

# INDICE SOMMARIO

## **CAPITOLO 1**

### ***LE ORIGINI DELL'ISTITUTO***

1. La fase preliminare nel codice del 1930
2. La Costituzione Repubblicana e il dibattito sulla riforma del processo penale
3. La “bozza” Carnelutti e la prima legge delega (3 aprile 1974)
4. Il progetto preliminare del 1978
5. La legge delega del 16 febbraio 1987 n. 81

## **CAPITOLO 2**

### ***I PRINCIPI GUIDA DEL GIUDIZIO E LA RATIO DELL'ISTITUTO DELL'INCIDENTE PROBATORIO.***

1. I principi fondamentali:
  - a) Principio di contestazione
  - b) Principio del contraddittorio
  - c) Principio dell'immediatezza e del libero convincimento del giudice
  - d) Principio di oralità
  - e) Principio di concentrazione
  - f) Principio di economia e speditezza processuale
2. La *ratio* dell'istituto dell'incidente probatorio

## **CAPITOLO 3**

### ***I PRESUPPOSTI ED I CASI DI APPLICABILITA'.***

1. Atti irripetibili e non rinviabili
2. I singoli mezzi di prova:
  - a) Premessa
  - b) La testimonianza art. 392 comma 1 lett. a) c.p.p.

- c) La testimonianza art. 392 comma 1 lett. b) c.p.p.
  - d) la testimonianza del minore
  - e) Esame della persona sottoposta alle indagini su fatti concernenti la responsabilità di altri (art. 392 comma 1 lett. c) ed esame delle persone indicate nell'art. 210 (art. 392 comma 1 lett. d)
  - f) Il confronto (392 comma 1 lett. e)
  - g) Perizia ed esperimento giudiziale (392 comma 1 lett. f): rapporti con l'art. 360 c.p.p.
  - h) la ricognizione (392 comma 1 lett. g)
  - i) La perizia art. 392 comma 2 o di lunga durata
3. Le ipotesi previste dall'art.70 c.p.p. e dall'art.117 disp.att

#### **CAPITOLO 4**

##### ***LA PROCEDURA DI INCIDENTE PROBATORIO.***

1. Il giudice competente. Principio della concentrazione
2. I soggetti legittimati P.M. e la persona sottoposta alle indagini
3. La persona offesa dal reato
4. Il contenuto della richiesta
5. I termini per la presentazione: i casi di proroga
6. La notificazione della richiesta
7. Le deduzioni
8. La procedura del differimento
9. I provvedimenti del giudice sulla richiesta di incidente probatorio

#### **CAPITOLO 5**

##### ***L'UDIENZA PROBATORIA.***

1. La disciplina dell'udienza
2. Le forme di assunzione delle prove
3. L'estensione dell'incidente probatorio

#### **CAPITOLO 6**

### ***L'UTILIZZABILITA' DELLE PROVE.***

1. L'utilizzabilità nei confronti dell'imputato
2. L'utilizzabilità nei confronti della parte civile
3. Il problema della rinnovabilità in sede dibattimentale delle prove assunte con incidente probatorio

### **CAPITOLO 7**

1. Conclusioni

### **CAPITOLO 8**

Bibliografia

## CAPITOLO 1

### **LE ORIGINI DELL'ISTITUTO.**

**SOMMARIO:** 1) *La fase preliminare nel codice del 1930;* 2) *La Costituzione Repubblicana e il dibattito sulla riforma del processo penale;* 3) *La “bozza” Carnelutti e la prima legge delega (3 aprile 1974);* 4) *Il progetto preliminare del 1978;* 5) *La legge delega del 16 febbraio 1987 n. 81;*

#### **1) La fase preliminare del codice del 1938.**

Prima dell'entrata in vigore del nuovo codice di rito, non sono riscontrabili precursori diretti dell'attuale istituto dell'incidente probatorio. Alcuni autori tuttavia individuano, anche nel codice Rocco, un'ipotesi del tutto peculiare, “assimilabile non già all'istituto dell'incidente probatorio, ma ad un singolo caso nel quale si può ricorrere alla suddetta procedura”. Il riferimento è alla cosiddetta testimonianza a futura memoria ex art. 357 comma 1 e ex art. 418 c.p.p. 1930. Tale testimonianza presentava, “la medesima ratio rispetto alla previsione dell'art. 392 lett. a) del vigente codice”, che consente il ricorso alla procedura incidentale quando sussiste fondato motivo che il teste non potrà essere esaminato nel dibattimento per infermità o altro grave impedimento<sup>1</sup>. Pur presentando caratteri simili riguardo alle finalità perseguite, tra i due istituti non può essere fatta alcuna assimilazione, denotando ciascuno tratti propri che lo distinguono l'uno dall'altro.

Di un prototipo d'incidente probatorio, s'iniziò a parlare nei primi anni sessanta da parte di quella dottrina che intendeva fuoriuscire dagli schemi inquisitori, tipici del vecchio codice Rocco ed ipotizzava un archetipo di processo dai caratteri più segnatamente accusatori. La proposta di un modello più spiccatamente accusatorio scaturiva dalla deludente esperienza, rilevata dalla prassi giudiziaria sotto la vigenza del codice Rocco, dove il largo uso dei verbali, pregiudicava l'oralità e l'immediatezza, intesa come rapporto diretto fra giudice e prova, il contraddittorio tra le parti si sviluppava su prove già formate in segreto e la difesa, non avendo spazio nell'istruzione, era di fatto esclusa dal momento più importante di formazione della prova.

Risultava fallito il tentativo perseguito, almeno formalmente, dal legislatore del '30 di contemperare il sistema inquisitorio con quello accusatorio a causa del maggior peso, per non dire favore, riservato alle prove formate nella prima fase di stampo inquisitorio<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> *Le norme citate del codice Rocco consentivano, infatti, che fosse immediatamente acquisita la testimonianza che si prevedeva non assumibile al dibattimento per infermità o altro impedimento del teste. La peculiarità dell'art. 357 cit. consisteva nel fatto che il giudice istruttore assumeva la testimonianza a futura memoria previo giuramento del teste, formalità questa non richiesta allorché l'escussione potesse essere ripetuta in dibattimento. L'art. 418 permetteva che il testimone potesse essere esaminato dal giudice del dibattimento prima dell'apertura di questo proprio per fronteggiare l'eventualità di un'impossibilità futura del teste medesimo (P. Di Geronimo L'incidente probatorio Padova 2000;).*

<sup>2</sup> *“le prove assunte in fase di indagini preliminari, in fase di preistruzione ed in fase di istruzione sommaria o formale, attraverso la lettura dei relativi verbali, trovano ingresso nel dibattimento trasformando il contraddittorio in sede di formazione della prova in contraddittorio sulla prova già formata” (G. Lozzi in Indagini preliminari, incidenti probatori, udienza preliminare, Riv.it. dir.*

## **2) La Costituzione Repubblicana e il dibattito sulla riforma del processo penale.**

L'approvazione, nel gennaio 1948, della Costituzione repubblicana costituì il primo passo per la trasmigrazione verso un modello di processo con caratteri accusatori; da qui l'esigenza di ripensare il rito penale alla luce dei nuovi valori sanciti nella Carta fondamentale e in particolare in quel diritto di difesa che all'art. 24 veniva proclamato inviolabile in ogni stato e grado del procedimento. Il legislatore cercò di porre dei correttivi all'impianto originario del codice Rocco attraverso una lunga serie d'interventi normativi ma con i risultati tipici di una sbrigativa legislazione settoriale: la difesa, nella fase dell'istruzione risultava menomata, essendo impedita al difensore la partecipazione a rilevanti atti istruttori (la testimonianza e il confronto fra testi) e, quando gli era consentito d'intervenire, si limitava, per dirla con autorevole dottrina, "non a partecipare, ma a constatare in una veste quasi notarile". La fase più importante (rectius: rilevante ai fini della decisione) rimaneva quella dell'istruzione, caratterizzata dalla presenza di quell'organo "ibrido" che era il giudice istruttore e della cui imparzialità, anche alla luce dei valori enunciati nella Costituzione, ci s'iniziava ad interrogare. Il giudizio era ridotto ad una sorta di "aula di lettura", cioè costituiva il luogo deputato a cristallizzare, spesso attraverso lunghe riletture, il materiale probatorio raccolto nella fase istruttoria, rendendolo "ignifugo" alle censure dei difensori. Come emerge da questi brevi cenni, il nodo nevralgico del modello di processo del codice Rocco, era costituito proprio dalla fase dell'istruzione su cui, a partire dagli anni sessanta si sviluppò un intenso dibattito dottrinale, orientato a proporre un rito penale in cui la fase dell'istruttoria, fosse affidata ad un unico soggetto e, pertanto, ad eliminare il dualismo istruttorio esistente. Le soluzioni elaborate dalla dottrina non furono univoche, articolandosi nelle tre seguenti alternative:

- a) affidare l'istruttoria esclusivamente al giudice istruttore;
- b) affidare l'istruttoria al pubblico ministero;
- c) sostituire la tradizionale istruttoria con un'inchiesta preliminare di parte, concepita come attività preprocessuale condotta ai soli fini delle determinazioni inerenti all'esercizio dell'azione penale dal titolare dell'accusa, il pubblico ministero, privato, però, di poteri di formazione della prova.

## **3) La "bozza" Carnelutti e la prima legge delega (3 aprile 1974).**

Nel 1962, il Ministro di Grazia e Giustizia allora in carica, Guido Gonella, affidò ad un gruppo di magistrati, avvocati e professori in materie penalistiche, sotto la presidenza di Carnelutti, l'incarico di redigere, entro un anno, lo schema di un progetto di un nuovo codice di procedura penale. Difficoltà di varia natura e contrasti d'orientamento indussero Carnelutti a provvedere in prima persona alla stesura di una bozza composta di 227 articoli. In tale progetto si prevedeva la separazione tra la fase dell'inchiesta preliminare da quella del processo vero e proprio: i risultati della prima normalmente non potevano migrare alla fase più propriamente

---

*proc. pen.)*

giurisdizionale se non in casi eccezionali. Il P.M. era il dominus della fase preliminare, essendo del resto, ridotto al minimo il ruolo della P.G. Lo scopo della fase preliminare, caratterizzata da una sostanziale libertà di forme, era quello di fornire non la certezza, bensì la semplice probabilità dell'esistenza del reato. Il difensore dell'imputato continuava ad avere un ruolo passivo e marginale essendogli concesso, durante l'inchiesta preliminare, solo di indicare nuove vie d'indagine al pubblico ministero. Per i casi di prova non rinviabile al dibattimento, era previsto, nello stesso procedimento preliminare, un particolare meccanismo, idoneo a garantire ex ante l'utilizzabilità davanti all'organo giurisdizionale. Da rilevare da ultimo ma non per importanza, è la previsione nella bozza Carnelutti di un principio che ha trovato cittadinanza nell'attuale codice nel combinato disposto dagli artt. 526 e 191 c.p.p. e, precisamente, la regola di giudizio per cui il giudice deve giudicare alla stregua delle prove acquisite nei modi stabiliti dalla legge. Si trattava di un notevole passo avanti assumendo la norma il ruolo fondamentale di presidio dell'osservanza delle nuove regole sulla formazione della prova. Nonostante il carattere innovativo del progetto redatto da Carnelutti e che gran parte della dottrina dell'epoca esprimesse posizioni non lontane da quelle dell'insigne studioso, il Governo non fece nulla per recepire la bozza. Mentre il dibattito sulla necessità di una riforma del codice di procedura penale s'infervorava e gli studiosi del rito penale si schieravano a favore dell'una o dell'altra tesi di "reingegnerizzazione" del codice, nell'aprile del 1965, veniva presentato un nuovo disegno di legge alla Camera dei deputati da parte del Guardasigilli Oronzo Reale. Tale progetto di legge sfociò, dopo un travagliato decennio, nella legge n. 108 del 3 aprile 1974 che conteneva la delega per l'elaborazione di un nuovo codice di procedura penale. La delega, come si può cogliere dai lavori preparatori, accolse i rilievi avanzati dalla dottrina dell'epoca ispirandosi apertamente al sistema accusatorio e prevedendo un processo incentrato sul dibattimento, con investigazioni preliminari trasfuse in semplici appunti irrilevanti sul piano probatorio. Nonostante il ruolo centrale assegnato al dibattimento e lo sforzo attuato per preservarlo da ogni condizionamento che potesse derivargli da atti compiuti nella fase delle indagini preliminari, il progetto presentava alcuni vizi genetici rappresentati in particolare dalla previsione di una fase anteriore al dibattimento improntata alla logica del primato del giudice istruttore nonché dalla mortificazione delle funzioni del P.M. L'incidente probatorio non compariva nella legge-delega del 1974, la cui direttiva 37 stabiliva che il P.M. dovesse concludere le indagini preliminari nel termine perentorio di trenta giorni dalla notizia di reato, chiedendo al giudice istruttore l'archiviazione, il giudizio immediato o l'istruzione. A sua volta la direttiva 42 prevedeva, al fine di accertare se fosse possibile prosciogliere l'imputato ovvero se fosse necessario il dibattimento, il compimento da parte del giudice istruttore di atti di istruzione, sia pur limitati agli accertamenti generici, agli atti non rinviabili al dibattimento ed all'assunzione delle prove il cui esito potesse condurre all'immediato proscioglimento dell'imputato. Alle indagini preliminari poteva, dunque, seguire una fase di atti d'istruzione, con durata massima di tredici mesi (direttiva 48): del tutto realistico il timore da più parti espresso che tale "fase istruttoria fosse un percorso obbligatorio e, per altro aspetto, che

quella dibattimentale si riducesse ad appendice della prima, con conseguente svuotamento del significato autenticamente probatorio che si intendeva assegnare al dibattimento. Questo progetto, pur avendo il merito di aver ridimensionato l'area d'operatività e l'importanza della fase istruttoria, mostrava evidente una discrasia tra il piano delle enunciazioni di principio e quello delle scelte effettuate, non essendo concretamente riuscito a tradurre in pratica i criteri direttivi che avevano ispirato la riforma.

#### **4) Il progetto preliminare del 1978.**

La commissione ministeriale incaricata di redigere la bozza del futuro codice si trovò di fronte ad un'impresa ardua dovendo cercare, da un lato, di interpretare quanto più fedelmente possibile le indicazioni della delega, dall'altro di non tradire l'ispirazione accusatoria di fondo. Il risultato, nonostante la premessa da cui muove la legge-delega ("il codice di procedura penale...deve attuare nel processo penale i caratteri del sistema accusatorio") non fu di un'accusatorietà piena e completa", ma di un'accusatorietà per così dire "ibrida". L'opera dei compilatori del progetto preliminare perseguì due obiettivi: da un lato, limitare l'ampiezza della fase istruttoria tipica del sistema del codice Rocco, finalizzandola all'accertamento del fatto, ma più semplicemente, alla raccolta degli elementi necessari per la decisione del giudice istruttore; dall'altro lato, predisporre un'attenta disciplina delle letture dibattimentali, onde salvaguardare, ammettendo solo le deroghe indispensabili, l'oralità del giudizio e il rapporto di immediatezza tra giudice e prova. Ai fini che qui interessano, conviene soffermare l'attenzione su una disposizione in particolare, cioè sull'art. 413 del progetto preliminare. Tale articolo, intitolato "Limiti all'assunzione delle prove", nel dare attuazione al punto 42 della legge-delega, consentiva al giudice istruttore di assumere "le prove che per la loro complessità o urgenza non sono rinviabili al dibattimento" ed a compiere "gli accertamenti generici che sono necessari per precisare l'imputazione, le prove il cui esito positivo possa condurre all'immediato proscioglimento dell'imputato. Tale disposizione mostra chiaramente come i compilatori del codice abbiano avvertito l'esigenza "di affrontare situazioni storico-fattuali per i quali uno o più meccanismi probatori non possono attendere il tempo dibattimentale", ma, al tempo stesso, prestava il fianco a critiche. Le radici dell'incidente probatorio affondano nel terreno reso fertile dal "mutamento di prospettiva, non solo processuale, ma ancor prima culturale", con il quale fu rivisitata la disciplina della fase anteriore al dibattimento così come era stata disegnata dalla legge delega del 1974. Nella legge-delega mancavano direttive specifiche per il procedimento pretorile. In questo rito, in quanto privo della fase istruttoria, i compilatori ritennero di inserire, con l'art. 525, un meccanismo definito poi nella Relazione "incidente d'istruzione" che costituiva un'anticipazione di attività dibattimentale attuata, anziché in una fase di atti di istruzione, attraverso strumenti più snelli adattabili alle esigenze che di volta in volta si sarebbero presentate. Per le critiche e le perplessità a cui il progetto fu sottoposto<sup>34</sup>, il progetto subì un "insabbiamento" con un inevitabile rallentamento dei lavori. Il 31 ottobre 1979, dies ad quem per l'esercizio della delega, il Ministro

Guardasigilli Morlino presentava un disegno di legge recante “Disposizioni per l’emanazione del nuovo codice di procedura penale”. Tale disegno non si limitava a disporre un’ennesima proroga del termine per l’emanazione del nuovo c.p.p., ma costituiva il primo segnale della necessità di una revisione critica della legge delega del 1974, avendo previsto una serie di emendamenti alla prima delega. Tali modifiche avrebbero consentito di superare i “ritardi culturali” insiti nella delega del ’74 e di assicurare “sia l’immediatezza e l’efficacia delle indagini preliminari svolte direttamente dal P.M”, sia l’esigenza di raccogliere in casi eccezionali prove anche prima del dibattimento.

### **5) La legge delega del 16 febbraio 1987 n. 81.**

Nonostante il precedente progetto di riforma non fosse andato in porto, esso costituì, comunque, una buona base di partenza per quello di cui al presente paragrafo e dal quale è scaturito l’attuale codice di rito. La “nuova” delega non si limitò a ribadire i principi cardine del processo accusatorio, ma operò delle coraggiose scelte di campo, che segnano il definitivo distacco dal processo nato sotto l’egida del regime fascista. La prima è la previsione di un processo senza istruzione, cioè l’esclusione, come regola generale, di qualsiasi meccanismo di acquisizione probatoria al di fuori e prima del dibattimento, idoneo ad incidere sulle determinazioni dell’organo giudicante; corollario di ciò non può che essere la scomparsa della figura del giudice istruttore e la previsione di una fase, che si sviluppa in un orizzonte temporale relativamente lungo, dedicata alle indagini preliminari e di esclusiva competenza del P.M. Altro punto cardine è la centralità del dibattimento; qui trova la “sua totale e completa espressione il paradigma processuale: gli elementi di prova presentati dalle parti assurgono a dignità di prove vere e proprie prove, solo nel contraddittorio e davanti ad un giudice terzo ed imparziale in quanto chiamato a pronunciarsi senza alcuna interferenza sul materiale probatorio. Dall’accoglimento di questi principi che disegnano il quadro naturale, fisiologico del nuovo rito penale, il legislatore, poi, non poteva non disciplinare situazioni che necessitano di condotte processuali, a livello della prova, temporalmente devianti rispetto alla netta separazione di fasi sopra indicata e che pongano come fisiologica conseguenza, il problema della possibile dispersione, durante le indagini preliminari, di prove la cui acquisizione, per vari motivi, non sia rinviabile al dibattimento, specie nei procedimenti di più vasto respiro, per i quali le indagini possono protrarsi per lungo tempo, durante il quale può materialmente venire meno lo stesso mezzo dal quale è necessario muovere per estrarre la prova, quanto risultarne compromessa la sua idoneità rappresentativa. Dallo sforzo compiuto dal legislatore per cercare di contemperare l’esigenza di non disperdere preziosi elementi di prova, con quella di salvaguardare i principi d’immediatezza ed oralità, proviene “il modello dell’incidente probatorio”. Pur rispondendo ad un’esigenza concreta, l’elaborazione di tale meccanismo processuale d’anticipazione della prova ha dato luogo a contrasti nell’elaborazione della sua stessa norma generatrice, la direttiva n. 38<sup>3</sup> (poi divenuta n. 40):

---

<sup>3</sup> La direttiva aveva il seguente tenore: “*potere del pubblico ministero e del difensore, nel corso delle indagini preliminari e*

significativo è il fatto che, in sede di dibattito parlamentare, né fu proposta tout court l'eliminazione. I dubbi e le perplessità sull'istituto riguardavano tre aspetti: il primo e forse anche il più sentito, era il pericolo che venisse reintrodotta, sotto mentite spoglie e sia pur in forma ridotta, lo spettro dell'istruzione formale, affidando al G.I.P. un ruolo direttivo delle indagini; il secondo era il rischio che un suo impiego eccessivamente dilatato da parte del P.M. portasse ad un'esorbitante cristallizzazione delle prove ante *judicium*, vanificando così la funzione tipica del dibattimento, legando, in senso figurato, le mani al giudice; il terzo, all'opposto, era che un uso distorto e strumentale dell'istituto da parte dei difensori, portasse ad un'anticipata e tendenziosa *discovery* degli elementi acquisiti dal P.M., frustrando le "prospettive investigative" dello stesso P.M. (non a caso è stato ribattezzato "incidente grimaldello"). Altre critiche paventavano il rischio che le richieste d'incidente probatorio, potessero essere impiegate in funzione dilatoria, per procrastinare pretestuosamente la chiusura delle indagini preliminari. A questi rilievi si è cercato di dare una risposta, prevedendo, da un lato, negli atti assumibili con l'incidente probatorio "criteri sufficientemente rigidi che evitassero l'attribuzione al giudice di margini troppo ampi di discrezionalità", dall'altro, un controllo giurisdizionale sulle richieste d'incidente da far "apparire remota la possibilità d'abusi sistematici", evitando, conseguentemente, il ricorso a procedure ibride che avrebbero potuto trascinare nel nuovo processo, le modalità tipiche dell'istruzione inquisitoria. Da tutto ciò è scaturita la direttiva n. 40<sup>4</sup> della legge-delega che sembra configurare l'incidente probatorio<sup>5</sup> come una sorta di "parentesi giurisdizionale" all'interno della fase investigativa, necessaria ad assicurare, da una parte, il principio di non dispersione della prova e, dall'altra, quello di oralità e di immediatezza. Dalla predetta direttiva emergono *prima facie* i principi fondamentali che caratterizzano l'istituto de quo:

---

*quando si tratta di testimonianze a futura memoria o comunque non rinviabili al dibattimento ovvero di atti non rinviabili al dibattimento, di chiedere al giudice, nelle forme dell'incidente istruttorio, di procedere all'esame dell'indiziato o dell'imputato, ad atti di confronto, a ricognizioni, a esperimenti giudiziali, a perizie e di assumere testimonianze; previsione della partecipazione all'incidente istruttorio del pubblico ministero e del difensore; potere dovere del giudice di dichiarare inammissibili le richieste di atti irrilevanti, dilatori o comunque rinviabili al dibattimento; concentrazione in capo allo stesso giudice di tutti gli incidenti istruttori e più in generale di tutti i provvedimenti relativi allo stesso procedimento" (P. Di Geronimo L'incidente probatorio Padova 2000:).*

<sup>4</sup> "Potere del pubblico ministero e dell'imputato, nel corso delle indagini preliminari e quando si tratta di testimonianze a futura memoria o comunque non rinviabili al dibattimento, di chiedere al giudice, con incidente probatorio, che si proceda all'esame dell'imputato, ad atti di confronto, a ricognizioni, a esperimenti giudiziali, a perizie e all'assunzione di testimonianze; obbligo di garantire la partecipazione al contraddittorio del pubblico ministero e dei difensori delle parti direttamente interessate; divieto di verbalizzare e di utilizzare le dichiarazioni concernenti persone diverse da quelle chiamate a partecipare; potere dovere del giudice di dichiarare inammissibili le richieste di atti irrilevanti, dilatori, o comunque rinviabili al dibattimento; previsione che il giudice, su richiesta motivata del pubblico ministero, possa dilazionare l'assunzione dell'incidente probatorio chiesto dall'imputato, quando esso arrecherebbe pregiudizio al compimento di determinate indagini preliminari e per il tempo strettamente necessario alla conclusione di tali indagini e sempre che il ritardo non pregiudichi la formazione della prova chiesta dall'imputato; deposito della richiesta motivata del pubblico ministero alla udienza di assunzione dell'incidente probatorio; concentrazione, ove possibile, in capo allo stesso giudice di tutti gli incidenti probatori e di tutti i provvedimenti relativi allo stesso procedimento" (Gazzetta Ufficiale della Repubblica)

<sup>5</sup> L'originaria denominazione "incidente istruttorio", utilizzata nel testo della Camera dei deputati, è stata definitivamente sostituita, nel testo proposto dalla seconda Commissione del senato con la locuzione "incidente probatorio", efficacemente indicativa sia dell'accidentalità dell'istituto rispetto all'ordinario corso delle indagini preliminari, sia della sua specifica funzione

- la “concreta eccezionalità” in ordine all’anticipata acquisizione della prova, rafforzata dalla rigorosa predeterminazione dei casi, che consente di ricorrere alla procedura incidentale solo in caso di pericolo di dispersione del materiale probatorio;
- la “rilevanza e non dilatorietà” dell’atto oggetto dell’incidente;
- la non rinviabilità della prova al dibattimento, che costituisce la pietra d’angolo dell’istituto;
- la previsione di un vaglio d’ammissibilità del mezzo e la predeterminazione degli atti di acquisizione suscettibili di incidente, scongiurando, in tal guisa, “l’abuso del mezzo istruttorio” e salvaguardando, nel contempo, la centralità del dibattimento.

Così delineato l’incidente probatorio rappresenta, indubbiamente, l’istituto cardine della riforma in senso accusatorio del processo penale<sup>6</sup>, presentandosi come meccanismo processuale innovativo non solo rispetto al sistema delineato dalla legge delega del 1974, ma rispetto all’intero panorama tradizionale del processo.

