite nel giudizio, compiuto dall'art. 401 c. 5, deve intendersi nei limiti di compatibilità con la specialità della sede ed alle esigenze accertatorie proprie della fase" [C IV 16.11.2004, n. 44495, CP 2005, 11, 3419, nota di Garof]. In altri termini, qualora il giudice dell'incidente probatorio abbia inutilmente differito la fase orale alla sede dibattimentale (pur non essendo stato tale differimento concordemente convenuto dalle parti), si verifica una mera irregolarità improduttiva di conseguenze e si è solo in presenza di una prova incompleta, che può e deve essere completata in dibattimento con il contraddittorio orale tra le parti, senza che da tale irregolarità possa farsi discendere, in costanza dello svolgimento di successivo esame orale, una nullità per violazione del diritto di assistenza delle parti di cui agli artt. 178 lett. c, e 180, e quindi senza che possa dirsi viziato l'atto nel suo complesso [C IV 3.10.2006, n. 36613, GB 2007, 9, 3353 (s.m.)].

2 Pacifico è invece che l'indagato nel corso dell'incidente probatorio abbia il diritto, a pena di nullità di farsi assistere dal proprio CT, come osservato da C III 18.5.2009, 22.6.2009 n. 25992 (in CP 2009) secondo cui "la violazione del diritto dell'imputato di farsi assistere dal proprio consulente nel corso dell'incidente probatorio integra una nullità generale a regime intermedio che, in quanto verificatasi alla presenza della parte, è da ritenersi sanata se non ecceduta prima del compimento dell'atto, ovvero, se ciò non sia possibile, immediatamente dopo".

IV. La necessaria correlazione tra il contraddittorio e la piena utilizzabilità soggettiva della prova. Rinvio.

La piena adesione al modello costituzionale del contraddittorio quale, estrinsecazione del diritto di difesa, ed essenziale condizione legittimante la formazione e la successiva utilizzabilità della prova nei confronti dell'imputato, trova ulteriore e significativa conferma nella regola che vieta, a pena di inutilizzabilità dibattimentale soggettiva (i presupposti e limiti della quale appaiono esaurientemente chiariti dal successivo art. 403 cui espressamente si rinvia), la estensione della prova, senza l'attuazione del meccanismo di cui all'art. 402, a fatti riguardanti persone diverse da quelle i cui difensori partecipano all'udienza, vietandosi comunque la verbalizzazione delle dichiarazioni concernenti tali soggetti. In questa prospettiva, l'ordinanza ammessa nell'incidente delimita effettivamente il tema di prova e, solo a seguito dell'inegazione del contraddittorio, potrà ultime volte farsi luogo all'assunzione su fatti concernenti persone diverse da quelle inizialmente interessate dal contraddittorio. Il divieto di verbalizzazione delle dichiarazioni implicanti responsabilità delle persone non assistite, in qualche modo ulteriormente rafforzato dalla evocata inutilizzabilità soggettiva, viene invece dalla dottrina correlato alla volontà legislativa di evitare che, nell'ambito della stessa dichiarazione si proceda a una sua parziale utilizzabilità della medesima.

sono stati raggiunti da indizi di colpevolezza, e che nel loro confronto nessuno con-
tradittorio poteva essere assunto. [C. Cost. 8/1994, 23/93, C. 18, 1/97,
Persico] (C. 1997, 3491).

2
Controversa in dottrina è la questione della sanzione di inutilizzabilità
anche nel caso in cui l'esito della prova sia favorevole all'imputato, che non è stato
presente all'incidente con il suo difensore. Vi è chi ha escluso che la regola debba esten-
dersi anche per gli effetti in *bonam partem*, per la prevalenza del principio del favor
reus, con la conseguenza che i risultati dell'incidente probatorio sono inutilizzabili
indefinitamente se a favore del soggetto che era rimasto, e non estraneo alla loro
assunzione. Di segno opposto la tesi della omnicomprensività della regola di esclusione,
insuscettibile di subire delle deroghe, ad essa fa forza dell'art. 403, che dispone espres-
samente l'inutilizzabilità della prova nei confronti dell'imputato.