## CAPITOLO 2

### ***I PRINCIPI GUIDA DEL GIUDIZIO E LA RATIO DELL’ISTITUTO DELL’INCIDENTE PROBATORIO.***

**SOMMARIO:** 1) *I principi fondamentali: a) Principio di contestazione; b) Principio del contraddittorio; c) Principio dell’immediatezza e del libero convincimento del giudice; d) Principio di oralità; e) Principio di concentrazione; f) Principio di economia e speditezza processuale; 2) La ratio dell’istituto dell’incidente probatorio.*

#### **1) I principi fondamentali.**

**a) Principio di contestazione.** I principi che regolano la fase del giudizio sono molteplici ed interagiscono fra loro, nel senso che talvolta risultano totalmente convergenti; tal altra si verifica un indebolimento di qualcuno di essi rispetto ad un altro, ove ciò si renda utile per il più efficace perseguimento dei fini propri del processo. In virtù del principio di contestazione, l’imputato deve essere informato del fatto ascrittogli dal P.M. mediante l’esercizio dell’azione penale e, conseguentemente, ha il diritto di essere giudicato solo per quel fatto. Tradizionalmente questo principio è stato considerato come un derivato del più ampio diritto

---

<sup>6</sup> Autorevole dottrina sottolinea che l’incidente probatorio rappresenta un corollario connaturale del sistema accusatorio prescelto dal nuovo codice di procedura penale, sistema fondato sui due basilari principi della separazione delle funzioni processuali e della ripartizione del processo in fasi nettamente distinte, i quali innestano altrettante costose garanzie. In base al primo canone accusa, difesa e giudizio sono funzioni non cumulabili, bensì svolte da distinti soggetti: quindi al giudice spetta solo il compito di decidere e non di ricercare prove. Il principio di ripartizione in fasi (indagini preliminari del P.M., Udienza Preliminare, dibattimento) assicura dal canto suo, due valori: che la prova si assuma, di regola, in dibattimento e vagliata con l’interrogatorio incrociato e che l’imputato goda della garanzia di un giudice imparziale, il quale controlli la necessità che egli sia rinviato a dibattimento. (G. PAOLOZZI, *L’incidente probatorio*, in *Giust.Pen.*, 1990, III,).

di difesa, poiché è impensabile come sia possibile difendersi, senza conoscere il fatto del quale si è accusati. Pur corretta, quest'affermazione appare assai riduttiva: la contestazione dell'accusa, infatti, rappresenta il presupposto anche per l'articolazione, formazione e valutazione della prova<sup>1</sup>. Nel sistema processuale vigente, il giudice del dibattimento non è a conoscenza dell'attività svolta nella fase delle indagini preliminari ed in quella dell'udienza preliminare, se non in relazione ai pochi atti contenuti nel fascicolo per il dibattimento formato ai sensi dell'art. 431 c.p.p.<sup>2</sup>. Ciò significa che il principio di contestazione, che rappresenta un irrinunciabile presidio di garanzia per l'effettivo esercizio del diritto di difesa dell'imputato, orienta le attività processuali delle parti e rappresenta l'ambito ed il limite del potere decisorio del giudice. Nella descrizione del fatto operata nel capo d'imputazione devono essere riconoscibili tutti gli elementi della fattispecie astratta e delle eventuali circostanze aggravanti contestate: l'azione od omissione, l'evento, il rapporto di causalità, eventuali condizioni di punibilità, l'elemento psicologico. Viceversa, la definizione giuridica del fatto non è vincolante, poiché, in ragione dell'antico brocardo *iura novit curia*, è sempre il giudice che, in posizione di terzietà ed imparzialità, deve in via autonoma stabilire se ed in quale fattispecie astratta sia riconducibile il fatto contestato all'imputato dal P.M. È in questo modo che nel giudizio trovano applicazione e si coordinano il principio sostanziale di legalità e quello processuale di giurisdizione: il giudice, in virtù del suo potere giurisdizionale, deve accertare che un determinato fatto concreto (descritto nel capo di imputazione ed accertato nel corso del dibattimento) corrisponda ad una fattispecie astratta espressamente prevista dalla legge come reato<sup>3</sup>.

**b) Principio del contraddittorio.** Nella sua accezione più ampia il principio in esame è stato tradizionalmente riassunto nella formula secondo cui le decisioni del giudice nel processo debbano essere sempre adottate *audita altera parte*. Da quest'ampia e generica prospettiva, si comprende come il contraddittorio soddisfi due esigenze strettamente correlate tra loro: innanzitutto, rappresenta un presupposto indefettibile perché possa essere esercitato il diritto di difesa delle parti<sup>4</sup>, per altro verso, costituisce un irrinunciabile strumento di

---

<sup>1</sup> È il fatto-reato descritto nel capo di imputazione che deve formare oggetto dell'accertamento giurisdizionale e quindi, è solo in relazione ad esso che deve svolgersi l'attività probatoria sulla base del quale il giudice è chiamato a pronunciare la sentenza che definisce il processo. La contestazione, dunque, non è soltanto strumentale rispetto all'esercizio di difesa, ma presenta anche per il giudice un irrinunciabile dato di riferimento sia per l'esercizio dei suoi poteri in tema di ammissione delle prove, quanto per l'individuazione precisa dell'oggetto dell'accertamento che deve compiere (Giovanni Conso – Vittorio Grevi – Marta Bargis - Compendio di procedura penale – Cedam 2018).

<sup>2</sup> Subito dopo aver emesso il decreto che dispone il giudizio è il giudice dell'udienza preliminare che provvede a formare il fascicolo per il dibattimento ed il fascicolo del pubblico ministero nel contraddittorio delle parti.

<sup>3</sup>Art. 521 c. 1 c.p.p. recita quanto segue "Nella sentenza il giudice può dare al fatto una definizione giuridica diversa da quella enunciata nell'imputazione, purché il reato non ecceda la sua competenza né risulti attribuito alla cognizione del tribunale in composizione collegiale anziché monocratica".

Questo significa che il principio di contestazione non è violato quando il fatto descritto nel capo di imputazione presenti elementi descrittivi di diverse fattispecie di reato ed il giudice, al momento della decisione, non ritenga configurabile quella per la quale il P.M. abbia esercitato l'azione penale, ma un'altra, magari anche sanzionata in maniera più grave".

conoscenza, nel senso che nessuno può mai essere sicuro di adottare una decisione giusta se, prima, non abbia sentito le ragioni di tutte le parti in “contrasto” (rectius: in contraddittorio) tra loro. Il contraddittorio ha ricevuto riconoscimento espresso nella Carta fondamentale della Repubblica nell’art. 111 Cost. connotandolo non come una mera esplicazione del diritto di difesa, ma come regola imprescindibile per la realizzazione del giusto processo. Con riferimento al processo penale, sono individuati due volti del contraddittorio, che ne colgono sia l’aspetto “soggettivo” o “individuale” che quello “oggettivo” o “collettivo”. Il primo profilo riguarda la tutela dell’interesse individuale dell’imputato e si atteggia essenzialmente come una sorta di estensione del diritto di difesa già sancito nell’art. 24 Cost<sup>5</sup>. Il terzo comma dell’art. 111 Cost., nella sostanza, sancisce il diritto dell’imputato di svolgere un ruolo attivo di difesa in tutte le fasi del processo mediante l’esercizio del diritto alla prova, da esercitarsi nelle stesse condizioni dell’accusa, prevedendo peraltro espressamente lo specifico diritto dell’imputato di confrontarsi con il proprio accusatore alla presenza di un giudice terzo ed imparziale. Il secondo profilo attribuisce al principio valenza di regola metodologica per la formazione della prova nel processo penale, in funzione strumentale rispetto alle conoscenze del giudice ed in vista di una decisione affidabile, proprio in ragione del metodo adoperato per l’accertamento. In tal modo, il contraddittorio in senso stretto assurge a vera e propria regola procedimentale per la formazione della prova nel processo penale, corredata di una specifica regola di valutazione posta a tutela dell’effettivo esercizio del diritto al contraddittorio da parte dell’imputato<sup>6</sup>. Il comma 5 dell’art. 111 pone, invece, dei limiti all’operatività incondizionata del principio, in funzione del bilanciamento con altre esigenze processuali irrinunciabili, individuando tre ipotesi generali di deroghe e precisamente:

- 1) consenso dell’imputato il quale accetti che la decisione sia adottata sulla base di elementi di prova formati in assenza di contraddittorio;
- 2) accertata impossibilità di natura oggettiva;
- 3) provata condotta illecita.

**c) Principio dell’immediatezza e del libero convincimento del giudice.** Tali principi vengono classificati, da

---

<sup>4</sup> Attenta dottrina rileva che il principio del contraddittorio può essere esaminato sotto una duplice angolazione: nel suo significato più ristretto, assicura il diritto del difensore ad essere presente ad un atto di indagine o a conoscere il relativo verbale; nel suo significato più ampio, il principio del contraddittorio comporta la partecipazione delle parti alla formazione della prova (Giovanni Conso – Vittorio Grevi – Marta Bargis -Compendio di procedura penale – Cedam 2018).

<sup>5</sup> Art. 24 Costituzione recita quanto segue “Tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi. La difesa è diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento. Sono assicurati ai non abbienti, con appositi istituti, i mezzi per agire e difendersi davanti ad ogni giurisdizione. La legge determina le condizioni e i modi per la riparazione degli errori giudiziari”.

<sup>6</sup> Infatti, nella seconda parte del quarto comma dell’art. 111 Cost. è stabilito che “la colpevolezza dell’imputato non può essere provata sulla base di dichiarazioni rese da chi, per libera scelta si è sempre volontariamente sottratto all’interrogatorio dell’accusato o del suo difensore”.

una parte della dottrina, come principi di rango minore rispetto a quelli delle lett. a) e b) sopra esposti e rappresentano l'esplicazione peculiare del modello processuale d'ispirazione accusatoria. Essi sono funzionali alla realizzazione del giusto processo e, quindi, devono caratterizzare la fase del giudizio, che costituisce il momento centrale del processo. Con l'espressione "immediatezza" s'intende far riferimento al modo attraverso il quale il giudice viene a conoscenza delle prove che deve, poi, valutare per la pronuncia della sentenza. La conoscenza, cioè, deve realizzarsi mediante la percezione diretta del dato probatorio<sup>7</sup>; nel caso di prova dichiarativa ciò si verifica grazie all'oralità. Il principio d'immediatezza può essere ripartito in due corollari:

a) necessità d'identità fisica tra il giudice che decide ed il giudice di fronte al quale si svolge il dibattimento<sup>8</sup>;

b) necessità di fondare la decisione sulle prove assunte nel dibattimento<sup>9</sup>.

"Quindi si tratta di assicurare al processo una struttura che consenta al giudice di percepire, nella via più diretta e con i propri sensi, tanto le prove dell'accusa quanto quelle presentate dalle altre parti e, in genere, le risultanze processuali". Il principio del libero convincimento del giudice rappresenta uno dei caratteri peculiari del modello processuale accusatorio e, storicamente, la sua affermazione segna il superamento irreversibile del regime delle prove legali da cui far dipendere direttamente l'esito del processo, delle presunzioni non suscettibili di vaglio critico e di altri vincoli formali per l'ammissibilità, l'esclusione o la valenza delle prove. In virtù di tale principio il giudice ha il potere-dovere di valutare in maniera totalmente libera gli elementi probatori disponibili per la formazione del proprio convincimento, purché non sconfini in mere congetture, onde impedire che la decisione giurisdizionale si trasformi in una sorta di "opinione personale". La garanzia che il potere-dovere in parola sia esercitato nella maniera corretta è assicurata dall'obbligo della motivazione dei provvedimenti giurisdizionali a contenuto decisorio ai sensi dell'art. 111 comma 6 Cost., che rappresenta un corollario imprescindibile del principio del libero convincimento. Gli elementi conoscitivi di cui il giudice si può avvalere nell'articolazione del procedimento conoscitivo devono

---

<sup>7</sup> *L'immediatezza comporta un rapporto privo d'intermediazione tra l'acquisizione delle prove e la decisione dibattimentale. È stato tuttavia rilevato che se il principio fosse inteso nel suo significato più rigoroso, dovrebbe esservi sempre un "contatto" diretto tra la fonte di prova ed il giudice del dibattimento; di conseguenza, potrebbero essere poste a base della decisione soltanto le prove che sono state assunte in tale sede. Ma ne deriverebbe una conseguenza drastica ed assurda: non potrebbero essere valutate dal giudice le prove precostituite. I documenti, gli atti non ripetibili ed in generale tutte le prove che consistono in attività compiute in momenti anteriori al dibattimento, non potrebbero dare alcun contributo alla ricostruzione della verità: avremmo assicurato in questo modo una dialettica vuota di contenuti (Giovanni Conso – Vittorio Grevi – Marta Bargis -Compendio di procedura penale – Cedam 2018).*

<sup>8</sup> *Il riferimento è al secondo comma dell'art. 525 c.p.p. che dispone: "Alla deliberazione concorrono a pena di nullità assoluta, gli stesso giudici che hanno partecipato al dibattimento".*

<sup>9</sup> *25 Il riferimento è all'art. 526 c.p.p. per il quale "il giudice non può utilizzare ai fini della deliberazione prove diverse da quelle legittimamente acquisite nel dibattimento". Il codice non dispone che soltanto le prove assunte oralmente in dibattimento siano utilizzabili; viceversa, ammette che lo siano tutte quelle legittimamente acquisite in tale fase (Giovanni Conso – Vittorio Grevi – Marta Bargis -Compendio di procedura penale – Cedam 2018).*

comunque essere rappresentati da prove legittimamente formate ed acquisite; in questa prospettiva, al fine di offrire al giudice la più ampia possibilità di pervenire ad un convincimento scevro da condizionamenti, è necessario che egli venga a conoscenza degli elementi di prova libero da pregiudizi o preconcetti e che non sia in alcun modo influenzato dalle convinzioni a cui siano pervenuti altri soggetti. Per questo motivo non deve conoscere preventivamente il contenuto degli atti formati nelle precedenti fasi del giudizio<sup>10</sup>. L'immediatezza cede innanzi all'impossibilità sopravvenuta del compimento di un atto divenuto imprevedibilmente irripetibile; in tal caso, infatti, prevale il principio di non dispersione delle prove che comporta che il giudice tenga conto di elementi di prova formati in assenza del contraddittorio ed in assenza del giudice chiamato a decidere. Diverso è il caso in cui l'atto probatorio divenga irripetibile per una causa prevedibile (artt. 360 e 392 e sg. c.p.p.). In tali ipotesi, è previsto che il mezzo di prova debba essere assunto in una fase precedente al giudizio, nel rispetto del contraddittorio, ma davanti un giudice diverso da quello del giudizio. "L'incidente probatorio, pertanto, costituisce una palese eccezione al principio dell'immediatezza" in quanto la prova viene acquisita in contraddittorio ma viene sottoposta alla conoscenza del giudice del dibattimento, a cui spetta decidere per mezzo dei verbali dell'incidente probatorio.

**d) Principio di oralità.** L'oralità<sup>11</sup> è tradizionalmente considerata come principio tendenziale<sup>12</sup> del processo che, ove possibile, deve trovare applicazione nella fase del giudizio. Non si tratta, cioè, di un principio connotato da una sua imprescindibile autonomia funzionale, poiché l'oralità rappresenta solo uno strumento indispensabile per l'applicazione effettiva degli altri principi propri della fase del giudizio. La forma dell'oralità non riguarda tutti gli atti probatori dei quali il giudice si può avvalere per raggiungere il proprio convincimento, ma soltanto le prove che si devono formare nel dibattimento<sup>13</sup>. Anche questo principio è soggetto a deroghe, che, in ragione della funzione strumentale del principio, corrispondono a quelle previste in relazione, rispettivamente, ai principi del contraddittorio e d'immediatezza.

---

<sup>10</sup> Il modo più affidabile attraverso cui il giudice possa pervenire ad un libero e approfondito convincimento è rappresentato dalla sua personale ed attiva partecipazione alla formazione della prova nel contraddittorio fra le parti (Giovanni Conso – Vittorio Grevi – Marta Bargis -Compendio di procedura penale – Cedam 2018).

<sup>11</sup> Per oralità può intendersi la forma verbale di comunicazione del pensiero consistente nella pronuncia di parole destinate ad essere udite; contrapposto a questo pensiero è quello di scrittura, intesa quale forma di comunicazione del pensiero mediante segni visibili, alfabetici o ideografici (Oralità, immediatezza e contraddittorio nel processo penale Il Penalista.it).

<sup>12</sup> Si parla di principio tendenziale in quanto lo scritto può essere letto e, in tal modo, può essere espresso oralmente, ma si tratta di un'oralità derivata. Il principio di oralità è espressione tipica del sistema accusatorio e non consiste nel fatto che tutta l'attività deve essere svolta oralmente, ma consiste invece nel fatto che il giudice deve porre a base del suo convincimento esclusivamente ciò che percepisce direttamente dalla viva voce dei soggetti della prova (Oralità, immediatezza e contraddittorio nel processo penale Il Penalista.it).

<sup>13</sup> È bene precisare che tutti gli atti probatori che si formano oralmente nel dibattimento devono, poi, tradursi in atti scritti (i c.d. verbali di udienza) che consentano alle parti ed agli eventuali giudici delle impugnazioni di controllare i riferimenti operati dalla sentenza che definisce il giudizio.

*e) Principio di concentrazione.* Al fine di consentire che la decisione del giudice sia “il prodotto fedele delle risultanze del dibattimento”, evitando che l’attenzione dello stesso vada scemando, è necessario che tutta l’attività del giudizio sia concentrata nel tempo e nello spazio. Tale principio impone che non vi siano intervalli di tempo tra l’assunzione delle prove in udienza, la discussione e la deliberazione della sentenza. Tuttavia, emerge dalla prassi giudiziaria, a causa soprattutto dell’insufficienza delle strutture e dei mezzi a disposizione dell’amministrazione della giustizia che tale principio viene sistematicamente eluso. Sotto il profilo spaziale, il giudizio deve celebrarsi in una sede attrezzata per il decoroso e funzionale svolgimento del dibattimento: l’aula di udienza. La concentrazione temporale comporta che il giudizio inizi e si concluda in un lasso di tempo contenuto; il rispetto di tale principio vorrebbe che il giudizio fosse celebrato e concluso nell’ambito di una sola udienza, ma ciò non è sempre possibile.

*f) Principio di economia e di speditezza processuale.* In qualche modo collegato al principio di concentrazione, il principio di economia e di speditezza processuale trova ampia e significativa applicazione nella fase di giudizio. La sua funzione essenziale è quella di soddisfare l’esigenza che il processo penale non subisca dispersioni e si concluda in tempi ragionevolmente brevi, con un accertamento che definisca la vicenda oggetto del giudizio, in ossequio a quanto previsto dal comma 2 dell’art. 111 della Costituzione che prevede la ragionevole durata dei processi. In ragione di siffatta finalità il sistema è strutturato in modo tale da privilegiare la definizione del processo, anche quando ciò comporti un’accettabile compressione o limitazione dell’operatività degli altri principi tipici del modello accusatorio d’ispirazione e peculiari della fase del giudizio come accade ad. es. per i riti speciali.

## **2) La ratio dell’istituto dell’incidente probatorio.**

L’incidente probatorio è configurato come “una parentesi con finalità probatoria”, che si apre innanzi al G.I.P., destinata all’acquisizione anticipata della prova, “con metodo accusatorio<sup>14</sup>”, nel corso delle indagini preliminari o dell’udienza preliminare. Esso è la “risposta del codice”, all’esigenza di evitare la dispersione delle prove non rinviabili al dibattimento. È un istituto caratterizzato in termini di eccezionalità<sup>15</sup>, al quale è possibile far ricorso in casi tassativamente stabiliti e quando sussiste la comprovata necessità di assicurare in

---

<sup>14</sup> *Nel modello accusatorio, la prova si forma nel contraddittorio e nell’oralità del dibattimento, in presenza di un giudice o di una giuria (non è fondamentale quest’ultimo elemento), con parità delle armi tra accusa e difesa (G. Spangher - Processo penale tra modello inquisitorio e modello accusatorio – articolo del 24 Maggio 2022).*

<sup>15</sup> *“Se l’incidente probatorio fosse molto frequente, il principio per cui l’assunzione della prova viene riservata al dibattimento risulterebbe compromesso e, surrettiziamente, attraverso una molteplicità di attività istruttorie, si reintrodurrebbe una forma di istruzione antecedente al dibattimento. D’altra parte, se un uso distorto del potere discrezionale conferito in ordine alla durata delle indagini preliminari rendesse normale la proroga del termine concesso per le stesse, potrebbe essere la stessa difesa a richiedere numerosi incidenti probatori nel timore che lunghe indagini svolte dall’organo dell’accusa portino, tramite gli incidenti probatori richiesti dal P.M., unicamente all’acquisizione di prove sfavorevoli alla persona sottoposta alle indagini”. (G. Lozzi in Indagini preliminari, incidenti probatori, udienza preliminare, Riv.it. dir. proc. pen.1989)*

via anticipata la formazione della prova. Con il modello di processo di stampo accusatorio, è stato assegnato all'incidente probatorio un compito davvero strategico: quello di rendere acquisibili, fin dall'inizio del procedimento penale, in una fase perciò ante iudicium, ma con le garanzie del contraddittorio, prove non rimandabili al dibattimento a causa del rischio della loro dispersione. È nello stesso modello accusatorio che trae, contemporaneamente, origine e limiti tale istituto: esso, infatti, non deve rappresentare una riproduzione mascherata dell'istruttoria formale, ma deve costituire un'eccezionalità rispetto al sistema, limitata effettivamente a ciò che è necessario anticipare dal punto di vista dell'accertamento, salvo poi ovviamente la verifica in contraddittorio nel dibattimento, nell'interesse della ricerca della tanto agognata verità reale. Questi appena delineati sono gli elementi caratterizzanti dell'incidente probatorio che si possono ben racchiudere nello stesso nomen (incidente probatorio) che gli assegna il legislatore: il sostantivo esprime tutto il suo valore accidentale rispetto al normale svolgimento delle indagini preliminari, mentre l'attributo "probatorio" ne contrassegna la funzione. L'incidente probatorio rappresenta il correttivo temporale dei principi di centralità del dibattimento, immediatezza e oralità, essendo il dibattimento stesso, in virtù dei principi sopra enunciati, la sede privilegiata ove la prova deve formarsi; e che il dibattimento costituisca l'esclusivo termine di raffronto in base al quale valutare la presenza delle condizioni legittimanti l'adozione dell'incidente probatorio, pare chiaramente emergere anche dall'art. 392, lett. a) e g)<sup>16</sup>. Tali disposizioni rappresentano, infatti, la chiave di lettura per determinare la portata di tutte le regole dettate per le altre ipotesi di ricorso all'incidente; inoltre, non si riferiscono alla mera impossibilità di assumere la prova dopo la conclusione delle indagini preliminari, ma sottolineano la sua non rinviabilità al dibattimento. L'istituto in esame, rispetto all'architettura originaria, abbia subito, sia ad opera del legislatore che soprattutto della Corte costituzionale delle modifiche che hanno attenuato molto il carattere eccezionale dello stesso. Si allude alle ipotesi, che la dottrina ha definito come atti la cui non rinviabilità al dibattimento è in re ipsa, in presenza dei quali è automatico il ricorso all'acquisizione anticipata della prova e cioè alle ipotesi previste dalle lett. c) e d) dell'art. 392 c.p.p.<sup>17</sup>, a cui si possono aggiungere quelle previste dal comma 1-bis<sup>18</sup> dello stesso articolo,

---

<sup>16</sup> Art. 392 c. 2 lett. a) e g) c.p.p. recita quanto segue " a) all'assunzione della testimonianza di una persona, quando vi è fondato motivo di ritenere che la stessa non potrà essere esaminata nel dibattimento per infermità o altro grave impedimento; g) a una ricognizione, quando particolari ragioni di urgenza non consentono di rinviare l'atto al dibattimento;"

<sup>17</sup> Art. 392 c. 2 lett. c) e d) c.p.p. recita quanto segue "c) all'esame della persona sottoposta alle indagini su fatti concernenti la responsabilità di altri [quando ricorre una delle circostanze previste dalle lettere a) e b); d) all'esame delle persone indicate nell'articolo 210 [quando ricorre una delle circostanze previste dalle lettere a) e b)] e all'esame dei testimoni di giustizia;"

<sup>18</sup> Art. 392 c. 1-bis c.p.p. recita quanto segue " Nei procedimenti per i delitti di cui agli articoli 572, 600, 600 bis, 600 ter e 600 quater, anche se relativi al materiale pornografico di cui all'articolo 600 quater 1, 600 quinquies, 601, 602, 609 bis, 609 quater, 609 quinquies, 609 octies, 609 undecies e 612 bis del codice penale il pubblico ministero, anche su richiesta della persona offesa, o la persona sottoposta alle indagini possono chiedere che si proceda con incidente probatorio all'assunzione della testimonianza di persona minorenni ovvero della persona offesa maggiorenne, anche al di fuori delle ipotesi previste dal comma 1. In ogni caso, quando la persona offesa versa in condizione di particolare vulnerabilità, il pubblico ministero, anche su richiesta della stessa, o la persona sottoposta alle indagini possono chiedere che si proceda con incidente probatorio all'assunzione della sua testimonianza."

dal comma 11 dell'art. 391-bis c.p.p.<sup>19</sup>. e, sia pure non pacificamente, anche quella del 2° comma dello stesso art. 392, in quanto è rara l'effettuazione di una perizia (si pensi ad una perizia contabile) che, considerato anche il tempo per l'attribuzione dell'incarico, abbia una durata inferiore a 60 giorni. Proseguendo in questa direzione l'istituto verrebbe, inevitabilmente, a perdere i suoi tratti nativi, passando da cautela probatoria a procedimento ordinario di formazione della prova: la conseguenza sarebbe la regressione dissimulata verso la vecchia istruttoria formale, che verrebbe, in questo caso, a rappresentare un anacronistico momento inconciliabile, non solo per motivi tecnici, con l'attuale processo, ma, soprattutto, perché "incompatibile con la cultura, la volontà, o almeno le intenzioni del legislatore del 1988".

---

<sup>19</sup> Art. 391-bis c. 11 c.p.p. recita quanto segue "Il difensore, in alternativa all'audizione di cui al comma 10, può chiedere che si proceda con incidente probatorio all'assunzione della testimonianza o all'esame della persona che abbia esercitato la facoltà di cui alla lettera d) del comma 3, anche al di fuori delle ipotesi previste dall'articolo 392, comma 1."

### CAPITOLO 3

#### ***I PRESUPPOSTI ED I CASI DI APPLICABILITA'.***

**SOMMARIO:** 1) *Atti urgenti, irripetibili e non rinviabili*; 2) *I singoli mezzi di prova: a) Premessa; b) La testimonianza art. 392 comma 1 lett. a) c.p.p.; c) La testimonianza art. 392 comma 1 lett. b) c.p.p.; d) la testimonianza del minore; e) Esame della persona sottoposta alle indagini su fatti concernenti la responsabilità di altri (art.392 comma 1 lett. c) ed esame delle persone indicate nell'art. 210 (art.392 comma 1 lett. d); f) Il confronto (392 comma 1 lett. e); g) Perizia ed esperimento giudiziale (392 comma 1 lett. f): rapporti con l'art. 360 c.p.p.; la ricognizione (392 comma 1 lett. g); i) La perizia ex art. 392 comma 2 o di lunga durata; 3) Le ipotesi previste dall'art.70 c.p.p. e dall'art.117 disp.att.*

#### ***1) Atti urgenti, irripetibili e non rinviabili.***

Il presupposto fondamentale su cui ruota tutto l'istituto dell'incidente probatorio è la nozione di "atto non rinviabile" contenuto nella direttiva n. 40 della legge delega del 1987. Il legislatore delegante non ha specificato, per paura di una riedizione dell'istruzione formale e per la considerazione che l'attività del P.M. è preprocessuale e quindi ispirata alla forma libera ed atipica degli atti, la nozione d'atto non rinviabile, limitandosi ad indicare che la procedura incidentale può essere attivata per l'acquisizione, durante le indagini preliminari, di testimonianze a futura memoria e per il compimento d'altri atti, comunque, non rinviabili al dibattimento. Come si vede, l'unico parametro di riferimento ai fini dell'ermeneutica della non rinviabilità dell'atto accolta dal delegante è offerto dall'istituto della testimonianza a futura memoria e sul quale si era formata una copiosa giurisprudenza. L'intervento del legislatore delegato era sul punto particolarmente delicato per due motivi: il primo per la genericità del riferimento della legge delega e, secondariamente, per l'estrema cautela con cui bisognava gestire la questione. Adottare una soluzione piuttosto che un'altra avrebbe comportato una restrizione o una dilatazione dell'area d'intervento dell'istituto de quo e, conseguentemente, una diminuzione o un ampliamento dei mezzi probatori che avrebbero potuto transitare "nel canale privilegiato di passaggio" che portava dalla fase investigativa a quella dibattimentale. Probabilmente anche per queste ragioni, il codificatore, pur attenendosi rigorosamente alle prescrizioni della delega, non ha definito il concetto cardine dell'incidente probatorio, limitandosi all'individuazione d'alcune situazioni tipo. Al fine di comprendere la nozione di non rinviabilità accolta dal legislatore, conviene soffermarsi sui concetti di atto urgente, non ripetibile e non rinviabile, con la precisazione che "il concetto di urgenza è connotato-base generale sia della non ripetibilità, sia, a date condizioni, della non rinviabilità". Utilizzando delle nozioni d'insiemistica, è possibile effettuare la seguente rappresentazione: all'esterno abbiamo il primo insieme che contiene gli atti

legati al concetto di urgenza; internamente due cerchi concentrici “quello interno contenente gli atti non ripetibili, quello esterno gli atti non rinviabili; l’atto non ripetibile può dirsi si connoti essenzialmente su dati estrinseci e spaziali, mentre quello non rinviabile su dati estrinseci e temporali”. Gli atti urgenti sono disciplinati dall’art. 467 c.p.p. che prevede al comma 1 che “nei casi previsti dall’art. 392 c.p.p., il presidente del tribunale o della corte d’assise dispone, a richiesta di parte, l’assunzione delle prove non rinviabili, osservando le forme previste per il dibattimento”. L’inequivoca intitolazione della rubrica dell’art. 467 c.p.p., fa ritenere che essi costituiscano una categoria concettuale autonoma in forza di una previsione espressa. A sostegno di ciò, si invoca anche il dato testuale che esigerebbe una verifica più profonda della non rinviabilità, essendo, il pericolo di dispersione, la prima volta, insito nel richiamo ai casi previsti dall’art. 392 c.p.p. e la seconda nell’espressa indicazione della non rinviabilità delle prove stesse al dibattimento. Passiamo ai concetti d’atto non rinviabile e d’atto irripetibile; il concetto d’atto non rinviabile riveste importanza fondamentale per il nostro lavoro, costituendo il presupposto fondamentale dell’incidente probatorio. Una prima osservazione che è possibile fare ictu oculi dall’analisi della normativa codicistica è che solo gli atti non rinviabili vengono assunti con le stesse forme di acquisizione della prova in dibattimento<sup>1</sup>. Il legislatore, come ricordato in premessa, non ha fornito una definizione di non rinviabilità, ma ha preferito esplicitarla “attraverso l’elencazione tassativa non solo dei mezzi di prova esperibili in via incidentale”, ma anche dei presupposti di fatto che giustificano l’assunzione anticipata della prova, cercando in tal modo di evitare che l’istituto straripasse dal suo carattere eccezionale attraverso anche la previsione di un controllo giurisdizionale preventivo sulla rilevanza ed ammissibilità del mezzo di prova. Sulla base delle ipotesi delineate dall’art. 392 c.p.p., che verranno analizzate nel prosieguo del presente lavoro, può dirsi che, “l’aggettivazione atto non rinviabile, sta a significare quella prova che non può essere differita nel tempo e che deve essere espletata senza ritardo”. Al riguardo, in dottrina, vi è stato chi ha criticato il codificatore di aver condotto la nozione di non rinviabilità oltre i limiti della delega e chi, all’opposto, ha sostenuto che la generica indicazione della direttiva n. 40<sup>2</sup> avrebbe consentito un’applicazione più ampia. Secondo la prima

---

<sup>1</sup> “La nozione di non rinviabilità non deve confondersi con quella di non ripetibilità, alla quale, pure il codice fa spesso esplicito riferimento. L’una si riferisce esclusivamente alla fase dibattimentale e presuppone il pericolo che un fatto, sopravvenuto ma prevedibile possa impedire l’utile formazione della prova; l’altra è la risultante di una prognosi che, può pure prescindere dalla possibilità di effettivo espletamento della prova al dibattimento, derivando dalla esistenza di un fatto di norma genetico, impeditivo della riproduzione dell’atto in qualsiasi momento della procedura” (G. De Roberto, voce Incidente probatorio in Enc.giur.Treccani, XVI, 1989).

<sup>2</sup> “Potere del pubblico ministero e dell’imputato, nel corso delle indagini preliminari e quando si tratta di testimonianze a futura memoria o comunque non rinviabili al dibattimento, di chiedere al giudice, con incidente probatorio, che si proceda all’esame dell’imputato, ad atti di confronto, a ricognizioni, a esperimenti giudiziari, a perizie e all’assunzione di testimonianze; obbligo di garantire la partecipazione al contraddittorio del pubblico ministero e dei difensori delle parti direttamente interessate; divieto di verbalizzare e di utilizzare le dichiarazioni concernenti persone diverse da quelle chiamate a partecipare; potere dovere del giudice di dichiarare inammissibili le richieste di atti irrilevanti, dilatori, o comunque rinviabili al dibattimento; previsione che il giudice, su richiesta motivata del pubblico ministero, possa dilazionare l’assunzione dell’incidente probatorio chiesto dall’imputato, quando esso arrecherebbe pregiudizio al compimento di determinate indagini preliminari e per il tempo strettamente necessario alla conclusione di tali indagini e sempre che il ritardo non pregiudichi la formazione della prova chiesta dall’imputato; deposito della richiesta motivata del pubblico ministero alla udienza di assunzione dell’incidente probatorio;

tesi la procedura incidentale avrebbe dovuto essere limitata alle situazioni di inquinamento della prova e di pericolo nell'acquisizione dello stesso mezzo di prova; la tesi contraria, invece, afferma che l'assunzione anticipata della prova era necessaria in tutti i casi in cui vi fosse fondato motivo di ritenere che la prova, per qualunque causa, non fosse utilmente acquisibile in dibattimento. Un terzo orientamento si colloca in una posizione intermedia delle precedenti, aderendo alla scelta del legislatore delegato, attraverso un richiamo alla ratio sottostante al modello di processo penale scelto dal delegante: nel modello accusatorio, il luogo deputato alla formazione della prova è il dibattimento. L'assunzione anticipata della prova nella fase delle indagini preliminari rappresenta una deroga al principio della centralità del dibattimento e giustamente deve essere contenuta in ipotesi del tutto eccezionali. Per chiarire adeguatamente il concetto d'irripetibilità dell'atto, bisogna prendere le mosse dalla direttiva n. 57<sup>3</sup> della legge delega del 1987 che aveva come obiettivo di "predeterminare gli atti aventi una destinazione dibattimentale", obiettivo eluso dalle legge delegata che non ha fornito una nozione d'atto irripetibile, preferendo affidare alla giurisprudenza il compito di delimitarne i confini, con tutti i problemi che si possono immaginare. Anche se manca una definizione espressa d'irripetibilità, il codice contiene alcune disposizioni in grado di perimetrarne il concetto. Ci si riferisce, in primo luogo, all'art. 360 c.p.p. che circoscrive la irripetibilità a stati di persone, cose o luoghi suscettibili di modificazione irreparabile. La definizione di atto originariamente irripetibile (o di irripetibilità strutturalmente congenita verificabile ex ante) è stata fornita dalla dottrina facendo rientrare nella categoria quegli atti, compiuti dalla polizia giudiziaria o dal P.M. "non riproducibili come fenomeno o che comunque non possono essere effettuati utilmente più di una volta": si tratta, da un lato, degli atti a sorpresa (perquisizioni, sequestri, intercettazioni di comunicazioni e conversazioni) la cui irripetibilità deriva appunto dal fatto che la sorpresa, una volta sfruttata, non è, ovviamente, riproducibile e, dall'altro, degli accertamenti e rilievi urgenti sullo stato di cose, tracce o luoghi compiuti dalla polizia giudiziaria di cui all'art. 354 comma 2 c.p.p. quando vi è pericolo che si alterino, si disperdano o comunque si modifichino elementi di prova, nonché degli accertamenti tecnici non ripetibili disposti, ex art. 360 c.p.p., dal P.M. su persone, cose o luoghi il cui stato è soggetto a modificazione. Se, invece, l'irripetibilità dipenda da "una causa accidentale estranea e successiva al compimento dell'atto, il relativo regime giuridico è diverso": in tal caso la rappresentazione del fatto contenuta nell'atto entrerà nel patrimonio di conoscenze dell'organo giudicante non per mezzo dell'art. 431 c.p.p. (fascicolo per il dibattimento), ma sulla base del meccanismo descritto

---

*concentrazione, ove possibile, in capo allo stesso giudice di tutti gli incidenti probatori e di tutti i provvedimenti relativi allo stesso procedimento*

<sup>3</sup> *Direttiva n. 57 della legge delega del 1987 recita quanto segue "immediata trasmissione al giudice del dibattimento del provvedimento che dispone il giudizio con gli atti relativi alla procedibilità e all'esercizio dell'azione civile, con quelli non ripetibili compiuti dalla polizia giudiziaria e dal pubblico ministero e con quelli compiuti dal giudice negli incidenti probatori;" (Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana).*

dall'art. 512 c.p.p.<sup>4</sup>. Il concetto d'irripetibilità sopravvenuta si lega intimamente a quello della non prevedibilità: l'impossibilità di ripetere l'atto al dibattimento deve, infatti, sopravvenire al suo compimento per fatti e circostanze imprevedibili al momento dell'assunzione dell'atto stesso. Come si vede siamo di fronte a presupposti differenti da quelli richiesti dall'art. 392 c.p.p.: in quest'ultimo caso, sussiste soltanto l'esigenza di evitare che l'atto sia procrastinato al dibattimento, esigenza che non implica, necessariamente che tale atto non possa essere ripetuto in dibattimento<sup>5</sup>; pertanto, se l'irripetibilità in dibattimento fosse stata prevedibile, il P.M. avrebbe dovuto utilizzare la procedura incidentale ex artt. 392 c.p.p., o, nei casi di assoluta urgenza, gli accertamenti tecnici irripetibili ex art. 360 c.p.p. Da quanto esposto, è evidente che l'incidente probatorio si basa sulla non rinviabilità della prova al dibattimento, non essendo indispensabile l'ulteriore elemento della irripetibilità. "In realtà i due concetti hanno chiaramente un ambito di pertinenza comune", essendo possibile, come rileva autorevole dottrina "che l'atto non rinviabile sia anche non ripetibile, ma tra i due concetti non vi è corrispondenza biunivoca e, all'inverso, un atto irripetibile può essere rinviato al dibattimento (es. un accertamento di tipo peritale che distrugge il reperto che può tuttavia essere custodito senza pericolo di alterazione)". Sul punto, altra dottrina rileva che, mentre "l'irripetibilità non implica necessariamente non rinviabilità, altrettanto non può dirsi per la proposizione inversa dal momento che qualsiasi attività non rinviabile è naturalmente non ripetibile alle medesime condizioni o, per lo meno, è fondato il motivo che non lo sia". La non rinviabilità è un concetto "poliedrico", in quanto riferibile ad una serie differenziata di situazioni che qualifica uno spazio operativo ben più ampio di quello espresso dal concetto di irripetibilità. La distinzione tra atti non rinviabili e atti non ripetibili non è fine a se stessa, ma si riverbera sul regime di formazione e di utilizzazione degli stessi: gli atti non ripetibili, a differenza della prova non rinviabile, spiegano a pieno titolo efficacia probatoria ai fini della decisione finale entrando nel fascicolo per il dibattimento.

## 2) I singoli mezzi di prova.

**a) Premessa.** L'elenco dei casi nei quali è ammessa l'assunzione anticipata della prova è contenuto nell'art. 392 c.p.p.28. Nel dare attuazione alla direttiva n. 40 della legge delega, basandosi sull'assunto per cui le prove nascono nel processo nel contraddittorio tra le parti, il legislatore si è sforzato di delimitare l'area di applicabilità dell'incidente probatorio, enumerando i mezzi di cui è consentita l'assunzione anticipata, al fine di scongiurare il pericolo che l'istituto esorbiti dall'eccezionalità. Rinviando, per il momento, un'analisi più approfondita delle singole ipotesi d'incidente, converrà soffermarsi per alcune considerazioni di ordine

---

<sup>4</sup> Art. 512 c. 1 c.p.p. recita quanto segue "Il giudice, a richiesta di parte, dispone che sia data lettura degli atti assunti dalla polizia giudiziaria, dal pubblico ministero, dai difensori delle parti private e dal giudice nel corso dell'udienza preliminare quando, per fatti o circostanze imprevedibili, ne è divenuta impossibile la ripetizione".

<sup>5</sup> Se ad. es. è astrattamente possibile che ogni testimone muoia prima di poter essere sentito in udienza, non però tale circostanza è anche prevedibile. Lo diviene, invece, se poteva conoscersi che costui era in concrete condizioni di pericolo di vita (Incidente Probatorio – A.Bassi e C.Parodi – Giuffrè Editore 2011).

generale sull'elenco contenuto nell'art. 392 c.p.p.<sup>6</sup>. La dottrina, fin dai commenti contemporanei alla nascita dell'istituto, ha sostenuto il carattere tassativo dell'elencazione contenuta nell'art. 392 c.p.p., "sia con riguardo ai mezzi di prova sia in relazione alle condizioni che legittimano l'attivazione della procedura incidentale". L'enunciato carattere tassativo dell'elencazione escluderebbe, conseguentemente, la possibilità del ricorso all'incidente probatorio fuori dalle ipotesi previste, e, in particolare, per prove non disciplinate dalla legge. Per completare il discorso sulla natura tassativa delle ipotesi di incidente probatorio giova ricordare che, al di là delle posizioni prese, l'ammasso dei mezzi di prova esperibili mediante l'incidente probatorio, comprende quasi tutti quelli espressamente tipizzati dal nostro ordinamento processuale (ossia la testimonianza, l'esame della persona sottoposta ad indagine e quello della persona imputata in reato connesso o collegato, il confronto, la perizia, l'esperimento giudiziale e la ricognizione)<sup>7</sup>. Secondo una sistematica diffusa in dottrina<sup>34</sup>, le diverse ipotesi in cui può procedersi con incidente probatorio, possono essere raggruppate nelle seguenti "quattro matrici concettuali"<sup>35</sup>:

- 1) evitare l'inquinamento della prova, art. 392 lett. b), c), d) ed e) c.p.p.;
- 2) evitare il deterioramento della prova, art. 392 lett. f) c.p.p.;
- 3) evitare che l'acquisizione, se rinviata nel tempo, diventi impossibile, art. 392 lett. a) e g) c.p.p.;
- 4) favorire l'assunzione di prove che, se formate in dibattimento, determinerebbero una sospensione incompatibile con il principio di concentrazione, art. 392 comma 2 c.p.p.).

Tale sistematica è stata accolta dalla giurisprudenza della Corte Cost. che ha sottolineato come "nel vigente sistema processuale, l'istituto dell'incidente probatorio è preordinato a consentire l'assunzione delle prove non rinviabili al dibattimento e cioè di quelle che si prevede che non siano differibili al dibattimento per le condizioni della persona da esaminare o perché soggette a perdita di genuinità o perché il loro oggetto è inevitabilmente esposto a modificazione, o perché ricorrono particolari ragioni di urgenza o, infine, perché il loro rinvio pregiudicherebbe la concentrazione del dibattimento. Concludendo questa disamina generale, si rileva che i casi elencati nell'art. 392 comma 1 c.p.p., hanno come matrice comune il concetto di prova non

---

<sup>6</sup> "Il testo dell'art. 392 non è solo tipizzazione sostantivante: è mappa che ospita la "statica" della disciplina riguardante il meccanismo incidentale, descrivendone anche i soggetti che lo azionano ("il pubblico ministero e la persona sottoposta alle indagini possono chiedere"), l'organo di controllo ("al giudice"), lo strumento parentetico ("che si proceda con incidente probatorio") e il contesto temporale ("nel corso delle indagini preliminari"), nel testo non ancora emendato in misura additiva per effetto della sentenza della Corte Cost. n. 77 del 1994)"

<sup>7</sup> Manca la prova documentale. Il P.M. può, comunque, ex art. 253 c.p.p., disporre nel corso delle indagini preliminari, il sequestro del documento, qualora esso costituisca il corpo del reato o rientri fra le cose pertinenti al reato necessarie per l'accertamento. Il P.M. sarà nella prassi indotto ad adottare tale provvedimento nel caso in cui tema che il documento possa andare perduto o essere distrutto. Anche la posizione della persona sottoposta ad indagini risulta sufficientemente tutelata, qualora l'interesse al documento e alla sua preservazione provenga da tale soggetto: infatti, dal combinato disposto degli artt. 367 e 368 si ricava, da un lato, la facoltà per il difensore dell'indagato di chiedere al P.M. il sequestro e, dall'altro, l'obbligo per quest'ultimo, qualora ritenga di non dar seguito alla domanda, di trasmetterla con il proprio parere al G.I.P., affinché questi possa provvedere autonomamente. "Così come nell'incidente probatorio, l'intervento giurisdizionale è garanzia per il diritto alla prova. In sede di incidente probatorio, comunque, il singolo documento può diventare oggetto di perizia o ricognizione, quando ricorrano i presupposti previsti per l'esperimento di tali mezzi di prova" (Sequestro probatorio di materiale documentativo-Leonardo Nullo, *Cultore di Diritto processuale penale - Università degli Studi di Perugia*).

rinviable al dibattimento, mentre il 2° comma prevede un'ipotesi riconducibile al concetto di prova incompatibile con il principio di concentrazione, o, come rileva un'autorevole dottrina, "si tratta di una non rinviabilità funzionale, nel senso che il differimento della prova alla sede fisiologica verrebbe a costituire un sacrificio troppo alto per l'intera fase dibattimentale".

**b) La testimonianza art. 392 comma 1 lett. a) c.p.p.** Le ipotesi d'incidente probatorio si aprono con la testimonianza; scelta non casuale, dipesa dal fatto che il legislatore ha tenuto presente che, forse più di altre, trattasi di prova "facilmente soggetta a dispersione" e dal rilievo della "centralità che questo mezzo di prova assume, soprattutto in un processo improntato al modello accusatorio ed al principio dell'oralità". La fattispecie contemplata nella lettera a) dell'art. 392 c.p.p., ammette il ricorso alla procedura incidentale quando vi è fondato motivo di ritenere che il teste non potrà essere esaminato nel dibattimento per infermità o altro grave impedimento. Nel progetto preliminare l'istituto aveva una portata più ristretta circoscrivendone l'assunzione ai soli casi di prevedibile impossibilità di assunzione dell'atto in dibattimento per "morte o infermità". Nel progetto definitivo, la previsione originaria è stata sostituita con quella attuale che ha, indubbiamente, una portata più ampia<sup>8</sup>. La prima situazione (infermità del teste) va rapportata alla fondata previsione dell'oggettiva impossibilità di assumere una dichiarazione al dibattimento per il probabile venir meno della stessa fonte di prova. Potrebbero rientrare nell'ambito di tale situazione il caso del teste in imminente pericolo di vita o quello del soggetto gravemente ammalato o in età avanzatissima. Oltre ai casi citati, l'incidente probatorio andrebbe espletato anche in quei casi nei quali l'infermità, pur non essendo idonea a cagionare la morte, potrebbe causare una diversa alterazione psico-fisica tale da impedire ugualmente l'esame testimoniale. La tesi appena prospettata sembra essere avallata dalla Corte Costituzionale che ha sancito il principio dell'ammissibilità della lettura delle dichiarazioni rese in sede d'indagini preliminari quando il teste risulti successivamente affetto da amnesia assoluta; ne deriva l'applicabilità dell'incidente probatorio ogni qualvolta siffatta patologia sia prevedibile nel corso delle indagini preliminari. La seconda situazione prevista dalla lettera a) dell'art. 392, comma 1 c.p.p., consente di procedere con incidente all'escussione del testimone, anche quando vi sia motivo di ritenere che la persona non possa comparire al dibattimento per altro grave impedimento. L'espressione, sicuramente di portata più ampia della precedente e di conseguenza più "ambigua" nell'interpretazione, va certamente intesa nel senso che è sufficiente la sussistenza del *periculum in mora*, cioè, del pericolo di dispersione della prova; la situazione di pericolo, poi, deve risultare da elementi di fatto concreti e verificabili caso per caso e non essere il frutto di mere congetture. *Quid Juris* se il giudice effettua una diversa prognosi rispetto alla parte

---

<sup>8</sup> *Tale modifica recepisce le osservazioni della Commissione parlamentare, la quale nel sollecitare un ampliamento dei poteri discrezionali del G.I.P., aveva fatto notare che l'accoglimento della proposta avrebbe certamente giovato all'operatività dell'istituto, senza, peraltro, attenuarne i rigorosi parametri che ne condizionano l'applicabilità. Tale modifica è stata ritenuta opportuna in quanto sotto l'etichetta di grave impedimento "vanno a conglobarsi varie ipotesi di prevedibile non acquisizione dibattimentale della prova"*

che ha chiesto la procedura incidentale? La soluzione è da ricercare nella disciplina degli atti irripetibili di cui all'art. 512 c.p.p. e quindi deve ritenersi legittima la lettura in dibattimento. La soluzione contraria, oltre a far ricadere sulle parti l'esito della prognosi errata del giudice, sarebbe iniqua e pregiudicherebbe la completezza del quadro probatorio.

**c) La testimonianza art. 392 comma 1 lett. b) c.p.p.** La seconda ipotesi d'assunzione della prova testimoniale con incidente probatorio si verifica quando "per elementi concreti e specifici, vi è fondato motivo di ritenere che la persona sia esposta a violenza, minaccia, offerta o promessa di denaro o di altre utilità, affinché non deponga o deponga il falso". Questa ipotesi prende in esame la possibilità che l'incidente testimoniale dipenda solo o anche dall'azione illecita di terzi. In tale ambito il problema del deperimento probatorio riguarda, più che il mezzo di prova, la fonte di prova ed in particolare la genuinità della stessa. L'ermeneutica di quest'ipotesi d'incidente, ha suscitato opinioni contrastanti in dottrina<sup>9</sup>. Da un lato vi è stato chi ha censurato la stessa inclusione di tale figura tra i casi d'incidente probatorio, riconoscendovi nient'altro che il riflesso di una "perdurante mentalità inquisitoria", dall'altro chi ha elogiato il legislatore delegato per aver disciplinato "con puntualità situazioni che, se malamente e/o superficialmente gestite, creerebbero varchi pericolosi e momenti di autentica perplessità". Dall'esame letterale dell'ipotesi in esame, che parla di violenza, minaccia e offerta di denaro o altra utilità in relazione al teste da escutere, si è portati a ritenere che l'attivazione dell'incidente probatorio sia possibile solo quando la condotta perturbatrice riguardi lo stesso testimone. Ma siffatta interpretazione, pur rispettando la lettera della norma, peccherebbe di mancato collegamento con le ipotesi di reato delineate dal Codice penale. La fattispecie in esame si concretizzerebbe, come già accennato, quando il soggetto è esposto a "violenza, minaccia, offerta o promessa di denaro o di altra utilità"<sup>10</sup>. La situazione, tra quelle descritte dalla norma, forse di più difficile interpretazione è quella dell'offerta o promessa d'utilità, la cui portata non è "limitabile all'ambito strettamente economico se si vuole evitare l'eccessiva e non giustificata restrizione dell'istituto". Inoltre, com'è stato acutamente osservato, l'offerta d'utilità non può non ritenersi sussistente quando il vantaggio economico di terzi realizzerebbe di conseguenza un vantaggio uguale per chi è chiamato a deporre<sup>63</sup>. Altro aspetto che fa discutere è la sussistenza o meno del requisito dell'attualità nell'intimidazione o nell'offerta o promessa di denaro o d'altra utilità rivolta al testimone. Per l'orientamento maggioritario, la norma sembrerebbe alludere all'attualità della condotta violenta o minacciosa o di quella di subornazione. Per la tesi contraria "ciò che occorre appurare è che la persona sia esposta alla violenza, alla minaccia oppure agli

---

<sup>9</sup> Da un punto di vista storico-sistematico, si fa presente che nel progetto preliminare l'enunciato della lett. b) era, nell'incipit, leggermente diverso: infatti si riferiva "all'assunzione della testimonianza di una persona che da elementi concreti e specifici risultasse esposta, mentre la locuzione "quando vi è fondato motivo di ritenere che", era impiegata solo nella lett. a).