1
II. L'inutilizzabilità probatoria nei riguardi del soggetto non ancora indagato.
Le perplessità avanzate in sede dottrinale circa l'indiviso dei Giudici della Con-
silia, sono state recepite dal legislatore, il quale, sconfessando l'orientamento
espresso dalla Corte costituzionale, ha definitivamente sancito, mediante il nuovo c. 1
bis introdotto dalla L. 7.8.1997 n. 267, l'inutilizzabilità della prova assunta con la pro-
cedura incidentale nei confronti dell'imputato, raggintato solo successivamente all'in-
cidente probatorio da indizi di colpevolezza, se il difensore non ha partecipato alla sua
assunzione, salvaguardando al contempo le esigenze di conservazione del materiale
conoscitivo precedentemente acquisito, qualora i suddetti indizi siano emersi dopo che
la ripetizione dell'atto sia divenuta impossibile. La prova inutilizzabile è utilizzabile nei
confronti di chi sia divenuto destinatario delle indagini quando non era più possibile
assumersi con la sua partecipazione. Benché nella norma si faccia riferimento alle e-
spressioni di indizi, in realtà assume rilevanza la realizzazione di una ipotesi di accusa a
carico dell'interessato. L'utilizzabilità probatoria nei riguardi del soggetto non ancora
indagato è subordinata al rispetto delle garanzie difensive sottese alla previsione della
necessaria partecipazione del difensore all'atto di assunzione della prova, ovverbiene
solamente mediante l'integrale ripetizione, qualora sia possibile, dell'incidente pro-
batorio. Assunto, quindi, rilevanza decisiva il momento di emersione degli indizi di
colpevolezza, la cui sussistenza al tempo della richiesta di incidente probatorio e dell'in-
volgimento della relativa udienza rende del tutto inutile la procedura inerente agli atti
inutilizzabili, non prescindendo alcun margine per il recupero e l'utilizzabilità della prova in
tal modo assunta. Il principio di conservazione della prova, contro il rischio di de-
natura di dispersione della stessa, consente l'imposizione di un sacrificio alle garanzie
difensive della persona estranea al procedimento penale al tempo dell'assunzione, solo
nella misura in cui l'atto fosse già inutilizzabile al momento della assunzione della
qualità di indagato [secondo parte della dottrina, verbi di parte irripetibili, diver-
tebbero oggetto di lettura dibattimentale ai sensi dell'art. 512].

Diverità di opinioni, volie al raggiungimento di un equilibrio possibile in assenza
della difesa e accertamento dei fatti penalmente rilevanti, si sono manifestate in merito

mentale, ma anche soggettivamente relativa perché colpisce gli imputati sprovvisti
di difensore nell'udienza di assunzione anticipata della prova, di modo che, l'utiliz-
zabilità ai fini della decisione, è limitata a quelle prove assunte nei confronti degli
imputati rappresentati, anche d'ufficio, in udienza. Tuttavia, la Corte costituzionale
era stata investita della questione di legittimità dell'art. 238 c. 1, nel testo introdotto
dal d.l. 8.6.1992 n. 306, convertito con modificazioni dalla L. 7.8.1992 n. 356, in rife-
rimento agli artt. 3 e 24 Cost., nella parte in cui, consentiva l'acquisizione agli atti del
processo della perizia assunta in altro procedimento penale nelle forme dell'incidente
probatorio, anche nei confronti delle parti i cui difensori non avessero partecipato alla
sua assunzione. Nell'ordinanza di rimessione, il giudice a quo rilevava una violazione
del principio di eguaglianza, sotto il profilo della disparità di trattamento, e del diritto
di difesa, ogniqualvolta la norma censurata non vietasse l'utilizzazione della perizia
espletata in altro procedimento nelle forme dell'incidente probatorio, la cui acqui-
sizione agli atti del processo principale fosse richiesta dal p.m. nei riguardi di altre
persone, anche in relazione a reati privi di qualunque collegamento con quelli per cui
si procede. Tale utilizzabilità non risultava impedita neppure dalla opposizione pro-
posta dal difensore alla loro acquisizione ai sensi dell'art. 403. Con sentenza interpre-
tativa di rigo, la Corte ha dichiarato non fondato il dubbio di costituzionalità, sulla
base del fatto che l'art. 238 c. 1, deve essere interpretato in modo tale da far salva la
garanzia fondamentale del contraddittorio. Ad avviso della Consulta, infatti, la norma
censurata poteva ricevere applicazione di fronte ad una prova assunta, con incidente
probatorio, senza la presenza del difensore, in quanto i soggetti nei confronti dei quali
la prova deve essere utilizzata non avessero assunto o non potessero ancora assumere
la qualità di persone sottoposte alle indagini per non essere stati ancora raggiunti da
indizi di colpevolezza [C. Cost. 198/1994, RIDPP 1995, 893, 904]. Nel dichiarare
infondata la questione di legittimità dell'art. 403, con riferimento agli artt. 3 e 112
Cost., la Corte ha colto l'occasione per ribadire un concetto fondamentale in tema di
prove. Nella motivazione della sentenza si afferma, infatti, che la regola dell'inutiliz-