<sup>10</sup> Sulla violenza e la minaccia nulla quaestio in quanto sono pacificamente ritenute mezzi coercitivi della volontà anche quando sono dirette su cose oppure su terzi coinvolti con il soggetto in questione in rapporti affettivi (Incidente Probatorio – A.Bassi e C.Parodi – Giuffrè Editore 2011).

allettamenti della corruzione. L'esposizione sta ad indicare non soltanto l'attualità di codeste vicende perturbatrici, ma si estende fino a ricomprenderne altresì la potenzialità. Saranno sufficienti, in altre parole, gli elementi capaci di dimostrare che evenienze del genere sono ragionevolmente prevedibili quantunque non si siano ancora verificate: il che assegna all'istituto i confini realistici e nell'esperienza giuridica consueti del *periculum in mora*". Proseguendo nell'analisi del dettato normativo, la lettera b) dell'art. 392 c.p.p., oltre a richiedere similmente alla lett. a) dello stesso articolo la fondatezza del motivo addotto, precisa che la stessa deve desumersi da elementi "concreti e specifici", i quali devono riguardare sia il comportamento altrui cui la persona è esposta, sia la finalizzazione di esso all'ottenimento della deposizione falsa ovvero a che la deposizione non avvenga. L'individuazione della portata e dei limiti dei suddetti presupposti ha dato luogo ad un vivace dibattito in dottrina. La tesi più restrittiva parte dall'assunto che "poiché la legge esige la sussistenza d'elementi concreti e specifici, non è a dirsi che sia sufficiente la mera potenzialità di un rischio di tale natura, ma si richiede il riscontro di uno o più precedenti ben determinati che rivestano la sintomaticità di un attentato alla libertà morale del teste (es. telefonate o lettere minatorie, approcci con persone portatrici dell'altrui volontà di sopraffazione, avvertimenti orali o reali di rappresaglie a carico del virtuale teste, dei suoi congiunti o di persone a lui care)". Tale tesi pur se ineccepibile sulla base dell'interpretazione letterale della norma, vanificherebbe l'essenza dell'istituto, in quanto il teste, nel momento di operatività della procedura incidentale, avrebbe subito, ormai, un irreparabile condizionamento. Per questo, sul punto, la dottrina prevalente ha lamentato l'eccessiva angustia della formulazione normativa: infatti, è proprio nelle situazioni dove è in gioco la sicurezza della fonte che l'incidente probatorio è destinato a mostrare i suoi limiti, almeno fino a quando non si provveda adeguatamente alla tutela dell'incolumità fisica del dichiarante e dei suoi familiari. La disciplina dell'incidente probatorio relativa ai casi di condizionamento del teste trova una previsione parallela nella fase dell'escussione dibattimentale. Infatti, l'art. 500 c.p.p. al 4 comma prevede che "quando, anche per le circostanze emerse in dibattimento, vi sono elementi concreti per ritenere che il testimone è stato sottoposto a violenza, minaccia, offerta o promessa di denaro o di altra utilità, affinché non deponga o deponga il falso, le dichiarazioni contenute nel fascicolo del pubblico ministero precedentemente rese dal testimone sono acquisite al fascicolo del dibattimento". Il parallelismo tra le due norme ha suscitato delle critiche in dottrina, in quanto si è affermato che la norma in esame renderebbe sostanzialmente superfluo il ricorso all'incidente probatorio essendo consentito al P.M. di utilizzare comunque le dichiarazioni rese in sede di indagini preliminari dal teste sottoposto a pressioni, mediante il ricorso al sistema delle contestazioni. In realtà, come è stato chiarito dalla Suprema Corte<sup>11</sup>, "in tema di prove, l'art. 500 c.p.p. consente, in applicazione del principio di conservazione della prova, che è un corollario di quello della ricerca della verità reale, l'introduzione nel dibattimento, attraverso il meccanismo delle contestazioni, delle dichiarazioni rese dai testimoni alla polizia giudiziaria.

---

<sup>11</sup> Cass. Sez. V., 7 febbraio 1997, Di Micco, CED, Cass. 206914.

Tale norma deve essere rigorosamente interpretata, non come deroga al principio della formazione dibattimentale della prova, ma come sussidiario criterio di valutazione probatoria”. I principi testè enunciati consentono di delimitare i rapporti tra i due istituti: se durante le indagini preliminari emergano elementi concreti e specifici che provino che il teste sia sottoposto ad indebite pressioni, il P.M. deve necessariamente procedere ad incidente probatorio, non potendo eludere la norma in vista del successivo recupero in dibattimento delle dichiarazioni precedentemente rese<sup>12</sup> in quanto la funzione dell’art. 500 c.p.p. è quella di mettere a disposizione delle parti uno “strumento residuale volto alla salvaguardia delle acquisizioni probatorie, ma questo meccanismo non sostituisce minimamente l’incidente probatorio”.

**d) La testimonianza del minorenne.** Tralasciando per un attimo il sentiero tracciato dal codice relativamente all’elencazione dei casi di incidente probatorio, prendiamo in esame, per una questione di affinità con il mezzo probatorio trattato nei paragrafi precedenti, il caso previsto dal comma 1-bis dell’art. 392 c.p.p. Il comma prevede che “ Nei procedimenti per i delitti di cui agli articoli 572 (Maltrattamenti contro familiari o conviventi), 600 (Riduzione o mantenimento in schiavitù o in servitù), 600 bis (Prostituzione minorile), 600 ter (Pornografia minorile) e 600 quater (Detenzione o accesso a materiale pornografico), anche se relativi al materiale pornografico di cui all’articolo 600 quater 1, 600 quinquies (Iniziativa turistiche volte allo sfruttamento della prostituzione minorile), 601 (Tratta di persone), 602 (Acquisto e alienazione di schiavi), 609 bis (Violenza sessuale), 609 quater (Atti sessuali con minorenne), 609 quinquies (Corruzione di minorenne), 609 octies (Violenza sessuale di gruppo), 609 undecies (Adescamento di minorenni) e 612 bis (Atti persecutori) del codice penale il pubblico ministero, anche su richiesta della persona offesa, o la persona sottoposta alle indagini possono chiedere che si proceda con incidente probatorio all’assunzione della testimonianza di persona minorenne ovvero della persona offesa maggiorenne<sup>13</sup>, anche al di fuori delle ipotesi previste dal comma 1. In ogni caso, quando la persona offesa versa in condizione di particolare vulnerabilità, il pubblico ministero, anche su richiesta della stessa, o la persona sottoposta alle indagini possono chiedere che si proceda con incidente probatorio all’assunzione della sua testimonianza”. La ratio

---

<sup>12</sup> *Il tempestivo esperimento dell’incidente probatorio è finalizzato oltre all’assicurazione della prova, alla salvaguardia della persona del testimone dato che, una volta acquisita con valore pienamente probatorio la testimonianza, viene in gran parte ridotto l’interesse ad intimidire il teste o ad attentare alla sua incolumità (Incidente Probatorio – A.Bassi e C.Parodi – Giuffrè Editore 2011).*

<sup>13</sup> *Infondata la questione di legittimità costituzionale sollevata in relazione all’art. 392, comma 1-bis, del codice di procedura penale, nella parte in cui prevede che, nei procedimenti per i delitti ivi indicati, l’assunzione della testimonianza in sede di incidente probatorio, richiesta dal pubblico ministero o dalla persona offesa dal reato, debba riguardare la persona minorenne che non sia anche persona offesa dal reato. L’assunzione anticipata della testimonianza del minorenne, attraverso il ricorso all’incidente probatorio speciale, deve essere ricondotta al rilievo costituzionale da attribuirsi ad «esigenze di salvaguardia della personalità del minore», che nella norma censurata si traducono in una presunzione di indifferibilità o di non ripetibilità del relativo contributo testimoniale, rivolta in prima battuta a preservare il minore «dagli effetti negativi che la prestazione dell’ufficio di testimone può produrre in rapporto alla [sua] peculiare condizione» mediante la sua sottrazione, in linea di principio, allo strepitus fori e la previsione di una sua rapida fuoriuscita dal circuito processuale (La testimonianza del minore in sede di incidente probatorio garantisce la genuinità della prova - Corte Costituzionale, sent. 5 febbraio 2021, n. 14).*

della norma è in re ipsa: i soggetti minori non avendo ancora raggiunto un adeguato sviluppo delle capacità conoscitive, volitive ed affettive, oltre che della capacità di intendere il significato etico sociale del comportamento, vanno tutelati evitando, per quanto possibile, il c.d. “strepitus fori, sempre presente in occasione di processi legati alla sfera sessuale”.

*e) Esame della persona sottoposta alle indagini su fatti concernenti la responsabilità di altri (art. 392 comma 1 lett. c) ed esame delle persone indicate nell'art. 210 (art. 392 comma 1 lett. d).* Il codice, nelle lett. c) e d) del comma 1 dell'art. 392, ammette la procedura incidentale quando si deve procedere all'esame della persona sottoposta alle indagini su fatti concernenti la responsabilità di altri (lett.c) e all'esame delle persone indicate nell'art. 210 (lett. d). Nella previsione originaria l'esame dell'indagato e delle persone indicate nell'art. 210 c.p.p. era subordinato alla presenza dei medesimi presupposti previsti per la testimonianza. L'estensione era giustificata “da evidenti ragioni d'armonia e di razionalità del sistema”<sup>87</sup>. Nel sistema delineato dal codice di rito è intervenuta, successivamente, la L.267/97 che ha riformato l'intera tematica delle letture, riscrivendo l'art. 513 c.p.p. e dando alle lettere de quibus, la formulazione oggi vigente. Sulla portata di questo intervento legislativo v'è stato chi ha rilevato che tale innovazione normativa, guardata sotto l'aspetto sostanziale, non costituisce “una rottura così evidente con la ratio tipica dell'istituto”, in quanto l'eliminazione “del riferimento a canoni specifici per l'ammissibilità, non ne muterebbe nella sostanza la funzione”. Ad ogni modo a seguito della nuova disciplina si può ora procedere all'incidente probatorio senza limiti di sorta, in quanto i presupposti, espunti dalla novella legislativa, sarebbero oggetto di una vera e propria “presunzione legale di sussistenza”. Per meglio comprendere la portata della norma, è necessario inquadrarla nella più generale modifica che la legge in esame ha introdotto alla disciplina delle dichiarazioni rese dall'imputato e dagli imputati in procedimenti connessi. Infatti, l'art. 513 c.p.p., nella veste novellata dalla L. 267/97, stabilisce che le dichiarazioni rese fuori del dibattimento e non confermate in seguito al rifiuto di sottoporsi all'esame dibattimentale non possono essere utilizzate nei confronti di altri soggetti senza il loro consenso (art. 513 comma 1 c.p.p.). L'aggravamento dell'onere probatorio ricadente sull'accusa è stato controbilanciato dalla riforma dell'incidente probatorio, che è stata acutamente definita come “indennizzo all'ufficio del P.M. per la perdita di valore probatorio conseguente al ridimensionamento della facoltà di introdurre, in dibattimento, dichiarazioni accusatorie rese nella fase delle indagini preliminari”<sup>92</sup>. In sintesi, si è creato un canale extra-dibattimentale privilegiato di formazione della prova, per evitare la dispersione di un prezioso patrimonio di conoscenza che, per effetto della modifica dell'art. 513 c.p.p., non avrebbe mai trovato ingresso nel processo. Se tali finalità dal punto di vista degli intenti sono lodevoli, non si può non porre in evidenza delle criticità che intaccano il reale perseguimento degli obiettivi avuti di mira dal legislatore. Infatti, a norma del comma 3 dell'art. 398 c.p.p., che prevede la possibilità per la persona sottoposta alle indagini, nei due giorni che precedono l'udienza, di prendere cognizione ed

estrarre copia delle dichiarazioni già rese dalla persona da esaminare, vi sarebbe la possibilità, per un indagato senza scrupoli, di far pervenire minacce in modo da indurre la persona da esaminare a non parlare o addirittura a dichiarare il falso. A ciò si aggiunga, com'è stato evidenziato da un profondo conoscitore dello stato di salute della giustizia italiana, che se si dovesse dar luogo ad un uso massiccio dell'istituto, soprattutto nelle zone con alto tasso di criminalità organizzata, in breve si arriverebbe al collasso degli uffici dei G.I.P., di per sé già congestionati. In ultimo si è anche evidenziato che il sistematico ricorso alla procedura incidentale potrebbe comportare “un allungamento della fase investigativa che farebbe assumere alla stessa un ruolo predominante, sul piano dell'elaborazione del materiale probatorio, rispetto al dibattimento che verrebbe espropriato di uno dei suoi connotati tipici, cioè quello di essere il luogo deputato alla formazione della prova”. L'ipotesi d'incidente prevista dalla lettera c) circoscrive l'esame anticipato della persona sottoposta alle indagini al fatto riguardante la responsabilità di altri (dichiarazioni contra alios) e non opera per il fatto proprio<sup>14</sup>. È stato rilevato che la norma, così come congegnata dal legislatore delegato, opera un'applicazione restrittiva della direttiva n. 40 della legge-delega. Questa, in effetti, fa riferimento per l'esperimento dell'incidente probatorio, all'esame dell'imputato tout court, senza accennare minimamente alla limitazione introdotta dal codice. Gli autori che si sono occupati dell'argomento hanno cercato di dare una ratio alla scelta del delegato, evidenziando, taluni, come la giustificazione fosse da ricercare nel timore che l'atto potesse trasformarsi in uno strumento per ottenere la confessione dell'imputato, sottolineandone quindi la possibile utilizzazione in chiave coercitiva; altri facendo presente l'inutilità del ricorso alla procedura incidentale in quanto “le ammissioni relative alla propria responsabilità, ancorchè siano fatte davanti al pubblico ministero in sede di indagini preliminari” costituirebbero interrogatorio, cioè atto già coperto da garanzie difensive. Al riguardo si è efficacemente obiettato che è impossibile equiparare le dichiarazioni rese, in seguito alla cross examination in sede di incidente probatorio, con le dichiarazioni rilasciate al P.M.: le prime sono rese, in ossequio ai principi del giusto processo, davanti ad un giudice terzo ed imparziale, le seconde, invece, sono pur sempre rese davanti ad una parte processuale, il P.M.; la funzione svolta dal difensore in quest'ultimo caso è di mera assistenza tesa solo a tutelare il rispetto delle regole dell'esame. La formula restrittiva adottata dal legislatore delegato ha dato luogo a rilievi critici, osservandosi che nella pratica è difficile tener distinte, nelle dichiarazioni dell'indagato, quelle concernenti il fatto proprio da quelle riguardanti la responsabilità di altre persone, sia per la labilità del discrimen tra le due categorie di dichiarazioni, sia perché l'esame rientra, comunque, nelle prove a discarico che l'imputato può ottenere in dibattimento e anch'esso può essere in concreto irripetibile. Da quanto esposto è da condividere l'opinione espressa in dottrina che la norma sia stata plasmata sulle esigenze dell'ufficio della pubblica accusa, dovendo considerarsi ipotesi di scuola il caso che l'indagato o l'imputato

---

<sup>14</sup> Al riguardo è stato osservato come, a differenza della testimonianza, “l'esame assunto in incidente probatorio ha un oggetto predeterminato dalla legge”, risolvendosi nell'assunzione delle sole dichiarazioni contra alios. (Incidente Probatorio – A.Bassi e C.Parodi – Giuffrè Editore 2011).

rendano dichiarazioni su fatti concernenti la responsabilità di altri per scagionarli<sup>105</sup>. Per i rilievi esposti, attenta dottrina fa presente che sarebbe stata auspicabile una diversa formulazione della norma che, “anche nell’ipotesi di esame della persona indagata, non faccia riferimento ai limiti concernenti il contenuto prospettabile dell’atto, ma soltanto ai presupposti di esso”. La successiva lettera d) del comma 1 si riferisce, invece, all’esame delle persone indicate nell’art. 210: il riferimento è ai soggetti imputati in un procedimento connesso a norma dell’art. 12, comma 1 lett. a) e c) nei confronti dei quali si procede o si è preceduto separatamente e alle persone imputate di un reato collegato a quello per cui si procede nel caso descritto dall’art. 371 comma 2 lett. b). Questo caso d’incidente è sembrato, ai primi commentatori, quasi una rivisitazione dell’ipotesi disciplinata dall’art. 348-bis c.p.p. abrogato. Nel progetto preliminare questa figura non era inclusa tra quelle esperibili con incidente probatorio, mentre era ammessa per il dibattimento. La direttiva n. 40, più volte citata, non prevedeva, infatti, quest’ipotesi, ma ai compilatori del codice è sembrato “irrazionale ed ingiustificato escludere per dette circostanze l’ammissione dell’incidente probatorio poiché esso appare strumento indispensabile per le indagini in tema di criminalità organizzata”. La normativa de qua va coordinata e letta congiuntamente a quella degli artt. 64, 197 e 197-bis c.p.p. nell’ambito del sentiero tracciato dall’art. 192 comma 2 c.p.p., a tenore del quale le dichiarazioni rese dal coimputato del medesimo reato o da persona imputata in un procedimento connesso a norma dell’art. 12 c.p.p. sono valutate unitamente agli altri elementi di prova che ne confermano l’attendibilità. Pertanto, una volta stabilita per i soggetti indicati nell’art. 210 c.p.p. l’incompatibilità con l’ufficio di testimone (art. 197, lett. a e b), il legislatore delegato ha dovuto prevedere uno strumento per raccogliere il contributo probatorio che queste persone possono fornire al processo creando un’apposita “figura di esame che costituisce una fattispecie speciale entro il quadro ordinario dell’esame delle parti”. Il rinvio dell’art. 210 agli imputati di reato collegato potrebbe far credere che la procedura incidentale possa riguardare non soltanto le persone che abbiano acquisito la qualità d’imputato, ma anche quelle che siano ancora sottoposte ad indagini. La dottrina sul punto è divisa; alcuni ritengono che debba consentirsi, ove si proceda separatamente, anche l’esame di tali soggetti in quanto la norma, così interpretata, sembra rispondere a ragionevoli esigenze di coordinamento; altra corrente, facendo riferimento al dato letterale dell’art. 210 comma 1 e dell’art. 392 c.p.p. (che prevede l’esame della persona sottoposta alle indagini solo nel caso della lett. c)) propende per l’esame del solo imputato. A giudizio di chi scrive è preferibile quest’ultima interpretazione in quanto non si può prescindere dal dato letterale per piegarlo a favore di esigenze di coordinamento del sistema, anche se tra le situazioni descritte nelle lett. c) e d) esistono delle innegabili similarità.

**f) Il confronto (392 comma 1 lett. e).** L’art. 392 comma 1 lett. e) stabilisce che si può procedere con incidente probatorio al confronto tra persone che in altro incidente probatorio o al P.M. hanno reso dichiarazioni discordanti, quando ricorre una delle circostanze previste dalle lett. a) e b) (infermità,

impedimento o pericolo di subornazione). Il confronto rientra nella più generale categoria delle “prove costituenti aventi come canone di riferimento la testimonianza”<sup>15</sup>. Appunto perché la base di riferimento è la testimonianza, l’esperibilità del confronto in incidente probatorio è stata subordinata ai medesimi presupposti di non rinviabilità previsti dall’art. 392 lett. a) e b) in relazione ai quali, mutatis mutandis, valgono i rilievi già fatti a proposito della testimonianza. Ulteriore requisito attiene all’oggetto del disaccordo che deve vertere su fatti o circostanze importanti. Quest’ultima locuzione è espressamente richiesta dall’ultima parte dell’art. 211 cit., con riferimento alla disciplina generale dell’istituto. Al riguardo si discute circa la necessità del già menzionato requisito, in assenza di uno specifico richiamo, anche in sede di incidente probatorio. Le tesi alternative sono due, potendosi, in primis, ritenere che, in mancanza di un’indicazione espressa, non sia richiesto il requisito dell’importanza delle circostanze, in quanto, essendo il confronto eseguito in una fase predibattimentale, il giudice non avrebbe la cognizione di tutti gli atti processuali e, quindi, risulterebbe menomata la sua capacità di valutare la gravità o meno delle circostanze su cui è sorta la discordanza. Altra tesi propone una diversa soluzione, basata sull’analisi della funzione dell’incidente probatorio come “cellula o porzione del dibattimento” e cerca di amalgamarla con la sistematica degli istituti probatori previsti dal codice. Prevedere, infatti, requisiti diversi per uno stesso mezzo probatorio a seconda dello stadio in cui viene assunto, oltre a generare un’incongruenza a livello di sistema, potrebbe far sorgere dubbi di costituzionalità. La formulazione della norma ha generato forti critiche in dottrina tutte incentrate sull’arbitraria perimetrazione dei casi operata dal legislatore delegato a discapito della genericità della direttiva n. 40 che parla, sic et simpliciter, di atti di confronto. Genera perplessità, infatti, la mancata menzione, fra le dichiarazioni il cui contrasto legittima il ricorso al confronto in sede di incidente probatorio, di quelle rese al giudice in momenti ulteriori delle indagini (es. in sede di convalida dell’arresto o del fermo). Come sottolineato in dottrina, il mancato riferimento alle ipotesi predette sembra il frutto di “un’evidente svista” o “una lacuna” del legislatore: sarebbe più conforme “al buon senso”, che l’incidente probatorio (sempre che ne ricorrano i presupposti) avesse luogo anche in questi casi, “sui quali invece la tassatività del disposto non dà modo di intervenire”. De iure condito, in effetti, tali ipotesi sono escluse dalla previsione della norma. Sarebbe auspicabile un intervento legislativo che ampli i confini della fattispecie, dando rilevanza, ad esempio alle dichiarazioni rese alla polizia giudiziaria.

**g) Perizia ed esperimento giudiziale (392 comma 1 lett. f): rapporti con l’art. 360 c.p.p.** La lettera f) dell’art. 392 si riferisce all’esperimento giudiziale<sup>16</sup> ed alla perizia<sup>17</sup>, subordinandone l’assunzione anticipata

---

<sup>15</sup> “Il termine confronto sta ad indicare l’atto di giustapposizione materiale o ideale compiuto per fini valutativi: nel processo penale le entità da contrapporre sono le dichiarazioni rese dalle parti provate e quindi ben si comprende come il nomen juris (confronto) sia riservato a quegli atti con i quali si cerchi di sciogliere il nodo di contrastanti affermazioni già rese in precedenza da imputati e/o testimoni”. (Incidente Probatorio – A.Bassi e C.Parodi – Giuffrè Editore 2011).

<sup>16</sup> L’esperimento giudiziale è diretto ad accertare “se un fatto sia o possa essere avvenuto in un certo modo” e consiste “nella

alla circostanza che la prova riguardi una persona, una cosa o un luogo il cui stato sia soggetto a modificazione non evitabile. Il motivo della non rinviabilità, in tale ipotesi, ha riguardo alla “deteriorabilità” dell’oggetto della prova che, in quanto non evitabile, rende l’atto non utilmente rinviabile. Con riferimento a questo tipo di acquisizioni probatorie si è auspicata da parte di autorevole dottrina, “una formula più elastica”, al fine di consentire alle parti di assumere con la maggiore anticipazione possibile gli esperimenti giudiziari e le perizie, tutte le volte in cui tali atti si rendessero indispensabili “per porre fin dall’inizio dei punti fermi”. Per gli esperimenti giudiziari, ma lo stesso discorso, sia pure in prospettiva diversa, potrebbe farsi per la perizia, è la stessa natura dell’atto a palesare la necessità che lo stesso si effettui il più presto possibile, al fine di guidare le indagini preliminari nella giusta direzione ed evitare che possano prendere piede ipotesi senza fondamento. L’ipotesi d’incidente probatorio de qua presenta degli indubbi punti di contatto con l’istituto degli accertamenti tecnici non ripetibili disciplinati dall’art. 360 c.p.p., in quanto si riferiscono a presupposti di fatto sostanzialmente identici: l’accertamento tecnico irripetibile, infatti, fa riferimento “all’atto che in concreto possa essere reiterato ma, in condizioni non identiche per la modificazione dell’oggetto”. Pur con questo sub-strato comune, non mancano elementi di differenziazione: infatti, è solo l’art. 392 c.p.p. che parla d’inevitabilità della modificazione, limitandosi l’art. 360 c.p.p. a fare riferimento soggezione alla modificazione. Ne deriva che la conversione dell’accertamento tecnico non ripetibile in incidente probatorio non può avvenire per il solo fatto che la persona sottoposta alle indagini formuli riserva (della quale si parlerà in seguito), ma deve essere dimostrata in concreto la sussistenza dell’ulteriore requisito rappresentato dalla modificazione non evitabile. Inoltre, pur coincidendo i presupposti, diversa è altresì la ratio delle due disposizioni “ponendosi l’art. 360 c.p.p. come uno speciale filtro” previsto dal codice per deflazionare il ricorso all’incidente probatorio nei casi in cui la perizia appare in concreto di particolare semplicità (es. perizie balistiche o chimiche di particolare facilità); filtro che, comunque, assicura idonee garanzie difensive. Infatti, è stato previsto un particolare meccanismo, a favore della persona sottoposta alle indagini, avente una duplice natura: da un lato, se la stessa non formula espressa riserva di promuovere richiesta di incidente probatorio si configura una sorta di acquiescenza; l’esercizio delle riserve, invece, integra un vero e proprio diritto di veto capace di bloccare, a determinate condizioni ed in assenza di altri elementi, l’iniziativa del P.M.: questi non potrà dar corso agli accertamenti tecnici, a meno che non li ritenga assolutamente indifferibili. In sintesi, il 4° comma dell’art. 360 c.p.p. consente al P.M. l’acquisizione di un mezzo di prova in quei casi in cui l’eccezionale urgenza impedisca che si possa attendere l’espletamento dell’incidente probatorio. A seguito della formulazione della riserva d’incidente probatorio, si potrebbe venire a verificare una situazione singolare in quanto l’art. 360 c.p.p.,

---

*riproduzione, per quanto possibile, della situazione in cui il fatto si afferma o si ritiene essere avvenuto e nella ripetizione delle modalità di svolgimento del fatto stesso” (art. 218 c.p.p.).*

<sup>17</sup> L’art. 220 comma 1 c.p.p. recita quanto segue “La perizia è ammessa quando occorre svolgere indagini o acquisire dati o valutazioni che richiedono specifiche competenze tecniche, scientifiche o artistiche”.

inspiegabilmente, non stabilisce un termine entro cui la persona sottoposta alle indagini debba attivarsi per promuovere la procedura incidentale. Al riguardo sono state avanzate dalla dottrina varie possibilità: c'è chi ritiene che alla lacuna normativa possa sopperirsi ritenendo che il P.M., “qualora non sussistano motivi di particolare urgenza, provveda egli stesso a richiedere tempestivamente” la procedura incidentale, oppure chi, attribuirebbe allo stesso P.M. la facoltà, o meglio, l'onere di scindere, nel caso concreto, l'accertamento tecnico, come tale indifferibile, dalla parte rimanente che potrebbe essere svolta in incidente probatorio, accogliendo la richiesta della difesa<sup>18</sup>; la maggioranza della dottrina, comunque, auspica, in prospettiva de iure condendo, l'introduzione da parte del legislatore di un breve termine a pena di decadenza, al fine di evitare che la persona sottoposta alle indagini possa bloccare a tempo indeterminato l'iniziativa del P.M. Da quanto fin qui riportato appare evidente che quello dei rapporti tra incidente probatorio e accertamenti tecnici irripetibili costituisce un punto estremamente delicato, in particolar modo per la difficoltà di definire i rispettivi ambiti di operatività dei due istituti. Infatti, il legislatore, probabilmente per evitare una riedizione dell'istruzione formale, ha eccessivamente delimitato l'ambito applicativo dell'incidente probatorio, creando, però allo stesso tempo, nell'art. 360 c.p.p. una sorta di doppione con il rischio di pericolose sovrapposizioni. Per questi motivi si auspica una revisione della disciplina prevista dalla lettera f) dell'art. 392 c.p.p., attraverso l'eliminazione del termine “inevitabile”, “nella prospettiva di privilegiare, in ossequio ai principi del processo accusatorio, l'atto giurisdizionale”.

**h) la ricognizione (392 comma 1 lett. g).** L'art. 392, comma 1 lett. g) consente di ricorrere ad incidente probatorio anche per effettuare una ricognizione “quando particolari ragioni di urgenza non consentono di rinviare l'atto al dibattimento”. La ricognizione è un mezzo di prova mediante il quale si chiede ad un soggetto di descrivere una data realtà sensoriale già caduta sotto la sua percezione e di ricordarne i particolari. Dalla natura dell'atto in esame deriva il ruolo centrale svolto dalla memoria del ricognitore: il decorso del tempo, spesso accompagnato da altri fattori interni alla psiche della persona e quindi difficilmente controllabili, può incrinare il ricordo del fatto di cui il soggetto è custode. È questa, molto probabilmente, la ragione per cui, nella lett. g), l'incidente probatorio riceve un trattamento normativo poco rigido, in coincidenza con la formula, volutamente indeterminata, che inserisce la figura delle ricognizioni connotate dal carattere della particolare urgenza. Secondo un filone interpretativo la genericità della formula consentirebbe il ricorso all'istituto non solo nei casi richiamati nelle lett. a) e b), ma anche quando sia prevedibile che, per la complessità delle indagini o per il numero degli indagati, il dibattimento debba svolgersi a notevole distanza di tempo. L'indirizzo maggioritario considera, invece, in re ipsa l'urgenza, in

---

<sup>18</sup> Un esempio potrebbe essere quello, in sede di autopsia, in cui il consulente si limiti alla descrizione esterna ed ai prelievi del caso, riservando all'incidente probatorio le analisi di laboratorio e le risposte sulle cause della morte, anche se è stato replicato che, l'esame autoptico è per sua natura un accertamento non solo urgente ma anche fattibile una sola volta. (Incidente Probatorio – A.Bassi e C.Parodi – Giuffrè Editore 2011).

quanto il trascorrere del tempo può compromettere definitivamente le capacità mnemoniche del soggetto e portare alla perdita del risultato in termini di prova. In questo contesto, la non rinviabilità “si riassume nel risultato dell’atto ricognitivo su cui inciderebbe la distantia temporis”. La stessa giurisprudenza ha dato segno di condividere tale opinione, accogliendo richieste di incidente probatorio sul mero presupposto che il trascorrere del tempo avrebbe offuscato i ricordi della persona chiamata alla ricognizione. Si è, pertanto, concluso, da parte di autorevole dottrina, che la “sede tipica” per l’assunzione delle ricognizioni debba essere l’incidente probatorio. Questa costruzione ha tuttavia suscitato alcuni rilievi critici in dottrina. Si è rilevato come la conclusione cui perviene la dottrina maggioritaria, oltre che contrastare con il dato normativo, non appare corretta sul piano tecnico-scientifico. Infatti, partendo dalla distinzione, elaborata dalla psicologia scientifica nel 1963, tra memoria a breve termine, i cui elementi, non ripetuti “vengono presto perduti e ove le informazioni sono suscettibili di una rapida dissoluzione” e memoria a lungo termine, la quale è pensata “come virtualmente illimitata, così che ogni informazione che passa dalla memoria a breve termine alla memoria a lungo termine vi troverà collocazione permanente”, la linea interpretativa in esame “mina” la posizione ermeneutica per cui la ricognizione deve essere necessariamente predibattimentale, concludendo che è necessario evitare abusi di ricognizioni eseguite con la procedura eccezionale dell’incidente probatorio, in quanto i tempi del dibattimento sono compatibili con “la capacità di ritenzione e mantenimento del ricordo del soggetto della ricognizione, la cui precisione non risulta ordinariamente degradata dall’attesa del giudizio”. Sulla stessa scia si pone anche chi acutamente rileva che “le particolari ragioni di urgenza non possono mai attenere al pericolo che si perda la freschezza e la precisione del ricordo; questa è l’ordinaria conseguenza che si determina sempre per il trascorrere del tempo e non potrà mai essere definita come particolare ragione di urgenza”. Anche per chi scrive, il considerare l’urgenza che legittima il ricorso all’incidente probatorio in re ipsa, determina uno stravolgimento della natura eccezionale dell’istituto, in quanto, essendo l’urgenza insita nella natura stessa dell’atto, sarebbe sempre presente e non si capisce come potrebbe costituire, al contrario, un limite per la richiesta di incidente probatorio. Forse sarebbe stata preferibile un’altra formula, magari meno evanescente dell’attuale, anche se come è stato rilevato la scelta è stata dettata dal “solo scopo di mantenere ferma la centralità del dibattimento per l’acquisizione probatoria insieme alla riaffermazione dell’integrità della sua idoneità allo svolgimento di tale funzione”. Un cenno, in conclusione, va fatto ai rapporti tra la ricognizione e l’individuazione di persone o di cose prevista dall’art. 361 c.p.p. L’individuazione, nei suoi aspetti operativi, ricalca la ricognizione, differenziandosene solo per la funzione: la ricognizione costituisce piena prova; l’individuazione, ex littera legis, è finalizzata alla “immediata prosecuzione delle indagini” e quindi costituisce solo un atto delle indagini preliminari. Tra le due figure, comunque, si rileva “un’assonanza strutturale” che ha fatto discutere riguardo all’eventuale ripetibilità della ricognizione dopo che, nel corso delle indagini preliminari, è stata esperita l’individuazione. Il problema non è senza conseguenze pratiche in

quanto l'art. 213 c.p.p. stabilisce che il giudice deve chiedere al soggetto chiamato al riconoscimento se in precedenza abbia già compiuto tale atto, o se in precedenza abbia già visto, anche in fotografia, la persona da riconoscere, ovvero se questa le sia stata indicata o descritta. La ratio della disposizione è quella di preservare l'attendibilità del riconoscimento. Tali operazioni, infatti, se ripetute non sono più "psicologicamente autentiche", poiché nel corso dell'individuazione il teste ha avuto già modo di vedere la persona che successivamente dovrà riconoscere. Se fosse impossibile ripetere tali operazioni, a causa di eventi imprevedibili sopravvenuti, "quel riconoscimento nient'affatto garantito costituirebbe un precedente indelebile". Al riguardo si è rilevato che sarebbe stata preferibile una disciplina più precisa nel delimitare l'ambito di operatività dei due istituti in quanto il P.M. sarebbe arbitro nella scelta tra il procedere autonomamente all'atto di individuazione con il pericolo di pregiudicare la successiva ricognizione, ovvero ricorrere alle forme garantite dell'incidente probatorio per acquisire la prova. La corrente dottrina in esame, al fine di evitare "comportamenti strumentali" da parte del P.M., propone di intervenire sulla lett. g) dell'art. 392, comma 1 c.p.p. eliminando il presupposto delle particolari ragioni di urgenza. La formula utilizzata dall'art. 392, comma 1 lett. g) c.p.p., parlando genericamente di ricognizione, consente senza ombra di dubbio di estendere il dato normativo anche alla ricognizione di cose, suoni ed altre entità sensoriali. Pertanto, la richiesta di incidente probatorio potrà trovare piena giustificazione nella richiesta di scongiurare il pericolo di dispersione del ricordo del ricognitore, pericolo reso ancora più evidente dalla particolare natura di questo atto che comporta maggiori rischi di sovrapposizioni mnemoniche rispetto alla ricognizione di persona. Lo stesso discorso vale anche in relazione alle ricognizioni di cose: come i suoni e le voci anche le res dotate di attitudine probatoria appaiono meno riconoscibili delle persone; "peraltro, a parte questa difficoltà obiettiva, imputabile ai rispettivi principia *individuationis*, l'atto ricognitivo dipende dagli stessi meccanismi mentali": la richiesta di incidente probatorio potrà trovare fondamento nel periculum in mora insito nella natura dell'atto ricognitivo oltretutto nella necessità di evitare un possibile ed irreparabile deterioramento della cosa da riconoscere.

**i) La perizia art. 392 comma 2 o di lunga durata.** Il secondo ed ultimo comma dell'art. 392 c.p.p. contempla l'ipotesi della perizia di lunga durata, quella cioè che, se disposta in dibattimento potrebbe comportare una sospensione superiore a sessanta giorni ovvero che comporti l'esecuzione di accertamenti o prelievi su persona vivente previsti dall'art. 224 bis<sup>19</sup>. Rispetto all'altra ipotesi di perizia (quella prevista dalla lett. f) del comma 1), è stato rilevato come le condizioni per quest'ipotesi d'incidente fanno riferimento "ad una situazione di fatto"; quella considerata dal secondo comma dell'art. 392 c.p.p., al contrario, ha un rilievo "squisitamente processuale" in quanto tende a salvaguardare il principio della concentrazione del

---

<sup>19</sup> Il riferimento all'esecuzione di accertamenti o prelievi su persona vivente previsti dall'art. 224 bis è stato aggiunto dall'art. 28, della l. 30 giugno 2009, n. 85. ([www.boccardi.it](http://www.boccardi.it))

dibattimento, integrandosi un'ipotesi di non rinviabilità funzionale. In tale sede, infatti, se il giudice dispone una perizia e non è possibile che il perito esponga il suo parere nello stesso dibattimento, “il giudice pronuncia ordinanza con la quale, se è necessario, sospende il dibattimento e fissa la data della nuova udienza nel termine massimo di sessanta giorni” (art. 508 comma 1 c.p.p.). Il ricorso all'incidente probatorio si verificherà, pertanto, quando la perizia, particolarmente complessa, non sarebbe espletabile nei termini previsti dall'art. 508 c.p.p.: effettuandosi la perizia durante l'iter delle indagini preliminari, si eviterebbero troppe sospensioni del dibattimento, che richiede, per quanto possibile, una rapida definizione. La scelta del legislatore, tuttavia, non è andata esente da critiche essendosi evidenziati strumenti processuali in grado di evitare la sospensione dibattimentale per tempi lunghi. Il ricorso alla procedura incidentale, finalizzata all'assunzione della perizia, è reso agevole dalla previsione codicistica di un solo presupposto a cui la stessa è subordinata e cioè la sospensione del dibattimento per un periodo superiore a 60 giorni; ma, ad un'osservazione della prassi, si può rilevare come solo le perizie di minimo rilievo saranno realizzabili in un termine inferiore. Questo minor rigore, che indubbiamente caratterizza l'ipotesi in esame, deriva probabilmente dal peso che riveste il mezzo di prova peritale, le cui risultanze spesso sono indispensabili per formulare l'imputazione e capaci di indirizzare l'iter investigativo. Il termine di sessanta giorni previsto dal comma 2 dell'art. 392 c.p.p. è ritenuto da taluni “mero pretesto” che il diritto positivo sfrutta per favorire l'espletamento dell'incidente probatorio, “giacché nessun ordinamento accusatorio, se non a pena della contraddizione interna, può dare per presupposta una qualunque inidoneità del dibattimento, nemmeno sul piano temporale, ad essere il centro del processo”. Lo scrivente, pur condividendo appieno da un punto di vista teorico le critiche avanzate da tale autorevole voce, rileva come la scelta operata dal legislatore sia condivisibile perché risponde ad esigenze d'ordine pratico evitando, per usare una metafora, di rallentare ulteriormente una carovana che già procede lenta.

### **3) Le ipotesi previste dall'art.70 c.p.p. e dall'art.117 disp.att.**

Oltre le ipotesi previste dall'art. 392 c.p.p., nel codice di rito penale è possibile individuare altri casi riconducibili al paradigma della non rinviabilità al dibattimento. Una prima ipotesi è stata individuata nell'art. 70 comma 3 c.p.p. Si tratta dell'eventualità in cui occorra disporre perizia sulla capacità dell'imputato, essendovi ragione di ritenere che, per infermità mentale, questi non sia in grado di partecipare coscientemente al procedimento. In tal caso la perizia è ordinata dal giudice, su domanda della parte e si svolge con le forme previste per l'incidente probatorio. L'art. 70, come risulta dal tenore letterale della disposizione, prescrive che l'infermità è rilevante, ai fini del provvedimento sospensivo, quando determini una situazione tale da impedire la cosciente partecipazione dell'imputato al processo. Il concetto di capacità preso in esame dalla norma, pertanto, ha varie angolazioni che sono differenziate, ma che si intersecano fra di loro completandosi a vicenda: capacità intesa come idoneità a comprendere l'imputazione e capacità

intesa come idoneità a predisporre elementi di fatto e di diritto a suffragio della propria tesi difensiva. Se la necessità di provvedere emerge durante le indagini preliminari, la perizia è disposta dal giudice a richiesta di parte<sup>20</sup>. Nel caso in cui le parti, o una sola di esse, richiedano la perizia, questa è disposta dal giudice con le forme previste per l'incidente probatorio: qualora l'esito della perizia attesti l'incapacità dell'imputato, il giudice dispone con ordinanza che il procedimento sia sospeso (art. 71 comma 1 c.p.p.). L'ipotesi in esame è stata considerata riconducibile a quelle previste dall'art. 392 comma 1 c.p.p., sia perché consente un "accertamento necessario ai fini dell'applicazione della disposizione processuale contenuta nell'art. 71 e quindi, riconducibile all'oggetto della prova individuata dall'art. 187 comma 2 c.p.p.", sia perché permette di acquisire una prova non rinviabile al dibattimento, essendo appunto "indifferibile la decisione circa la necessità di sospendere il dibattimento". La ratio che ha mosso il legislatore nel disciplinare le conseguenze che un accertamento peritale sullo stato di mente dell'indagato può avere sul progredire delle indagini è stata principalmente quella di scoraggiare strumentalizzazioni nell'uso dell'istituto de quo, essendo, altresì, previsto che restino sospesi i termini per l'espletamento delle indagini preliminari e che, in secondo luogo, l'attività del P.M. venga ridotta al compimento dei soli atti che non richiedono la partecipazione cosciente dell'imputato. Quando vi è pericolo di dispersione della prova a causa del ritardo, è dato procedere ai sensi dell'art. 392 c.p.p. (art. 70, 3 comma c.p.p.). Un'ulteriore ipotesi di incidente probatorio è stata riconosciuta nell'art. 117 disp. att. c.p.p., secondo cui "le disposizioni previste dall'art. 360 del codice si applicano anche nei casi in cui l'accertamento tecnico determina modificazioni di cose, dei luoghi o delle persone tali da rendere l'atto non ripetibile". L'art. 360, comma 3 c.p.p., consente, infatti, alla persona sottoposta alle indagini di formulare riserva di promuovere incidente probatorio prima che il P.M. conferisca ai propri consulenti tecnici l'incarico di compiere accertamenti tecnici riguardanti persone, cose e luoghi il cui stato è soggetto a modificazione, accertamenti che potrebbero formare oggetto di perizia da assumere con il meccanismo dell'incidente probatorio ex art. 392 comma 1 lett. f) c.p.p. Come è stato rilevato dalla dottrina unanime, l'ipotesi dell'irripetibilità provocata dall'accertamento, prevista dall'art. 117 disp. att. c.p.p., non rientrerebbe tra quelle che consentono di richiedere la perizia con incidente probatorio, perché non è riconducibile all'ipotesi prevista dall'art. 392 comma 1 c.p.p., né a quella prevista dall'art. 392 comma 2. Tuttavia, grazie al globale richiamo all'art. 360 c.p.p., la persona sottoposta alle indagini potrà formulare riserva di promuovere incidente probatorio pure nella diversa situazione ipotizzata dall'art. 117 disp. att. c.p.p., aggiungendo così a quelli previsti dall'art. 392 e 70 c.p.p. un ulteriore caso di incidente probatorio.

---

<sup>20</sup> *Ma cosa potrebbe accadere se né il P.M. e né il difensore facciano richiesta di accertamento peritale? Sicuramente le indagini andranno avanti per il loro corso. In tale ipotesi, pertanto, l'unica possibilità perché venga espletato un accertamento sullo stato di mente dell'imputato, sarà offerta dall'udienza preliminare, dove il giudice avvalendosi dei poteri d'ufficio conferitigli dal comma 1 dell'art. 70 c.p.p., potrà disporre la perizia. (Incidente Probatorio – A.Bassi e C.Parodi – Giuffrè Editore 2011).*

## CAPITOLO 4

### **LA PROCEDURA DI INCIDENTE PROBATORIO.**

**SOMMARIO.** 1) Il giudice competente; Principio della concentrazione; 2) I soggetti legittimati P.M. e la persona sottoposta alle indagini; 3) La persona offesa dal reato; 4) Il contenuto della richiesta; 5) I termini per la presentazione: i casi di proroga; 6) La notificazione della richiesta; 7) Le deduzioni; 8) La procedura del differimento; 9) I provvedimenti del giudice sulla richiesta di incidente probatorio;

#### **1) Il giudice competente. Principio della concentrazione.**

Preliminarmente occorre domandarsi a quale giudice spetti di decidere in merito alla domanda d'incidente probatorio ed alle altre istanze ad essa collegate. Si tratta del giudice per le indagini preliminari, lo stesso a cui il codice di procedura penale, nell'art. 328 comma 1, affida il compito di provvedere, nei casi previsti dalla legge, su tutte le richieste del P.M., delle parti private e della persona offesa, presentate nella fase delle indagini preliminari<sup>1</sup>. Si tratta di un organo monocratico avente la stessa competenza, per materia e territorio, del giudice dibattimentale presso cui esercita le funzioni. Poiché il ricorso all'incidente probatorio appare caratterizzato in termini d'eccezionalità, correlata alla necessità di consentire l'anticipata formazione della prova nei soli casi in cui questa non appaia rinviabile al dibattimento, il giudice per le indagini preliminari svolge qui, fondamentalmente, funzioni di garanzia della legalità e del contraddittorio, con specifico riguardo ai due parametri ora segnalati. Pertanto, egli dovrà assicurare anzitutto che l'istituto non debordi dall'ambito dei fini che la legge processuale gli assegna, mediante le proprie valutazioni ed i consequenziali provvedimenti. È invece da escludere che il giudice per le indagini preliminari possa assumere le funzioni di carattere investigativo, che la legge riserva al P.M. negli artt. 326<sup>2</sup> e 327 c.p.p.<sup>3</sup>, rievocando così l'immagine del giudice istruttore. Il giudice provvede in via incidentale solo su richiesta di parte, in armonia col principio fissato dall'art. 190 comma 1 c.p.p., in tema di diritto alla prova; sono le parti che segnano i limiti oggettivi e soggettivi dell'incidente: il che vale ad escludere che il giudice abbia poteri propulsivi in funzione di ricerca della prova che caratterizzano l'agire del giudice istruttore. Il giudice provvede in via incidentale solo su richiesta di parte, in armonia col principio fissato dall'art. 190 comma 1

---

<sup>1</sup> Trattasi di un magistrato del tribunale nel cui circondario è stato commesso il reato, sia nei casi in cui è competente il tribunale sia qualora invece la competenza spetti per materia alla corte d'assise. ([www.brocardi.it](http://www.brocardi.it)).

<sup>2</sup> Art. 326 c.p.p. recita quanto segue "Il pubblico ministero e la polizia giudiziaria svolgono, nell'ambito delle rispettive attribuzioni, le indagini necessarie per le determinazioni inerenti all'esercizio dell'azione penale"

<sup>3</sup> Art. 326 c.p.p. recita quanto segue "Il pubblico ministero dirige le indagini e dispone direttamente della polizia giudiziaria) che, anche dopo la comunicazione della notizia di reato, continua a svolgere attività di propria iniziativa secondo le modalità indicate nei successivi articoli.

c.p.p., in tema di diritto alla prova; sono le parti che segnano i limiti oggettivi e soggettivi dell'incidente: il che vale ad escludere che il giudice abbia poteri propulsivi in funzione di ricerca della prova che caratterizzano l'agire del giudice istruttore. La direttiva contenuta nell'art. 2 numero 40 della legge delega prevedeva, fra l'altro, la "concentrazione, ove possibile, in capo allo stesso giudice, di tutti gli incidenti probatori e di tutti i provvedimenti relativi allo stesso procedimento" allo scopo di consentire al giudice un "recupero" di conoscenza dell'indagine che l'incidentalità dei suoi interventi avrebbe reso impossibile se non fosse stata temperata dalla loro concentrazione in capo allo stesso iudex- persona fisica. Il principio della concentrazione, nel senso ora indicato, non ha peraltro trovato esplicita attuazione nelle disposizioni del codice, essendo prevalsa l'interpretazione della locuzione "stesso giudice" come riferita al giudice – organo; e ciò, ancora una volta, per evitare di porre le premesse di una possibile rievocazione della fase istruttoria.

## **2) I soggetti legittimati P.M. e la persona sottoposta alle indagini.**

Legittimati a proporre la richiesta d'incidente probatorio sono, ex art. 392 c.p.p., il P.M. e la persona sottoposta alle indagini, essendo escluso qualsiasi potere ex officio del giudice per le indagini preliminari in ossequio alla previsione dell'art. 190 c.p.p.<sup>4</sup>. Sul tema dei soggetti legittimati, autorevole dottrina ha osservato che, in forza del combinato disposto dell'art. 61 comma 1 c.p.p. e dell'art. 99 comma 1 c.p.p., deve ritenersi abilitato a richiedere la procedura incidentale anche il difensore della persona sottoposta alle indagini, aggiungendo che "in quanto espressione del potere dispositivo delle parti in ordine alla prova, la richiesta è da considerare revocabile sino a che su di essa il giudice non si sia pronunciato". La scelta compiuta dal legislatore circa i soggetti legittimati alla procedura in esame è in armonia con la fase del procedimento nel quale s'inserisce l'incidente probatorio, fase che vede, di norma, come unici soggetti processuali il P.M. e la persona sottoposta alle indagini. Per completezza bisogna sottolineare che, riguardo alla legittimazione della persona sottoposta alle indagini, la direttiva 40 della legge delega restringeva l'accesso alla procedura incidentale al solo imputato, lasciando pertanto di fatto lo stesso P.M. unico soggetto legittimato alla richiesta di incidente probatorio durante le indagini preliminari. La lectio codicistica, invece, facendo leva sul disposto dell'art. 2 n. 36 della legge delega, che prevedeva che alla persona sottoposta alle indagini o nei cui confronti vengono compiuti atti suscettibili di utilizzazione probatoria nell'udienza preliminare siano estese le stesse garanzie previste per l'imputato, riequilibra le posizioni dei soggetti antagonisti, consentendo anche alla persona sottoposta alle indagini di accedere all'istituto de quo. All'imputato l'estensione del diritto di chiedere l'incidente probatorio, pur non essendo previsto nel novero dei soggetti legittimati, deriva dalla sentenza del 10 marzo n. 77 del 1994 della Corte

---

<sup>4</sup> dovrebbe ammettersi, sebbene in via del tutto eccezionale, l'iniziativa d'ufficio del giudice almeno in tema di testimonianza indiretta (art. 195, comma 2 c.p.p.), nel caso cioè di un teste che si riferisca ad altre persone per la memoria dei fatti e le parti chiedano l'audizione in forma diretta. (Incidente Probatorio – A.Bassi e C.Parodi – Giuffrè Editore 2011).