zabilità soggettiva di cui all'art. 403 rappresenta una sanzione processuale per la
violazione del principio del contraddittorio, lesa dalla mancata partecipazione del
difensore della persona sottoposta alle indagini agli atti di acquisizione probatoria.
Il presidio costituito dal divieto di utilizzazione delle prove assunte nel difetto del
contraddittorio tra tutti i soggetti interessati garantisce la genuinità e validità del pro-
cedimento di elaborazione probatoria, evitando, al contempo, che all'imputato, pos-
sono derivare gravi ed irrimediabili pregiudizi in vista dell'istruzione dibattimentale,
ove i risultati dell'incidente probatorio entrano a pieno titolo tra il materiale cognitivo
a disposizione del giudice ai fini della decisione di merito. Almeno nell'ambito di uno
stesso procedimento, dunque, l'art. 403 in tanto è in grado di impedire l'utilizzazione
della prova nei confronti di imputati i cui difensori non abbiano partecipato all'incl-
dente probatorio, in quanto il principio del contraddittorio, di cui la norma costituisce
diretta applicazione, venga effettivamente violato. Il che si verifica solo nel caso in
cui "i soggetti nei confronti dei quali la prova è destinata ad essere utilizzata abbiano
già assunto la qualità di indagati e non anche quando l'utilizzazione riguardi soggetti
che solo successivamente all'assunzione della prova, ovvero proprio sulla base di essa,

alla operatività del divieto di cui all'art. 403 con riferimento ad atti assunti con l'incidente probatorio e successivamente divenuti irripetibili. Il rigoroso rispetto del quadro normativo indurrebbe a ritenere che l'impossibilità di assistere al contraddittorio debba essere valutata nel momento in cui la prova è acquisita in dibattimento, non nel momento in cui viene formata con l'incidente probatorio. *Nulla quæstio*; dunque, per l'applicabilità della regola dell'irripetibilità soggettiva con riferimento alle ipotesi in cui la prova sia ripetibile al dibattimento. Se così non fosse, l'assenza della difesa dall'incidente non verrebbe adeguatamente compensata dalla possibilità di rinnovare la prova in giudizio. Il giudice disporrebbe di due prove di pari rango e sarebbe libero di scegliere la prima. Per contro, il sacrificio imposto all'accertamento dei fatti partecbe sufficientemente compensato dall'assunzione dibattimentale della prova, che avverrebbe assicurando all'interessato la piena esplicazione del diritto al contraddittorio. Nell'ipotesi di sopravvenuta impossibilità di ripetizione dell'atto, invece, si ritiene applicabile l'art. 512, che prevede la lettura di atti irripetibili per cause sopravvenute dovute a fatti o circostanze imprevedibili al momento della loro assunzione, la cui esclusione risulterebbe ingiustificata ed irrazionale, alla luce del fatto che lo stesso articolo consente l'utilizzazione di atti privi della garanzia giurisdizionale, quali quelli compiuti dalla p.g. e dal p.m.

404. Efficacia dell'incidente probatorio nei confronti della parte civile

SOMMARIO: I. L'inutilizzabilità della prova nei confronti del danneggiato. II. L'accettazione tacita del danneggiato.