Costituzionale che ha esteso la procedura incidentale alla fase dell'udienza preliminare; infatti la richiesta di incidente probatorio avanzata in questa fase presuppone che sia già avvenuto l'esercizio dell'azione penale e che, pertanto, la persona coinvolta nella vicenda giudiziaria abbia già acquisito la qualifica di imputato. Riguardo all'eventuale legittimazione del "presunto indagato", cioè della persona non ancora sottoposta alle indagini che voglia cautelarsi in vista di una simile eventualità, si è efficacemente sottolineato che lo stesso non può entrare nel novero dei legittimati, in quanto l'art. 392 comma 1 c.p.p. parla di persona sottoposta alle indagini ed è tale solo chi è iscritto nel relativo registro. Questione controversa in dottrina è quella relativa alla possibilità per il P.M. di richiedere l'incidente probatorio in un procedimento a carico di ignoti. Secondo una corrente minoritaria non solo la procedura incidentale sarebbe ammissibile ma dovrebbe pure essere nominato un difensore all'indagato. Per la dottrina maggioritaria<sup>5</sup> la possibilità dell'incidente andrebbe invece esclusa per l'impossibilità di realizzare il contraddittorio che l'istituto richiede. La questione, tuttavia, non è di facile soluzione non essendovi elementi decisivi pro e contro<sup>6</sup>. Per completare il discorso sull'iniziativa del P.M., la dottrina più attenta<sup>8</sup> ha rilevato come sia teoricamente ammissibile un'attività del medesimo rivolta all'acquisizione di una prova a discarico della persona sottoposta alle indagini.

### **3) La persona offesa dal reato.**

La persona offesa, quale titolare del bene giuridico tutelato dal precetto penale, non figura tra i soggetti legittimati a chiedere che si proceda con incidente probatorio, neppure tramite il proprio difensore. Alla persona offesa dal reato è riconosciuto, art. 394 c.p.p., soltanto uno "ius postulandi", ossia il potere di sollecitare il pubblico ministero affinché questi presenti domanda di incidente probatorio. Il conferimento di tale posizione attiva si pone come concreta manifestazione del principio generale, fissato all'art. 90 comma 1 c.p.p., secondo cui la persona offesa, oltre ad esercitare i diritti e le facoltà ad essa espressamente riconosciuti dalla legge, in ogni stato e grado del processo può presentare memorie e con esclusione del giudizio di cassazione, indicare elementi di prova e ai sensi dell'art. 100 c.p.p. anche nominare un difensore per l'esercizio delle facoltà e dei diritti ad essa attribuiti. Questo specifico ius instandi non sembra possa

---

<sup>5</sup> *l'impossibilità della procedura partendo dal dato normativo: infatti, l'art. 393, comma 1 lett. b) e comma 2 c.p.p. stabilisce che il P.M. deve indicare, nella richiesta, anche i difensori delle persone nei confronti delle quali si procede per i fatti oggetto della prova, nonché la persona offesa ed il suo difensore. Tale norma esclude in maniera radicale che, in mancanza dell'indicazione dei già menzionati elementi, possa esperirsi la procedura dell'incidente probatorio. Né la successiva identificazione del soggetto al quale ascrivere il fatto-reato sembra permettere l'utilizzazione di una prova assunta in assenza del difensore stante la regola d'esclusione probatoria fissata nell'art. 403 comma 1 e 1-bis c.p.p. (Incidente Probatorio – A.Bassi e C.Parodi – Giuffrè Editore 2011) che recita quanto segue "Nel dibattimento le prove assunte con l'incidente probatorio sono utilizzabili soltanto nei confronti degli imputati i cui difensori hanno partecipato alla loro assunzione. Le prove di cui al comma 1 non sono utilizzabili nei confronti dell'imputato raggiunto solo successivamente all'incidente probatorio da indizi di colpevolezza se il difensore non ha partecipato alla loro assunzione, salvo che i suddetti indizi siano emersi dopo che la ripetizione dell'atto sia divenuta impossibile.*

<sup>6</sup> *Va ricordato che in giurisprudenza v'era stata un'apertura a favore della possibilità che si svolgesse incidente probatorio anche in un procedimento contro ignoti (Gip Trib. Milano, ord. 25 febbraio 1991, X, in Cass. pen., 1991, II, p.461).*

trovare applicazione in sede d'udienza preliminare, in quanto in questa fase sussiste il diritto del difensore della persona offesa di assistere all'incidente probatorio quando si deve esaminare un teste o un'altra persona secondo l'art. 401 comma 3 c.p.p. La ratio della previsione dell'art. 394 c.p.p. si ricollega alla natura dell'interesse del quale è portatrice la persona offesa che richiede che le venga attribuito un potere di adesione, di stimolo e di controllo. Stando al rinvio contenuto all'art. 91 c.p.p., la stessa facoltà va riconosciuta anche all'ente o associazione rappresentativo d'interessi lesi dal reato, una volta che questo sia intervenuto nel procedimento alle condizioni previste dalla legge. Il diritto della persona offesa di chiedere al P.M. l'attuazione dell'incidente probatorio costituisce atto che produce obblighi precisi a carico dell'organo dell'accusa: se, infatti, il P.M. ritiene di non aderire all'istanza della persona offesa, in base all'art. 394, comma 2 c.p.p. deve emettere decreto che espliciti le ragioni del rifiuto che va notificato alla persona offesa. A questo punto la persona offesa dal reato non può proporre impugnazione, ma solo esercitare una funzione di controllo sull'attività del P.M. durante le indagini preliminari, anche se può reiterare l'istanza prospettando ulteriori elementi rispetto a quelli che sostenevano la prima richiesta. Resta, in ogni caso, insindacabile il potere del P.M. nei confronti dell'accoglimento o del rigetto dell'istanza. Un'ultima notazione va fatta con riguardo alla posizione del danneggiato dal reato che non sia anche persona offesa: a questi non è data neppure la possibilità di avvalersi della facoltà attribuita alla persona offesa dall'art. 394 c.p.p.: ciò si desume dal disposto dell'art. 79, comma 1 c.p.p., che consente la costituzione di parte civile solo a partire dall'udienza preliminare; prima, infatti, non essendo ancora iniziata l'azione penale e quindi non essendovi ancora tecnicamente un imputato, non risulta possibile la costituzione di parte civile. In termini pratici, mentre la persona offesa dal reato può fin dall'inizio intervenire ed agire nel processo penale sia pure nei termini previsti dall'art. 394 c.p.p., il semplice danneggiato dal reato non ha analoga facoltà ed è costretto ad aspettare la conclusione delle indagini preliminari per poter intervenire nel processo penale, ma a quel punto potrebbe trovarsi in una situazione processuale già compromessa.

#### **4) Il contenuto della richiesta.**

I requisiti di contenuto della richiesta d'incidente probatorio sono indicati, a pena d'inammissibilità nell'art. 393 comma 1 dalle lett. a) b) e c) c.p.p. La loro precisa elencazione risponde ad una finalità ben evidente, cioè quella di consentire al giudice il puntuale esercizio della funzione di garante della legalità, sotto forma di verifica della conformità della fattispecie concreta, palesata nella richiesta, a quelle astrattamente previste dall'art. 392 commi 1 e 2 c.p.p. A tale finalità adempiono in particolare le indicazioni relative alla "prova da assumere" (lettera a), ossia al mezzo di prova che forma oggetto dell'incidente e che deve essere uno di quelli indicati nell'art. 392 c.p.p. e alle "circostanze che rendono la prova non rinviabile al dibattimento" (lettera c), mentre l'enunciazione dei fatti che costituiscono l'oggetto della prova e della sua rilevanza per la decisione dibattimentale (lettera a) è espressione del principio generale, fissato dall'art.190 comma 1 c.p.p.

in tema di diritto alla prova secondo cui il giudice esclude le prove richieste dalle parti che manifestamente sono superflue o irrilevanti<sup>7</sup>. L'istanza deve, inoltre, indicare le persone nei confronti delle quali si procede per le circostanze oggetto della prova (lettera b) e, qualora il richiedente sia il pubblico ministero, i nominativi dei difensori delle persone indagate, della persona offesa e del suo difensore ai sensi dell'art. 393 comma c.p.p. Si deve inoltre notare che la stessa lett. b) fa riferimento non a tutti i soggetti coinvolti nell'indagine in corso, ma solo a quelli direttamente interessati dai fatti oggetto della prova al fine di evitare il pericolo che si possano instaurare dei "macroincidenti". Poiché la richiesta proveniente dal P.M. deve indicare, a pena d'inammissibilità, anche i difensori della persona sottoposta alle indagini, se ne deduce, anche se nel silenzio della legge, che lo stesso P.M. debba eventualmente provvedere a nominare il difensore d'ufficio ex art. 97 c.p.p. per l'indagato che ne sia privo. A seguito dei recenti interventi legislativi che hanno liberalizzato l'accesso all'incidente probatorio, la disciplina del contenuto della richiesta ha assunto connotazioni particolari in relazione alla testimonianza del minorenne relativamente ai procedimenti per i reati di violenza sessuale e di pedofilia e all'esame del coindagato e dell'imputato in procedimenti connessi o collegati probatoriamente di cui alle lett. c) e d) dell'art. 392 c.p.p. In questi casi secondo l'indirizzo maggioritario, a differenza di quanto avviene nelle altre ipotesi di incidente, non sarà necessario, ai fini dell'ammissibilità della richiesta, indicare le circostanze che rendono l'atto non rinviabile ex art. 393 comma 1 lett. c) essendo sufficiente fare riferimento alla tipologia dei reati ed all'età del testimone (qualora si proceda per i reati indicati al comma 1 bis dell'art. 392 c.p.p.) ovvero alla qualifica soggettiva ed al contenuto dell'esame nei casi previsti dalle lett. c) e d) dell'art. 392 c.p.p. In tali casi la richiesta di incidente, al di là del giudizio sulla rilevanza della prova, dovrà essere accolta senza alcuna valutazione di opportunità nel merito. La richiesta d'incidente probatorio, come evidenziato più volte, è espressione del principio dispositivo della prova, dal che consegue che la parte richiedente possa operare una revoca. Ciò sarà possibile, naturalmente, solo fin quando il giudice non si sia pronunciato sulla sua ammissibilità, dopo di che la richiesta non sarà più revocabile, essendo venuto meno il potere di disporre della prova, sul quale prevale l'esigenza di accertamento dei fatti. La richiesta d'incidente probatorio è depositata nella cancelleria del G.I.P. con le cose ed i documenti che la corredano. L'art. 393 comma 2-bis c.p.p. prescrive che quando si proceda all'assunzione della testimonianza del minorenne, in relazione ai procedimenti per i reati di cui al comma 1-bis dell'art. 392 c.p.p., il P.M. deposita tutti gli atti di indagine compiuti fino a quel momento. Si tratta di una *discovery* completa che si attua solo pro iudice, ma che apre problematiche di non pacifica soluzione. Infatti, in dottrina si dibatte se il regime della *discovery* totale di cui all'art. 393 comma 2 bis

---

<sup>7</sup> Il primo presupposto della richiesta delimita i confini della futura attività, perché deve essere enunciata la prova da assumere, il *thema probandum* (e cioè i fatti che ne costituiscono l'oggetto) e la rilevanza per la decisione dibattimentale, proprio perché è in quella prospettiva che si giustifica l'anticipazione della prova. D'altra parte, è anche vero che la rilevanza viene ad essere strettamente raccordata al tema stesso dell'indagine, che, per definizione, è fluido sino al momento terminativo: sicché, più di una rilevanza in termini assoluti, è forse più pertinente il richiamo di una rilevanza *rebus sic stantibus*, nel senso che il giudice sarà chiamato a valutare la coerenza del prospettato *thema probandum* rispetto al progetto di processo che in quel momento può essere formulato. (Giovanni Conso – Vittorio Grevi – Marta Bargis -Compendio di procedura penale – Cedam 2018).

debba trovare applicazione anche quando la richiesta provenga dall'indagato, basandosi sul silenzio della normativa oppure, come sostenuto dalla tesi dominante solo quando l'istanza provenga dal P.M; lo si desumerebbe dall'art. 393 c.p.p. che prevede che il P.M. "deposita tutti gli atti delle indagini compiuti", scomparendo ogni riferimento, fatto dal comma 1-bis dell'art. 392 c.p.p., all'altro soggetto titolare dell'iniziativa alla procedura incidentale (rectius: la persona sottoposta alle indagini). Da questa considerazione sembrerebbe arguirsi che la totale *discovery* avviene solo in seguito all'iniziativa del P.M. che decide di avvalersi della procedura incidentale, anche se per lui comporta un notevole costo: il costo rappresentato dalla necessità di scoprire le proprie carte che sicuramente non costituisce un'incentivazione al ricorso alla procedura incidentale.

### **5) I termini per la presentazione: i casi di proroga.**

Il codice pone dei limiti temporali ben precisi entro i quali la domanda di incidente probatorio può essere proposta; la richiesta deve essere come recita l'art 393 comma 1 c.p.p. "presentata entro i termini per la conclusione delle indagini preliminari e comunque in tempo sufficiente per l'assunzione della prova prima della scadenza dei medesimi termini". Dal tenore della norma in esame si deduce che il termine al quale ci si riferisce è quello relativo ai primi sei mesi di durata delle indagini preliminari oppure ai singoli periodi di proroga, che potranno giungere ad un massimo di diciotto mesi o due anni. I soggetti legittimati alla richiesta possono, tuttavia, chiedere proroga delle indagini ed il giudice, eventualmente, la concede "per il tempo indispensabile all'assunzione della prova", ma a condizione che risulti che la richiesta d'incidente probatorio non poteva essere formulata prima ex art. 393, comma 4 c.p.p. Fin qui nulla quaestio. La questione si è complicata dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 77 del 10 marzo 1994, che ha dichiarato costituzionalmente illegittimi, per violazione degli artt. 3 e 24 della Cost., gli artt. 392 e 393 c.p.p. nella parte in cui non prevedevano la possibilità di ricorso all'incidente probatorio anche nell'ambito dell'udienza preliminare<sup>8</sup>. L'interrogativo che si è posta la dottrina, all'indomani della sentenza de qua, è se sia ancora possibile e necessario distinguere due fasi temporali, ciascuna con proprie regole, entro cui è consentito effettuare la richiesta di prova incidentale (cioè indagini preliminari e udienza preliminare), oppure se si sia

---

<sup>8</sup> *Nelle fattispecie presentate alla Corte, l'imputato si era trovato nell'udienza preliminare per la prima volta in grado di richiedere incidente probatorio, in quanto era venuto a conoscenza della esistenza del procedimento a suo carico soltanto dopo la conclusione delle indagini. A tal proposito i giudici di merito avevano rilevato che la preclusione dell'esperibilità dell'incidente probatorio nella fase dell'udienza preliminare finiva per pregiudicare la posizione dell'imputato, con conseguente lesione dell'art. 24 Cost. Affrontando la questione la Corte ha operato un significativo mutamento d'indagine; infatti, ha rilevato che il sorgere, nella fase dell'udienza preliminare, dell'esigenza di acquisire l'elemento non rinviabile darebbe luogo ad un ingiustificato sacrificio del diritto alla prova, stante l'impossibilità di procedere con incidente probatorio in tal sede. Ciò appare peraltro contraddittorio "con la continuità che il legislatore ha assicurato all'attività di indagine prevedendo che essa possa proseguire anche dopo la richiesta di rinvio a giudizio (art. 419 comma 3) e dopo il decreto che dispone il giudizio (art. 430), ben potendo darsi che per taluno degli elementi in tal modo acquisiti insorgano le situazioni di non differibilità della prova previste all'art. 392". La non attivabilità, in fase di udienza preliminare, della procedura anticipata di assunzione della prova non rinviabile "si rileva, pertanto, priva di ogni ragionevole giustificazione e lesiva del diritto delle parti alla prova e, quindi, dei diritti di azione e difesa": donde la declaratoria di illegittimità costituzionale. (www.cortecostituzionale.it)*

aperta la possibilità di ricorso all'incidente probatorio ad libitum fino all'udienza preliminare compresa, "in un continuum di possibilità di richiesta oltre il termine delle indagini preliminari". In dottrina sono state avanzate varie teorie e la questione è tutt'altro che pacifica. A giudizio di chi scrive rimane difficile ipotizzare che il P.M., dominus della fase delle indagini preliminari, richieda l'incidente probatorio nell'udienza preliminare in quanto lo stesso ha avuto modo di valutare nel corso dell'attività investigativa la non rinviabilità al dibattimento di un certo materiale probatorio. Se poi, l'atto è divenuto irripetibile per fatti o circostanze imprevedibili, esso entrerà, in forza dell'art. 431 c.p.p., nel fascicolo del dibattimento e se ne potrà dare lettura ai sensi dell'art. 512 c.p.p. A questa impostazione si può eccepire che, talvolta, la prova da assumere con la procedura incidentale nell'udienza preliminare possa rivestire un ruolo decisivo per il rinvio a giudizio oppure per dimostrare l'innocenza dell'indagato. Nel primo caso se il materiale probatorio raccolto durante la fase delle indagini preliminari non è sufficiente a sostenere l'accusa in giudizio, c'è solo una strada da percorrere: la richiesta di archiviazione ai sensi dell'art. 408 c.p.p. e 125 disp. att.; nel secondo caso soccorre l'art. 422 c.p.p. secondo il quale "il giudice può disporre, anche d'ufficio, l'assunzione delle prove delle quali appare evidente la decisività ai fini della sentenza di non luogo a procedere". La regola fondamentale è quella secondo cui la richiesta va presentata entro i limiti temporali delle indagini preliminari, anche se è prevista la possibilità che il giudice, su richiesta di parte e con decreto motivato, conceda una proroga per il tempo strettamente necessario a concludere la procedura incidentale. Per questa proroga sarà sufficiente accertare l'obiettività delle difficoltà di conclusione dell'incidente probatorio e dimostrare che la richiesta di assunzione anticipata della prova non avrebbe potuto essere formulata anteriormente, gravando sul richiedente l'onere di fornire al giudice la prova della tempestività della propria domanda. Il controllo effettuato dal giudice è finalizzato ad evitare che l'incidente probatorio possa essere strumentalizzato per ritardare, artificialmente, la chiusura delle indagini preliminari. L'art. 393 c.p.p. prende in considerazione solo l'ipotesi di concessione della proroga mentre tace sull'eventualità per cui il G.I.P. non acceda alla richiesta di incidente presentata fuori termine. La soluzione va ricercata, in via di analogia, nella stessa disciplina prevista per la proroga delle indagini preliminari per cui il G.I.P. che non intende procedere alla proroga del termine tenuto a convocare, ai sensi dell'art. 406 c.p.p., le parti in camera di consiglio per la decisione.

#### **6) La notificazione della richiesta.**

L'art. 395 c.p.p. pone a carico del richiedente diversi adempimenti: egli deve depositare nella cancelleria del giudice la domanda di incidente probatorio unitamente ad eventuali cose o documenti e deve provvedere a farla notificare, secondo i casi, al pubblico ministero e alle persone indicate nell'istanza come quelle nei cui confronti si procede per i fatti oggetto della prova; successivamente deve depositare in cancelleria la prova della notificazione. L'esclusione da parte della norma appena citata dal novero dei destinatari del difensore

dell'indagato e della persona offesa ha suscitato forti critiche<sup>9</sup>. La dottrina in ogni caso proponeva di leggere l'art. 395 c.p.p. nel senso che la richiesta dovesse essere notificata anche al difensore, in forza del combinato disposto degli artt. 61 e 99 c.p.p. Sulla questione è stata chiamata ad intervenire la Corte costituzionale: i giudici di merito avevano denunciato l'illegittimità costituzionale dell'art. 395 c.p.p. con riferimento agli artt. 3 e 24 Cost., ravvisando nella norma una lesione del principio di parità tra accusa e difesa nella parte in cui non prevedeva che la richiesta di incidente probatorio fosse notificata anche al difensore della persona sottoposta alle indagini. La Corte con sentenza interpretativa di rigetto ha dichiarato infondata la questione ritenendo superabili i dubbi di legittimità in forza di una diversa lettura dell'art. 395 c.p.p., basata sul coordinamento di quest'articolo con i principi sanciti negli artt. 61 e 99 c.p.p. che prevedono l'estensione alla persona sottoposta alle indagini dei diritti e delle garanzie dell'imputato e l'estensione al difensore delle facoltà e dei diritti che la legge riconosce all'imputato salvo che siano riservati personalmente a quest'ultimo. La Corte osserva che "la notificazione della richiesta di incidente probatorio risulta finalizzata a consentire alle parti l'esercizio delle facoltà attribuite loro dall'art. 396 c.p.p., le quali rappresentano delle attività che sottendono un adeguato esercizio della difesa tecnica". La Consulta, pertanto, ha disegnato il difensore dell'indagato come soggetto processualmente attivo "dotato di un autonomo potere di presentare deduzioni ex art. 396 c.p.p.". Egli di conseguenza avrebbe diritto alla notificazione della richiesta in funzione dell'esercizio del potere di formulare sulla richiesta di incidente le deduzioni di cui all'art. 396 c.p.p. Proprio per il fatto che i congegni dell'incidente probatorio operano per ovvie ragioni di necessaria speditezza in tempi strettissimi, non si può ammettere che il legislatore abbia voluto addossare alla persona sottoposta alle indagini l'onere di informare il difensore entro quello stesso lasso di tempo disponibile per le attività difensive in questione. Altra questione spigolosa è quella relativa alla notifica al soggetto offeso dal reato. Secondo l'orientamento consolidato in dottrina, dalla sfera dei destinatari della notifica dovrebbe escludersi la persona offesa in quanto il soggetto de quo non sarebbe legittimato a partecipare al contraddittorio scritto, sebbene legittimato a partecipare all'incidente<sup>10</sup>. In base all'art. 395 la parte interessata deve depositare nella cancelleria del giudice, tra le altre cose, la prova della notifica della richiesta dell'incidente probatorio. Al riguardo ci si è chiesti se in caso di incidente promosso dal P.M. nei confronti di indagato irreperibile o latitante o evaso, sia sufficiente la prova della notifica ex artt. 159 o 165 c.p.p. oppure se sia necessaria la prova dell'esistenza delle condizioni che hanno dato luogo a queste situazioni. Per una parte della dottrina in questi casi il P.M. oltre a depositare la prova della notifica deve

---

<sup>9</sup> Si osservava che la persona sottoposta alle indagini non è, di norma, in grado di comprendere autonomamente la complessità del processo e per questo necessità dell'assistenza di un difensore. L'omessa notifica al difensore priverebbe l'indagato del necessario supporto tecnico giuridico indispensabile per presentare le deduzioni previste dall'art. 396 c.p.p. (Incidente Probatorio – A. Bassi e C. Parodi – Giuffrè Editore 2011).

<sup>10</sup> La soluzione troverebbe ulteriore conferma nella lettera dell'art. 398 comma 3 che elenca tra i destinatari dell'ordinanza ammissiva dell'incidente probatorio anche la persona offesa dal reato. (Incidente Probatorio – A. Bassi e C. Parodi – Giuffrè Editore 2011).

pure dare contezza delle condizioni che hanno dato origine alla situazione<sup>43</sup>. Per altro indirizzo sarebbe sufficiente la prova della notifica potendo la dimostrazione avvenire anche in un secondo momento nel caso di eccezioni del difensore. In riferimento alle conseguenze della mancata notifica, nonostante il silenzio della legge sul punto, la dottrina maggioritaria ritiene siffatto adempimento *conditio sine qua non* per l'ammissibilità della richiesta in quanto indispensabile per l'operatività del contraddittorio, dando luogo la sua violazione ad una nullità generale ex art. 178 comma 1 lett. c).

### **7) Le deduzioni.**

Successivamente alla notificazione della richiesta di incidente probatorio, si apre la fase del cosiddetto "contraddittorio cartolare". Ne sono i protagonisti il P.M. e la persona sottoposta alle indagini, a cui va aggiunto anche il difensore della persona sottoposta alle indagini, in forza del combinato disposto degli artt. 61 e 99 c.p.p., i quali ex art. 396 c.p.p. possono presentare deduzioni e depositare cose e documenti. Con le deduzioni si cristallizza il delicato momento che definisce "cosa" si intende provare con quel mezzo e nei confronti di chi si vuole, *ex ante*, utilizzare i risultati del mezzo stesso. Il comma 1 dell'art. 396 c.p.p. recita, infatti, che "entro due giorni dalla notificazione della richiesta, il pubblico ministero ovvero la persona sottoposta alle indagini può presentare deduzioni sull'ammissibilità e sulla fondatezza della richiesta, depositare cose, produrre documenti nonché indicare altri fatti che debbano costituire oggetto della prova e altre persone interessate a norma dell'articolo 393 comma 1 lettera b)". È stato affermato che nel termine di cui all'art. 396, nulla impedirebbe anche al soggetto che ha richiesto l'incidente probatorio, di presentare ulteriori note scritte con le quali completare la domanda iniziale o rispondere alle obiezioni mossegli dalle altre parti. Tali nuove memorie non avrebbero, però, effetto sanante dell'eventuale "originaria mancanza di una o più delle indicazioni richieste dall'art. 393 c.p.p. a pena d'inammissibilità". I tempi strettissimi di due giorni rispondono all'esigenza di evitare un lungo contraddittorio cartolare con deduzioni e controdeduzioni che svilirebbero la natura pre-acquisitiva dell'istituto. Tuttavia in dottrina si ritiene tale termine non previsto a pena di decadenza aprendo così la strada alla possibilità di presentazione di deduzioni tardive. Questo lasso di tempo può essere ulteriormente ridotto nella misura necessaria dal giudice con decreto motivato ex art. 400 c.p.p. quando per assumere la prova sia indispensabile procedere con particolare urgenza. Il secondo comma dell'art. 396 c.p.p., allo scopo di snellire la procedura, prevede che copia delle deduzioni presentate dalla persona sottoposta alle indagini venga consegnata alla segreteria del pubblico ministero, mentre tale persona potrà prendere visione ed estrarre copia delle deduzioni presentate o dal pubblico ministero o da altri soggetti sottoposti alle indagini. Il P.M. infine comunica senza ritardo al giudice le indicazioni necessarie per gli avvisi.

## 8) La procedura del differimento.

L'art. 397 c.p.p. prevede che il pubblico ministero possa richiedere al giudice, nel caso in cui questi accolga la domanda di incidente probatorio avanzata dalla persona sottoposta alle indagini, di disporre congiuntamente il temporaneo differimento dell'assunzione anticipata della prova in quanto la sua esecuzione pregiudicherebbe uno o più atti dell'indagine preliminare. La ratio della norma è quella di evitare un uso strumentale dell'istituto da parte dell'indagato finalizzato a rallentare le indagini o a violarne la segretezza. Il differimento sembrerebbe a prima vista uno strumento di segno contrario alla finalità dell'incidente probatorio che, come è noto, è volto ad assicurare la non dispersione delle prove non procrastinabili al dibattimento<sup>56</sup>. Al riguardo è stato rilevato come “il rimedio a favore dell'accusa non opera automaticamente” essendo la richiesta vagliata dal giudice per le indagini preliminari, ciò da un organo capace di contemperare le esigenze attinenti alle indagini con quelle relative al salvataggio del dato probatorio. Il differimento si articola essenzialmente in due momenti: la richiesta del pubblico ministero, motivata con riferimento al pregiudizio che la richiesta dell'incidente ex adverso comporterebbe per “uno o più atti di indagine preliminare” e la successiva ordinanza del giudice, che non potrà, comunque, mai accordare il differimento quando esso “pregiudicherebbe l'assunzione della prova”. Dall'analisi della norma la dottrina ha rilevato come il pregiudizio per l'attività investigativa deve presentare il requisito della specificità, in quanto deve essere circoscritto ad atti ben determinati e non ancor compiuti, non potendo riguardare l'attività pregressa. La durata del differimento è strettamente correlata al tempo necessario per l'espletamento degli atti di indagine sottoposti a pregiudizio; infine, tra l'incidente probatorio e il pregiudizio delle indagini deve intercorrere “un nesso di consequenzialità immediata”. Il secondo comma dell'art. 397 c.p.p. disciplina l'aspetto procedurale del differimento, affermando che la relativa istanza deve essere presentata dal pubblico ministero, a pena di inammissibilità, nella cancelleria del giudice, entro due giorni dalla notificazione della richiesta di incidente probatorio proposta dalla persona sottoposta alle indagini. La dottrina si è domandata se determina l'inammissibilità solo l'inosservanza del termine di due giorni o anche l'omessa indicazione di quanto previsto nelle lett. a) e b) dell'art. 397 c.p.p. Un'interpretazione fedele al dato letterale la restringerebbe solo all'inosservanza dell'elemento temporale, anche se la dottrina maggioritaria rileva come anche le altre indicazioni contenute nell'art. 397 comma 2 c.p.p. siano soggette alla stessa disciplina, sia per la natura eccezionale dell'istituto del differimento, sia perché la richiesta è diretta ad un giudice che deve essere messo in grado di contemperare gli opposti interessi. Un indirizzo minoritario esclude che la sanzione dell'inammissibilità possa essere applicata in relazione a carenze circa gli elementi costitutivi della richiesta del P.M., mancando un'espressa previsione al

---

<sup>56</sup> L'articolo rileva che comunque un differimento di pochi giorni non può intaccare la ratio dell'istituto “perché non è detto che la non rinviabilità della prova abbia sempre i caratteri dell'assoluta urgenza” (Incidente Probatorio – A. Bassi e C. Parodi – Giuffrè Editore 2011).

riguardo, rilevando allo stesso tempo come un'indicazione dettagliata dei requisiti potrebbe frustrare le finalità perseguite dal P.M. con l'istituto de quo. Una volta che la richiesta di differimento sia stata presentata nella cancelleria del giudice, questi dovrà deliberare entro il termine di due giorni ai sensi dell'art. 397 comma 3 c.p.p., senza che sia previsto alcun contraddittorio sulle ragioni poste a fondamento della richiesta, poiché la loro esternazione alla controparte svelerebbe gli atti di indagine il cui compimento il P.M. intende assicurare proprio mediante il differimento dell'incidente. Ciò non esclude che la persona sottoposta alle indagini possa "giocare d'anticipo", ad esempio indicando nella richiesta di incidente probatorio le ragioni per le quali una eventuale domanda di differimento non debba essere accolta. Quanto alle alternative decisorie il giudice, sempre in base al comma 3 dell'art. 397 c.p.p., prende in considerazione la richiesta di differimento soltanto se ha in precedenza accolto la domanda di incidente probatorio: una pronuncia negativa su quest'ultima istanza renderebbe, infatti, superflua ogni decisione sulla prima. Egli provvede entro due giorni dalla presentazione con ordinanza con la quale accoglie, dichiara inammissibile o rigetta l'istanza. Avverso la decisione del giudice non è consentita, per il principio di tassatività delle impugnazioni ex art. 568 comma 1 c.p.p. alcuna forma di reclamo. L'ordinanza di rigetto o di inammissibilità è immediatamente comunicata al P.M.; tale comunicazione ha la funzione di consentire a quest'ultimo di prendere con tempestività le opportune contromisure, compiendo, per esempio, con urgenza gli atti pregiudicabili. L'ordinanza di accoglimento, invece, oltre ad essere comunicata al P.M., deve essere notificata per estratto alle persone indicate nell'art.393 comma 1 lett. b). Nonostante l'improprietà del dato letterale, non vi è dubbio che ci si sia qui voluti riferire a tutti i soggetti coinvolti quali risultano non dalla originaria domanda di assunzione anticipata presentata ex art. 392 c.p.p., bensì dall'ordinanza con la quale il giudice ha disposto l'incidente probatorio. Come si vede, per le persone nei cui confronti si procede la notifica va eseguita soltanto per estratto mentre la richiesta di differimento e l'ordinanza integrale sono depositate all'udienza ove la prova viene assunta. La ratio della disposizione sta nel far slittare la conoscenza degli atti soggetti a pregiudizio, ad un momento in cui nessun documento dovrebbe poter loro derivare (in quanto compiuti) dall'esternazione delle indicazioni contenute nella richiesta di differimento. L'accoglimento della richiesta di differimento dell'incidente probatorio implica che l'udienza relativa al suo espletamento subisca uno slittamento, che non potrà portare "oltre il limite strettamente necessario al compimento dell'atto o degli atti di indagine preliminare" indicati dal P.M.

### **9) I provvedimenti del giudice sulla richiesta di incidente probatorio.**

I provvedimenti che il giudice emette sulla richiesta di incidente probatorio sono indicati dall'art. 398 c.p.p. Il primo comma dispone che entro due giorni dal deposito della prova della notifica e comunque dopo la scadenza del termine previsto dall'art. 396 comma 1 c.p.p., per la presentazione di deduzioni sulla ammissibilità e fondatezza della richiesta, per il deposito di cose o la produzione di documenti e per

l'indicazione di ulteriori fatti che debbono costituire oggetto della prova e di altre persone nei confronti delle quali si procede per quanto ne forma oggetto, il giudice pronuncia ordinanza con cui accoglie, dichiara inammissibile o rigetta la richiesta di incidente. Il giudizio di ammissibilità è condotto sulla scorta dei criteri indicati dall'art. 393 commi 1 e 2 c.p.p. esteso al controllo degli adempimenti prescritti dall'art. 395 c.p.p., mentre la fondatezza è valutata in rapporto ai parametri di "non rinviabilità" della prova da assumere dell'art. 392 c.p.p. Il giudizio sulla fondatezza della richiesta deve essere particolarmente penetrante, così da evitare che quella presentata dal pubblico ministero miri, ingiustificatamente, a consolidare, in via anticipata ed in termini di prova, i risultati delle indagini, svuotando il dibattimento della funzione di formazione della prova che gli è fisiologicamente riservata e che quella della persona sottoposta alle indagini sia diretta a fini puramente dilatori per ritardarne la chiusura. Il giudice non procede ad analizzare il merito della questione qualora si riconosca per qualsiasi causa incompetente o debba astenersi per uno dei motivi previsti dall'art. 36 c.p.p. Il giudice fa notificare, almeno due giorni prima dell'udienza, alla persona sottoposta alle indagini, alla persona offesa ed ai difensori, il giorno, l'ora ed il luogo in cui si terrà l'udienza. Nello stesso termine l'avviso è comunicato anche al P.M. secondo l'art. 398 comma 3 c.p.p. La persona sottoposta alle indagini ed i difensori delle parti possono estrarre copia degli atti depositati ai sensi dell'art. 393 comma 2-bis c.p.p. In base al 4 comma dell'articolo in esame se si deve procedere a più incidenti probatori, essi sono assegnati alla medesima udienza sempre che non ne derivi ritardo, regola che è ispirata a quel principio di "concentrazione" che la direttiva dell'art. 2 n. 40 della legge delega indicava, seppur tendenzialmente, in termini assai più ampi. Il comma 5 sempre dell'articolo in esame prevede che quando sussistono ragioni di urgenza e l'incidente non può essere svolto nella circoscrizione del giudice competente, questi può delegare il giudice per le indagini preliminari del luogo dove la prova deve essere assunta. La c.d. "rogatoria interna" è una procedura di carattere facoltativo ed eccezionale alla quale potrà farsi ricorso solo quando è impossibile il compimento dell'incidente probatorio nella circoscrizione del giudice competente e le ragioni d'urgenza connesse all'assunzione del mezzo di prova sono tali da non consentire, a quel giudice, di procedere all'atto nel luogo ove la prova deve essere assunta. Poiché il giudice delegato agisce in nome e per conto dell'organo delegante, si ritiene in dottrina che lo stesso debba limitarsi alla sola assunzione della prova e agli ulteriori atti necessari ad assicurare l'acquisizione del mezzo probatorio richiesto. Una questione interpretativa di un certo rilievo è quella relativa all'individuazione del soggetto tra l'organo delegante ed il giudice delegato a cui spetti di potere di fissare l'udienza di assunzione della prova. Secondo una prima tesi la competenza spetterebbe al giudice delegante, desumendosene il relativo potere dall'art. 398 comma 2 c.p.p., in base al quale l'ordinanza di accoglimento della richiesta di incidente probatorio deve contenere anche la data dell'udienza di assunzione della prova; ne consegue che "sarà lo stesso giudice a fissarla, sia pure davanti a quello delegato e a disporre la notificazione e comunicazione dell'avviso ai sensi del comma 3 dello stesso articolo". Secondo un'altra corrente di pensiero la competenza sarebbe radicata in capo al

giudice delegato, in virtù del principio secondo cui spetta al giudice chiamato a compiere un atto disporre circa le modalità temporali ed esecutive dello stesso. Al di fuori di questi limiti il giudice delegato si comporta come una longa manus del giudice delegante e, pertanto, non sarà possibile per lo stesso spingersi a sindacare il presupposto dell'urgenza e ad instaurare un conflitto di competenza. Un'ipotesi di incidente probatorio delegato è stata normativamente prevista per il caso della cosiddetta perizia "nummaria": ai sensi dell'art. 74 disp.att., quando, nel corso del procedimento, si presenta la necessità di assumere una perizia avente ad oggetto biglietti di banca o monete metalliche al fine di verificarne l'eventuale falsificazione, l'incarico va affidato ad un tecnico della direzione generale della Banca d'Italia o della direzione generale del Tesoro. Se l'autorità giudiziaria non ha sede a Roma, può essere chiesta, per l'espletamento della perizia, l'opera del giudice per le indagini preliminari presso il tribunale di Roma. A tal fine l'autorità rogante pronuncia ordinanza con la quale formula i quesiti, indica le parti e i difensori da convocare e trasmette gli atti, anche in copia, il corpo del reato e i documenti occorrenti per l'espletamento della perizia; il giudice per le indagini preliminari delegato provvede nelle forme previste per l'incidente probatorio. Parte della dottrina ritiene che la delega non sia in questa ipotesi subordinata al ricorrere di particolari condizioni di urgenza potendo essere disposta a discrezione dall'organo giudiziario competente. La legge n. 66 del 1996 ha aggiunto all'art. 398 c.p.p. il comma 5 bis che prevede una serie di cautele per l'esame di persona minorenne. L'ordinanza che accoglie la richiesta ha contenuto individuato nell'art. 398 comma 2, le cui lettere a) e b) valgono a delimitare in senso oggettivo e soggettivo, l'ambito dell'incidente probatorio; il giudice, infatti, con l'ordinanza che accoglie la richiesta stabilisce: a) l'oggetto della prova nei limiti della richiesta e delle deduzioni; b) le persone interessate all'assunzione della prova individuate sulla base della richiesta e delle deduzioni. L'ordinanza di accoglimento fissa anche la data dell'udienza ed è previsto che tra questa ed il provvedimento non possa intercorrere un termine superiore a dieci giorni ex art. 398 comma 2 lett. c) a meno che sia accolta contemporaneamente la richiesta di differimento dell'incidente. Secondo l'orientamento consolidato in giurisprudenza l'ordinanza con la quale il G.I.P. accoglie, dichiara inammissibile o rigetta la richiesta di incidente probatorio deve ritenersi non impugnabile. La dottrina, pur ritenendo anch'essa il provvedimento del giudice connotato dal requisito dell'inoppugnabilità, avanza perplessità e riserve sotto il profilo delle garanzie delle parti, precisando, inoltre, che l'inoppugnabilità non equivale a definitività degli effetti ad esse ricollegabili, essendo possibile, al contrario, la revoca o modifica delle ordinanze del G.I.P. ovvero la possibilità del soggetto richiedente di riproporre l'istanza. Il legislatore delegato, tra l'opportunità di consentire una forma, seppur agile, di verifica del provvedimento del giudice e l'esigenza di non appesantire una procedura per sua natura snella, ha ritenuto prevalente la seconda. La dottrina ha concluso che l'inoppugnabilità della decisione dà luogo a fondati dubbi di costituzionalità, in particolare sotto il profilo degli artt. 3 e 24 Cost. dal momento che, mentre è possibile proporre impugnazione contro un'ordinanza che non ammette le prove nel corso degli atti preliminari al dibattimento

o durante lo stesso dibattimento sia pure congiuntamente alla sentenza, per la richiesta di incidente probatorio non è concesso alcuno strumento di tutela. Un ultimo problema interpretativo riguarda la materiale collocazione della eventuale decisione di inammissibilità o di rigetto. Per la dottrina maggioritaria la decisione de qua dovrebbe restare nella “disponibilità del giudice che l’ha emessa senza subire alcun passaggio ulteriore”. Al riguardo, data la mancata previsione sul punto da parte del legislatore, si potrebbe sostenere che confluiscono all’interno del fascicolo del P.M. Sicuramente la pronuncia non potrà confluire nel fascicolo per il dibattimento in quanto la lettera d) dell’art. 431 c.p.p. riguarda solo i verbali degli atti assunti nell’incidente probatorio e quindi di un incidente che è stato espletato; l’inserimento nel fascicolo del dibattimento sarebbe, inoltre, una soluzione “formalmente e sostanzialmente scorretta”, poiché determinerebbe un “inquinamento” della relativa valutazione probatoria. Concludendo è fondamentale che, a fronte di un provvedimento di rigetto da parte del G.I.P., lo stesso non entri in alcun modo a far parte della “successiva storia dibattimentale” per non influenzare l’esito del procedimento.

## **CAPITOLO 5**

### ***L’UDIENZA PROBATORIA***

**SOMMARIO:** 1) *La disciplina dell’udienza;* 2) *Le forme di assunzione delle prove;* 3) *L’estensione dell’incidente probatorio.*

#### **1) La disciplina dell’udienza.**

L’esigenza di garantire un adeguato contraddittorio nella formazione della prova in una fase propriamente extra dibattimentale, quale è quella di espletamento dell’incidente probatorio, ha indotto il legislatore a modellare l’udienza probatoria “sulla falsariga” delle regole previste per il dibattimento. A tale principio s’ispira l’art. 401 c.p.p. dedicato all’udienza, anche se la regola soffre una prima eccezione in ragione di quanto dispone il comma 1 che prevede che l’udienza stessa si svolga in camera di consiglio, anziché pubblicamente, ma con la presenza necessaria di alcuni soggetti; l’art. 401 c.p.p. prescrive<sup>1</sup>, infatti, che all’udienza debbano necessariamente partecipare il pubblico ministero e il difensore della persona sottoposta alle indagini: la presenza di questi due soggetti è ritenuta indispensabile ai fini del realizzarsi del contraddittorio. Logica conseguenza è che, se la persona indagata dovesse risultare sprovvista della necessaria assistenza tecnica, il giudice dovrebbe nominare un sostituto del difensore di fiducia o d’ufficio a norma dell’art. 97 comma 4 (art. 401 comma 2). Al difensore designato come sostituto non competerebbe, ai

---

<sup>1</sup> La direttiva n. 40 della legge delega prevedeva l’obbligo di garantire la partecipazione del P.M. e dei difensori delle parti direttamente interessate alla formazione anticipata della prova.

sensi dell'art. 108 c.p.p., alcun termine a difesa, essendo preclusa una diversa interpretazione del dato letterale che richiama solo le ipotesi della rinuncia, della revoca e dell'incompatibilità o dell'abbandono. Il diritto all'assistenza tecnica della persona offesa presenta dei connotati meno marcati di quelli dell'indagato: la presenza del difensore della parte offesa non costituisce requisito di validità dell'incidente probatorio avendo, ex art. 401 comma 1 c.p.p., solo un diritto disponibile di partecipare all'udienza, senza però potersi avvalere di quelle forme, ma solo della facoltà di "chiedere al giudice di rivolgere domande alle persone sottoposte ad esame" (comma 5). Alla sua posizione va assimilata, ai sensi dell'art. 91 c.p.p., anche quella del difensore dell'ente o associazione rappresentativa degli interessi lesi dal reato, ove quest'ultimo sia, in precedenza, intervenuto nel procedimento a norma di legge. In caso di assunzione di una perizia, deve ritenersi pacifica la partecipazione del consulente tecnico nominato dall'indagato in virtù dell'estensione dei diritti e delle garanzie dell'imputato. Analoga facoltà, in seguito alla sentenza della Corte Costituzionale n. 559/1990<sup>2</sup>, dovrà essere riconosciuta anche alla persona offesa dal reato. Per continuare il discorso sui poteri partecipativi, il comma 3 dell'art. 401 c.p.p. prevede che la persona sottoposta alle indagini e l'offeso dal reato hanno diritto di assistere all'assunzione della prova quando si tratta di esaminare un testimone o altra persona; negli altri casi essi possono solo presenziare soltanto se autorizzati dal giudice. Sui criteri a cui si deve attenere il giudice nell'esercizio di questa facoltà nulla dice il codice; in ogni caso è ragionevole credere che effettuerà una comparazione tra "l'utilità della presenza dell'indagato e della persona offesa all'udienza, con l'esigenza di segretezza esterna". Tuttavia, la contemporanea presenza dell'indagato e della persona offesa ha suscitato perplessità in relazione all'alta possibilità che essa diventi fonte di intimidazione per il teste. Pur condividendo in linea di principio i rilievi sollevati si deve concordare con autorevole dottrina con l'ammettere che, alla luce della disposizione del comma 5, dove è stabilito che per l'assunzione delle prove vengano riprodotte, per quanto possibile, le forme del dibattimento, che non poteva essere perseguita una strada diversa. Per l'ipotesi in cui la persona sottoposta alle indagini, adducendo legittimo impedimento, non compaia all'udienza nei casi in cui ne abbia diritto, si ritiene applicabile non la regola dibattimentale che impone al giudice di sospendere o rinviare l'udienza, bensì la diversa disciplina di cui all'art. 127 c.p.p., per cui il rinvio potrà essere disposto soltanto quando l'indagato abbia chiesto di essere sentito personalmente, ossia quando debba esser sottoposto ad esame. Un cenno va fatto al divieto di estensione dell'ambito oggettivo e soggettivo previsto dal comma 6. Tale comma, al di fuori dei casi di estensione, impone il divieto di allargare l'assunzione della prova a fatti riguardanti persone diverse da quelle i cui difensori partecipano all'incidente probatorio. Tale previsione è rafforzata dall'ulteriore

---

<sup>2</sup> *Prima dell'intervento della Consulta dubbi erano sorti, in relazione al disposto dell'art. 401 comma 5 c.p.p., in ordine alla tutela degli interessi della persona offesa quando si deve procedere all'espletamento di una perizia. La Corte, con sentenza interpretativa di rigetto, ha rilevato che potendo la persona offesa assumere il ruolo di parte civile, se danneggiata dal reato, "la sua partecipazione all'assunzione della prova nella fase delle indagini preliminari va funzionalmente considerata come anticipazione di quanto le sarà consentito quando si costituirà parte civile. Questo collegamento funzionale e sistematico implica che le norme relative alla persona offesa non siano completamente delineate e che per la loro interpretazione bisogna far riferimento alle disposizioni riguardanti la parte civile"* (Gazzetta Ufficiale della Repubblica).

prescrizione che inibisce la verbalizzazione delle dichiarazioni riferibili a tali persone. La ragione di ciò risiede nella stessa essenza dell'incidente probatorio e cioè nella sua funzione di assunzione anticipata di una prova il cui contenuto conoscitivo rischia di non pervenire al giudice del dibattimento, non potendosi, al contrario, trasformarsi in un "mini- dibattito". Quella finora descritta è la disciplina ordinaria dell'udienza, applicabile a tutte le ipotesi d'incidente probatorio; per i reati contro la libertà sessuale sono previste delle deroghe. Al riguardo l'art. 398 comma 5 bis c.p.p. prevede che nei casi di indagini per uno dei delitti di cui agli artt. 600, 600 bis, 600 ter, 600 quinquies, 601, 602, 609 bis, 609 ter, 609 quater e 609 octies c.p., il giudice con l'ordinanza con la quale dispone l'incidente, ove fra le persone interessate all'assunzione della prova vi siano minori di sedici anni, può stabilire luoghi, tempi e modi particolari per la celebrazione dell'udienza, quando le esigenze del minore lo rendano necessario ed opportuno. Questo speciale regime, in relazione all'ampia espressione utilizzata dal legislatore (persone interessate all'assunzione della prova), sembra applicabile a tutte quelle situazioni in cui il minorenne debba e/o possa partecipare all'udienza sia come protagonista, in quanto fonte od oggetto di prova, sia come spettatore, in quanto persona offesa o persona sottoposta alle indagini in procedimento connesso. Quanto al contenuto delle deroghe apportabili alla disciplina ordinaria, la norma lascia al giudice un'ampia discrezionalità circa *l'an* e il *quomodo* delle modifiche. Rispetto al luogo di espletamento dell'udienza, la disposizione prevede che l'assunzione della prova possa svolgersi anche fuori dal tribunale, in strutture specializzate di assistenza o, in mancanza, presso l'abitazione dello stesso minore. Non vi sono indicazioni, invece, circa il tempo e le modalità, il che lascia immaginare che il giudice possa disporre tutti gli accorgimenti necessari a preservare la psiche del soggetto minore in modo da recare minor nocimento alla stessa pur garantendo allo stesso tempo alle parti una percezione immediata dell'esame<sup>3</sup>. L'art. 398 comma 5 bis c.p.p. detta anche alcune regole speciali in tema di documentazione dell'attività che si svolge nel corso della udienza: è previsto, infatti, che le dichiarazioni testimoniali debbano essere documentate integralmente con mezzi di riproduzione fonografica o audiovisiva, i quali oltre a garantire la genuinità delle dichiarazioni riprodotte, tutelano indirettamente il principio di immediatezza, in quanto sono in grado di restituire al giudice, che dovrà poi decidere, una rappresentazione il più possibile diretta di ciò che è accaduto. In caso di indisponibilità presso gli uffici giudiziari competenti di mezzi tecnici adeguati, la norma prevede che si provveda a perizia o a consulenza tecnica. In aggiunta alla riproduzione fonografica o audiovisiva, lo stesso comma 5 bis prescrive che dell'interrogatorio sia anche redatto verbale in forma riassuntiva. Il termine "interrogatorio" impiegato dal legislatore è molto probabilmente frutto di una svista dato che tale strumento probatorio non risulta essere compreso nel novero delle prove ammesse alla procedura incidentale dall'art. 392 c.p.p. Appare quindi ragionevole ritenere la previsione riferita all'esame testimoniale. Ai sensi dell'ultimo periodo del comma 5 bis le parti possono, in

---

<sup>3</sup> Inoltre, non è da escludere che il giudice, ove sussistano ragioni speciali di urgenza, dilazioni lo svolgimento dell'udienza incidentale oltre i termini fissati dall'art. 398 comma 1 lett. c, c.p.p. per permettere che il minore venga psicologicamente "preparato" all'esame (Incidente Probatorio – A. Bassi e C. Parodi – Giuffrè Editore 2011).

ogni momento, chiedere al giudice la trascrizione delle registrazioni. Infine, va ricordato l'art.11 della legge n. 66 del 1996, che prevede una regola generale per la tutela della dignità e della riservatezza del minorenne coinvolto suo malgrado in tali vicende: è, infatti, stabilito che quando si procede per un reato di violenza sessuale commesso in danno di minore, l'assistenza affettiva e psicologica della persona offesa sia assicurata, in ogni stato e grado, dalla presenza dei genitori o di altre persone idonee, indicate dallo stesso minorenne e ammesse dall'autorità giudiziaria. Da ciò consegue che anche tali soggetti hanno diritto di partecipare all'assunzione della prova in incidente probatorio, nei casi in cui sia presente il minore.