La disposizione in esame prende in considerazione un limite di utilizzabilità della prova caratterizzato da diversi profili di atipicità: 1) l'inutilizzabilità colpirebbe il solo **danneggiato**, a cui è escluso partecipare all'incidente probatorio, salvo che non si costituisca quale persona offesa altrimenti ha diritto di partecipare; 2) il divieto di utilizzazione non produrrebbe l'invalidità della sentenza pronunciata sulla base della prova assunta in incidente probatorio, ma, in detoga all'art. 652, individua-ebbe soltanto l'**imponibilità** del giudice di assolvere al danneggiato dal reato, benché costituito parte civile, che non sia stato in grado di partecipare all'incidente probatorio; 3) l'inutilizzabilità risulterebbe sanata dalla accettazione anche tacita della **prova incidentale** da parte del danneggiato, che si troverebbe, quindi, nelle condizioni di parte onerata all'eccezione di inutilizzabilità della prova, onde evitare gli effetti connessi alla funzione positiva del giudice penale nel giudizio civile di danno.

La prova assunta in incidente probatorio è, pienamente utilizzabile dal giudice del dibattimento ai fini della decisione ed allo stesso tempo deve ritenersi semanticamente che la **parte civile** non subisca gli effetti preclusivi collegati alla irrevocabilità della sentenza disciplinati dall'art. 652, qualora non ne abbia fatto accettazione, anche tacita.

III. L'accettazione tacita del danneggiato

L'inutilizzabilità della prova e la conseguente **imponibilità della sentenza** pronunciata sulla base dei risultati dell'incidente probatorio a cui il danneggiato dal reato sta rimasto estraneo, non si producono qualora lo stesso faccia accettazione, anche **tacita**, della decisione del giudice sul capo imputato. Tale peculiarità forma l'irripetibilità e suscettibilità di sanatoria, nell'ipotesi in cui il danneggiato accetti, anche mediante **comportamenti concipienti**, la prova assunta in sua assenza nell'ambito dell'udienza camerale ex art. 401. Al **danneggiato** dal reato che si sia costituito **parte civile** è fatto carico di **eccepire** l'inutilizzabilità della prova all'atto della costituzione nel processo penale, mentre dovrà eccepire l'imponibilità della sentenza penale irrevocabile nel giudizio civile o amministrativo di danno, nel caso in cui non abbia potuto o voluto avanzare la pretesa civile in sede penale, disconoscendone l'efficacia nei suoi confronti, qualora ha osservato, che il danneggiato in sede civile dovrà opporsi alla produzione della sentenza penale. Diversamente, si è ritenuto che il giudice di assunzione produrrà gli effetti previsti dall'art. 652, ricorrendo alla sanatoria *de qua* dal primo art. 183 lett. a, che cipe generale in materia di nullità degli atti processuali espressò dall'art. 183 lett. a, che subordina l'effetto sanante al comportamento della parte interessata, che ha **rinunciato** espressamente ad eccepire o **accettato** gli effetti dell'atto.

**TITOLO VIII
CHISURRA DEL BNDAGINI PRELIMINARI**

405. Inizio dell'azione penale. Forme e termini

SOMMARIO: I. Questioni di legittimità costituzionale. - II. L'esercizio dell'azione penale e modalità di esecuzione della qualità di imputato. - III. La violazione delle norme che disciplinano le modalità di esecuzione dell'azione penale. - IV. I termini di durata delle indagini preliminari. - V. L'individuazione del *dies a quo*. - VI. L'ipotesi di archiviazione "obbligatoria" collegata al giudice cautelare.

I. Questioni di legittimità costituzionale:

Chiamata a pronunciarsi sulla compatibilità dell'art. 405 c. 2 con il principio enunciato dall'art. 112 Cost., la Corte costituzionale ha dichiarato la **manifesta infondatezza** della questione sollevata dal rinvio, secondo cui la previsione dei termini di durata delle indagini preliminari e dell'inutilizzabilità degli atti compiuti dopo la loro scadenza pregiudica l'adempimento dell'obbligo di esercizio dell'azione penale. Si è osservato, a sostegno della decisione, che i limiti temporali imposti dalla norma impugnata vanno ascritti alla finalità della fase preliminare, che non assume, come tale, ed è destinata a svolgere, per l'esercizio dell'azione penale, funzione di garanzia, ma è destinata a consentire la verifica delle condizioni per l'esercizio dell'azione penale. La disposizione di cui all'art. 405 non comporta, perciò, lo svolgimento e gli effetti dell'attività investigativa, poiché eventuali carenze nell'accertamento della fondatezza della notizia criminale non impediscono al p.m. di assumere, le sue determinazioni e