## **2) Le forme d'assunzione delle prove.**

Il quinto comma dell'art. 401 c.p.p. prevede che le prove in incidente probatorio siano assunte con le forme stabilite per il dibattimento; la dottrina ha aggiunto che tali forme devono essere filtrate dall'esigenza di tener conto della natura peculiare della procedura incidentale. Prima di trattare delle questioni legate all'esperimento in incidente dei diversi mezzi di prova vanno fatte alcune notazioni di carattere generale. Il comma 4 dell'articolo 401 c.p.p. stabilisce che non è consentita la trattazione e la pronuncia di nuovi provvedimenti su questioni relative all'ammissibilità e fondatezza della richiesta, con ciò rendendo inapplicabile il diverso principio codificato per il dibattimento dall'art. 495 comma 4 c.p.p. secondo il quale i provvedimenti sull'ammissione della prova possono essere revocati dal giudice sentite le parti. Il rinvio operato dal comma 5 implica, tra l'altro, che l'escussione del teste o di altri soggetti venga condotta secondo i modi dell'esame, del controesame e del riesame previsti agli artt. 496 - 499 c.p.p.; al difensore della persona offesa spetta solo la facoltà di chiedere all'organo giurisdizionale di rivolgere domande alla persona che si sta sentendo. Costituisce un'eccezione a questo meccanismo l'esame del minore che è condotto dal giudice su domande e contestazioni rivolte dalle parti, salvo che l'organo giurisdizionale decida che l'esame possa essere condotto direttamente dalle parti. L'assunzione anticipata della perizia solleva una serie di problemi inerenti alla sua disciplina. Primo fra tutti è la sua durata: in sede di incidente probatorio la stessa non è sottoposta al limite temporale di sessanta giorni stabilito dall'art. 508 c.p.p. per la perizia da espletarsi in dibattimento, ma al diverso regime di cui all'art. 227 c.p.p. Quest'ultimo prevede che, concluse le formalità di conferimento dell'incarico, il perito proceda immediatamente ai necessari accertamenti e risponda ai quesiti con parere raccolto nel verbale. Se risultano necessarie indagini di particolare complessità, può ottenere dal giudice un termine, inizialmente non superiore ai novanta giorni, ma prorogabile per periodi di trenta giorni, che non potrà mai andare oltre i sei mesi. Il perito può anche essere autorizzato a presentare una relazione scritta. Al riguardo in dottrina si discute circa l'applicabilità anche in sede di incidente delle norme dibattimentali che impongono l'esame orale del perito. Secondo una tesi l'assunzione anticipata della perizia in sede incidentale non richiede, successivamente al deposito della relazione scritta, anche l'esame orale del perito dovendo questo svolgersi in dibattimento. Tale filone

interpretativo troverebbe conferma nell'art. 468 c.p.p. che impone alle parti che vogliono sottoporre ad esame il perito di citarlo. In senso contrario si è osservato che proprio il richiamo fatto dal comma 5 alle forme del dibattimento imporrebbe l'esame orale del perito in ossequio ai principi del contraddittorio e dell'oralità. Soltanto in un secondo momento la relazione potrà essere allegata al verbale dell'incidente probatorio per mezzo del quale confluirà, ex art. 431 c.p.p., nel fascicolo del dibattimento. Ai sensi dell'art. 225 c.p.p. quando viene disposta una perizia, il pubblico ministero e le parti private possono nominare propri consulenti tecnici in numero non superiore per ciascuna parte a quello dei periti. Considerato che la legge nulla dice in proposito, secondo un indirizzo giurisprudenziale deve escludersi che il consulente tecnico di parte possa ottenere un termine al fine di esaminare la relazione peritale. Il consulente potrà esaminare la perizia ed esporre le sue conclusioni in dibattimento. Altri evidenziano, specie se si tratta di perizia complessa con calcoli ed elaborati progettuali, che rimandare l'esame al dibattimento renderebbe la presenza del consulente in giudizio inutile, in quanto impossibilitato di espletare appieno il proprio incarico; propongono perciò la necessità di integrare la disciplina codicistica nel senso di configurare a carico G.I.P. l'obbligo di disporre il deposito della relazione peritale nella cancelleria affinché i consulenti tecnici possano prenderne visione. L'applicazione delle norme concernenti la formazione della prova in dibattimento comporta l'operatività delle regole previste dagli articoli 500 e 503 c.p.p. con la possibilità di impiegare in sede incidentale le precedenti dichiarazioni del soggetto esaminando al P.M. e alla polizia giudiziaria. Controverso è anche il problema della sorte delle dichiarazioni utilizzate per le contestazioni in sede incidentale. Una prima posizione, facendo un parallelismo con le possibilità di allegazione al fascicolo per il dibattimento, ritiene che gli atti adoperati per le contestazioni possano essere allegati al verbale dell'incidente probatorio. La posizione contraria osserva che gli art. 500 e 503 c.p.p. costituiscono eccezioni al principio dell'irrelevanza probatoria degli atti compiuti dal P.M. e fanno assurgere al rango di prova le dichiarazioni in essi considerate ed inoltre l'art. 431 c.p.p. elenca tassativamente il contenuto del fascicolo dibattimentale.

### **3) L'estensione dell'incidente probatorio.**

L'art. 401 comma 6 c.p.p. prevede il divieto di estendere l'assunzione della prova "a fatti riguardanti persone diverse da quelle i cui difensori partecipano all'incidente probatorio", vietando, in ogni caso, di verbalizzare dichiarazioni riguardanti tali soggetti. Questa regola attua quanto stabilito nella direttiva n. 40 della legge delega, che, dopo aver fissato l'obbligo di garantire la partecipazione in contraddittorio del pubblico ministero e dei difensori delle parti direttamente interessate, ha previsto lo specifico divieto di verbalizzare e di utilizzare le dichiarazioni concernenti persone diverse da quelle chiamate a partecipare all'incidente. Secondo quanto dispone l'art. 401 comma 6 c.p.p., l'ambito soggettivo dell'incidente probatorio, quale delineato dall'ordinanza del giudice, non può in alcun modo essere superato, salvo, recita la stessa

disposizione, quanto previsto dall'art. 402 c.p.p. Presupposto dell'estensione è l'assenza di pregiudizio per l'assunzione della prova. Il giudice qualora non ravvisi il pregiudizio e gli altri requisiti dispone le necessarie notifiche a norma dell'art. 389 comma 3 c.p.p. Problematica è l'individuazione dell'ambito soggettivo e di quello oggettivo dell'istituto. Con riferimento alla locuzione "persone diverse da quelle i cui difensori partecipano all'incidente probatorio", si è evidenziato come gli individui in esame non possono essere che quelli "estranei all'indagine preliminare dal momento che altrimenti sarebbero contraddittori necessari". Si è, inoltre, esclusa l'applicazione dell'art. 402 c.p.p. nei confronti di persone sottoposte alle indagini ma in un altro procedimento, anche se connesso. Tale interpretazione sarebbe avvalorata sia da una considerazione di ordine generale rappresentata dall'esigenza di evitare un eccessivo allargamento dell'ambito operativo dell'incidente probatorio, sia da dati testuali rappresentati dal disposto del n. 40 della legge delega che prevede la concentrazione, ove possibile, in capo allo stesso giudice, di tutti gli incidenti probatori e di tutti i provvedimenti relativi allo stesso procedimento. Altra dottrina ha affermato che l'estensione opera anche nei confronti della persona offesa, argomentando che l'art. 402 c.p.p. richiama l'art. 398 comma 3 c.p.p., il quale tra i destinatari della notifica indica anche il soggetto offeso dal reato. Passando all'ambito oggettivo il problema si è spostato, oltre che sull'integrazione del contraddittorio, sul lato della possibilità di ammettere altre prove. La tesi negativa prende spunto dalla natura eccezionale dell'istituto che impedirebbe la presentazione di ulteriori istanze istruttorie. Per la soluzione positiva si sono trovate varie argomentazioni: c'è chi fa leva sull'applicazione alla procedura dell'art. 506 c.p.p. dove è prevista la possibilità per l'organo giurisdizionale, sulla base delle prove assunte, di indicare alle parti temi di prova nuovi o più ampi, utili per la completezza dell'esame ovvero dell'art. 495 c.p.p. Quanto ai requisiti oggetto di valutazione ad opera del giudice per l'accoglimento della richiesta di estensione, non può che prendersi atto come la norma non dica nulla sul punto. Per alcuni i requisiti cui si riferisce l'art. 402 c.p.p. non devono coincidere con quelli prescritti con la richiesta di incidente, essendo sufficiente la rispondenza della richiesta originaria ai presupposti degli artt. 392, 393 e 401 comma 6 c.p.p., in quanto il giudice deve valutare solo se l'estensione pregiudichi l'assunzione della prova. A giudizio di chi scrive tale tesi non può essere accettata per due ordini di ragioni: la prima è che non ci si può dimenticare che si è sempre nell'ambito di una procedura incidentale che non può rischiare di trasformarsi in un "mini dibattimento" per effetto dell'estensione e la seconda è che la situazione prevista dall'art. 402 c.p.p. è pur sempre eccezionale, in quanto scaturisce da fatti sopravvenuti nell'udienza. Quindi l'estensione sarà possibile solo se non pregiudichi l'assunzione della prova in funzione della quale era stato richiesto l'incidente probatorio e rientri in uno dei mezzi di prova previsti dall'art. 392 c.p.p. e la richiesta sia stata formulata a norma dell'art. 393 c.p.p. L'istituto dell'estensione dell'incidente probatorio è destinato a trovare prevalente applicazione nei procedimenti di criminalità organizzata o in quelli di illegalità di massa, proprio per la pluralità di persone che possono essere coinvolte. L'attribuzione al giudice di poteri in ordine allo svolgimento ed ai futuri

sviluppi delle indagini non sembrano snaturare le funzioni dell'organo giurisdizionale, rendendolo partecipe delle strategie investigative e probatorie, attesi i precisi confini delimitati dalla legge. Al contrario il giudice esercita, anche in questo caso, i suoi tipici poteri di garante della legalità e del contraddittorio, assicurando, da una parte la completa formazione della prova e dall'altra il diritto di difesa delle persone sottoposte alle indagini che non siano poste in grado di partecipare fin dall'inizio all'udienza perché il loro "interesse" è emerso per fatti sopravvenuti nel corso di questa.

## CAPITOLO 6

### ***L'UTILIZIBILITA' DELLE PROVE***

**SOMMARIO:** 1) *L'utilizzabilità nei confronti dell'imputato*; 2) *L'utilizzabilità nei confronti della parte civile*; 3) *Il problema della rinnovabilità in sede dibattimentale delle prove assunte con incidente probatorio.*

#### ***1) L'utilizzabilità nei confronti dell'imputato.***

L'art. 403 c.p.p. circoscrive l'utilizzabilità nel dibattimento delle prove assunte con l'incidente probatorio ai soli imputati i cui difensori hanno partecipato alla loro assunzione. In relazione a tale disposto normativo si è parlato in dottrina di "concezione relativistica della prova", espressione del generale principio del contraddittorio nella formazione della prova. Altri autori l'hanno qualificata come "clausola di chiusura", inserita dai compilatori del codice per dare concreta attuazione alla direttiva n. 40 della legge delega e che andrebbe letta in correlazione agli artt. 401 comma 6 e 402 c.p.p., che precludono la verbalizzazione di dichiarazioni contra *alios* qualora non siano presenti i difensori di tali soggetti e consentono l'estensione, a determinate condizioni, dell'incidente probatorio ad altri soggetti. Il limite di utilizzabilità, *ex littera legis*, riguarderebbe il solo dibattimento senza riverberarsi sull'eventuale impiego extra dibattimentale: per cui ai fini di un provvedimento cautelare, dell'applicazione della pena su richiesta delle parti o del giudizio abbreviato sono utilizzabili anche le prove assunte senza la partecipazione del difensore. La ratio della disposizione risiede nel fatto che per tali provvedimenti sono suscettibili di valutazione "atti meno garantiti" di quelli compiuti con l'incidente probatorio e che "la limitazione soggettiva è posta esclusivamente con riguardo al dibattimento". A tali osservazioni sono state avanzate due ordini di obiezioni: la prima è che non si può non tener conto del fatto che il codice, con riferimento ad alcuni tra gli atti di indagine, preveda la presenza del difensore e la seconda, di natura sistematica, è che la direttiva n. 40 della legge delega prevedeva un divieto di utilizzabilità delle dichiarazioni concernenti persone diverse da quelle chiamate a partecipare, senza ulteriori distinzioni, evidenziando, di conseguenza, un possibile eccesso di delega. A

seguito della novella n. 267 del 1997, è stato aggiunto all'art. 403 il comma 1 bis, che riguarda l'ipotesi in cui il mancato intervento dell'imputato alla procedura incidentale sia stato dovuto al fatto che, al momento dell'assunzione della prova, tale soggetto non fosse ancora stato raggiunto da indizi di colpevolezza. L'addendum operato dal legislatore è scaturito dalla situazione venutasi a creare dopo la sentenza n. 181 del 1994 della Corte Costituzionale, la quale aveva escluso che, dall'originario disposto dell'art. 403 c.p.p., potesse derivare l'inutilizzabilità della prova formatasi in sede di incidente probatorio nei confronti di soggetti che solo successivamente all'assunzione della prova sono stati raggiunti da indizi di colpevolezza, considerato che nei loro confronti non poteva essere assicurato alcun contraddittorio. Il testo attuale dell'art. 403 c.p.p. detta una disciplina differenziata a seconda che, al momento dell'assunzione della prova in incidente probatorio, l'imputato fosse o meno stato raggiunto da indizi di colpevolezza. Per l'imputato già raggiunto da indizi di colpevolezza al momento dell'incidente, la mancata partecipazione del difensore comporta, a norma del primo comma, l'inutilizzabilità dibattimentale della prova; per l'imputato raggiunto da indizi di colpevolezza solo successivamente all'assunzione della prova, il comma 1 bis ha capovolto l'impostazione della Corte costituzionale, prevedendo la rinnovazione dell'incidente alla presenza del difensore del nuovo indiziato e consentendo solo in via eccezionale l'utilizzabilità della prova formulata *inter alios*. Cruciale appare l'individuazione del momento in cui una persona viene raggiunta da indizi di reità a proprio carico. Al riguardo la Corte, nella sentenza sopra citata lasciava all'apprezzamento dell'autorità procedente l'individuazione delle persone raggiunte da elementi indizianti. Tale apprezzamento ben può essere vagliato dal giudice del dibattimento. In una successiva sentenza n. 194 del 1994 la Consulta ha precisato che la qualità di persona sottoposta alle indagini "non deve discendere da valutazioni soggettive dell'organo inquirente, dipendendo esse da dati oggettivi, spesso agevolmente riscontrabili sulla base degli atti". Come si vede, con l'introduzione del comma 1-bis, si è aggravata la posizione dell'accusa in quanto sarà onere del P.M. che intenda utilizzare in dibattimento la prova, dimostrare che al tempo dell'assunzione in incidente probatorio non erano ancora emersi elementi indizianti e che al momento in cui l'imputato è stato raggiunto da indizi di colpevolezza, l'atto è ormai divenuto irripetibile. A differenza del comma 1, la formulazione del comma 1 bis prevede una inutilizzabilità in ogni caso e dunque anche con riferimento a fasi diverse da quella dibattimentale. A quest'interpretazione potrebbe indurre il mancato riferimento, a differenza del disposto del comma 1, dell'esplicito riferimento dell'inutilizzabilità al solo dibattimento. Una siffatta interpretazione condurrebbe a risultati aberranti e quindi appare preferibile quella che ravvisa per il comma 1 bis gli stessi limiti di operatività previsti per il comma 1, in relazione anche alla sua collocazione topografica all'interno dell'art. 403 c.p.p., rubricato "utilizzabilità nel dibattimento delle prove assunte con incidente probatorio". Accenniamo, in conclusione, ai rapporti tra l'art. 403 e l'art. 238 c.p.p. che disciplina la circolazione di atti tra procedimenti. Alla luce dell'interpretazione sopra prospettata dell'articolo 403 c.p.p., appare lecito ritenere che, anche per il regime di traslazione di prove acquisite in un altro

procedimento, debbano valere i criteri restrittivi di utilizzazione previsti dall'art. de quo. Il problema è che la L. 267/97 ha sì introdotto, nell'art. 238 c.p.p. un comma 2 bis che prevede una regola analoga a quella dell'art.403 c.p.p., ma tale regola vale soltanto per le dichiarazioni rese dalle persone indicate dall'art. 210 c.p.p. cioè alle dichiarazioni rese dai collaboratori di giustizia indagati di reato connesso o probatoriamente collegato. In tutti gli altri casi, a fronte della rigida disciplina dell'art.403 c.p.p., si avrà l'ampia possibilità di circolazione di verbali di prove assunte *inter alios* riconosciuta dall'art.238 anche al di fuori dei casi di irripetibilità. Pertanto, autorevole dottrina auspica, quanto prima una modifica dell'art. 2-bis dell'art. 238 c.p.p., in modo da coordinare le sue disposizioni con le previsioni costituzionali dell'art. 111 comma 5 c.p.p.

## **2) L'utilizzabilità nei confronti della parte civile.**

L'art. 404 c.p.p., al pari di quello che lo precede, s'inquadra nell'ottica di delimitare l'efficacia dell'incidente probatorio, ma non nei riguardi dell'imputato, bensì nei riguardi del danneggiato dal reato. In particolare, esso dispone che la sentenza pronunciata in base ad una prova assunta con incidente probatorio a cui il danneggiato dal reato non è stato posto in grado di partecipare, non produca gli effetti dei quali all'art 652 c.p.p., salvo che il danneggiato ne abbia fatto accettazione, anche tacita. Il riferimento al termine "danneggiato", cioè ad un soggetto non legittimato a partecipare alla procedura incidentale, ha dato luogo a diverse ipotesi esegetiche sulla effettiva portata del termine in relazione all'intera sistematica dell'istituto in esame. Si è sostenuto che esso indichi la persona offesa dal reato oppure vada inteso come persona danneggiata che sia anche offesa dal reato perché, "altrimenti, la norma non avrebbe alcun senso, non essendo prevista una partecipazione del danneggiato come tale all'incidente probatorio" o anche, infine, come persona che con cumuli in sé anche la qualifica di persona offesa. La soluzione al problema esegetico non può, in ogni caso, prescindere dal dato terminologico quasi a considerarlo il frutto di un erroneo coordinamento tra le varie disposizioni che regolano la materia. Pertanto, l'interpretazione che appare preferibile è quella che distingue tra danneggiato e persona offesa dal reato anche per l'omogeneità terminologica tra l'art. 404 e l'art. 652 c.p.p. che fa riferimento alla persona danneggiata dal reato.

Conviene a questo punto chiedersi in che cosa consista il limite di cui all'art. 404 c.p.p. Si afferma al riguardo che la sentenza non produce gli effetti previsti dall'art. 652 c.p.p.; questa norma prevede, in via generale, che la pronuncia penale irrevocabile di assoluzione emessa in seguito a dibattimento abbia efficacia di giudicato, quanto all'accertamento che il fatto non sussiste o che l'imputato non lo ha commesso o che il fatto è stato compiuto nell'adempimento di un dovere o nell'esercizio di una facoltà legittima, nel giudizio civile o amministrativo per le restituzioni e il risarcimento promosso dal danneggiato che si sia costituito o sia stato posto in condizione di costituirsi parte civile, salvo il caso che abbia esercitato l'azione in sede civile a norma dell'art. 75 c.p.p. comma 2. L'estraneità al processo della persona danneggiata posta in grado di parteciparvi e la mancata proposizione della domanda al giudice civile dovrebbero "determinare

l'efficacia della sentenza penale di assoluzione, anche quando questa sia stata pronunciata in base alla prova assunta nell'incidente probatorio dal quale il danneggiato era escluso". È da porre l'accento, inoltre, su come l'art. 404 c.p.p. preveda una sorta di sanatoria dell'inutilizzabilità della prova, consistente nel fatto che il danneggiato, pur non avendo partecipato all'assunzione della prova, ne abbia fatta accettazione anche tacita. L'individuazione dei *facta concludentia* e delle modalità di rilevazione della mancata partecipazione all'incidente probatorio si presenta alquanto nebulosa. Si è evidenziato che il danneggiato, all'atto della costituzione di parte civile avrebbe l'onere di eccepire l'inutilizzabilità della prova, anche se, a ben guardare, oggetto dell'accettazione prevista dall'art. 404 c.p.p. non è la prova, ma la sentenza di assoluzione. Tale affermazione sposta il problema dall'individuazione dei *facta concludentia* alla concretizzazione dei modi nei quali il danneggiato possa disconoscere la sentenza. La soluzione al problema non è facile specie per quanto riguarda la prova delle eccezioni, "dal momento che di questa non rimarrà traccia nel dispositivo e nella stessa motivazione della sentenza".

### **3) Il problema della rinnovabilità in sede dibattimentale delle prove assunte con incidente probatorio.**

In relazione al problema dell'eventuale rinnovabilità in dibattimento delle prove assunte con incidente probatorio, si deve segnalare fin da subito che sia i lavori preparatori che la Relazione al progetto preliminare "tacciono" sull'argomento<sup>19</sup>; pertanto, la soluzione dovrà essere ricavata dai principi che regolano l'istituto dell'incidente probatorio come inserito nella struttura del nuovo codice di rito. La funzione dell'incidente probatorio, come già evidenziato all'inizio del presente lavoro, è quella di preservare il contributo probatorio in relazione al periculum in mora della dispersione dello stesso nel lasso di tempo necessario ad arrivare all'udienza dibattimentale, luogo deputato dal nuovo codice di rito alla formazione in contraddittorio della prova. Le situazioni che nella pratica si potrebbero presentare sono le seguenti: se dopo l'assunzione anticipata della prova con la procedura incidentale, si constati, nel successivo dibattimento, l'effettiva irripetibilità della prova assunta con l'incidente probatorio verrà data lettura ex art. 511 c.p.p. Se però al momento della celebrazione del dibattimento la prova oggetto dell'incidente probatorio risulti ancora esperibile, essa andrà ripetuta<sup>20</sup>. Quanto appena affermato riceve una conferma, sia pure indiretta, e argomentando a contrariis, dalla disciplina prevista nell'art. 190-bis c.p.p. che prevede "ipotesi di deroga alla rinnovazione" della prova assunta con la procedura incidentale

<sup>1</sup>. Il giudice, quindi, seguendo la linea esegetica fin qui prospettata, dovrà, prima di disporre la lettura ex art. 511 c.p.p., verificare se la prova assunta con l'incidente probatorio sia o meno rinnovabile: attività estremamente delicata in quanto, in caso di esito negativo della verifica, l'accertamento compiuto in sede di incidente acquisirà "valenza conoscitiva piena". Cosa succede se nel corso della rinnovazione della prova

---

<sup>1</sup> Sono le ipotesi relative alle dichiarazioni rese dai collaboratori di giustizia in procedimenti per reati di stampo mafioso e nei procedimenti per i reati di violenza sessuale, pedofilia in ordine ai quali la rinnovazione dibattimentale è ammessa solo quando il giudice lo ritenga assolutamente necessario.

emergano delle divergenze rispetto alle risultanze dell'incidente probatorio? Parte della dottrina è concorde nel ritenere che il giudice può reputare ugualmente più attendibile la dichiarazione resa nell'incidente probatorio, anche se a questa posizione è stato obiettato che sembrerebbe più conforme ai principi del nuovo rito, "in assenza di ulteriori robusti elementi probatori" a sostegno di quanto scaturito dall'incidente, a privilegiare la prova dibattimentale, soprattutto perché la prova incidentale "garantisce un contraddittorio minore e parziale rispetto alla completezza del *thema probandum* dibattimentale".

## CAPITOLO 7

**SOMMARIO:** 1) Conclusioni;

### 1) Conclusioni.

L'incidente probatorio costituisce uno degli strumenti predisposti dal legislatore per salvaguardare la prova durante il tempo intercorrente tra il momento in cui sorge la necessità acquisitiva e il dibattimento. Per questo motivo è stata ribattezzata come "prova decentrata", il cui meccanismo si pone come deroga consapevole ad alcuni principi (immediatezza, oralità, ecc..) che costituiscono le fondamenta dell'assunzione della prova, salvaguardando la garanzia del contraddittorio. Questa prova decentrata può diventare "prova itinerante", prima di giungere alla sua sede naturale, trovando utilizzazioni *ante iudicium* (es. provvedimento di custodia cautelare). Rispetto alla normale disciplina della prova si rileva una differenza in quanto il G.I.P. "non è autentico organo della prova, ma prestatore alla prova per la prova". Questo assunto sarebbe confermato dalla stessa denominazione dell'organo – Giudice per le indagini preliminari – in quanto l'incidente probatorio non costituirebbe atto delle I.P. nel senso più rigoroso del termine, ma atto assunto, di norma, nelle indagini preliminari con le modalità acquisitive che sono quelle tipiche del processo e non quelle del procedimento. Nella procedura incidentale viene in evidenza il binomio "prova raccolta per il giudizio" e "prova accolta nel giudizio" che sintetizza la dinamica dell'incidente probatorio. Si tratta, per dirla con autorevole dottrina, di una prova "mista a competenza non concorrente ma ripartita" in quanto il G.I.P. raccoglie la prova, ma la cristallizza per il futuro giudizio senza valutarla assieme all'altro materiale probatorio afferente alla *regiudicanda*. Anche sulla scorta di queste considerazioni, si è avanzata in dottrina la possibilità di procedere ad una modifica degli articoli del codice relativi alla competenza del G.I.P. in tema di assunzione delle prove nell'incidente probatorio, proponendo di "sperimentare un giudice per la prova predibattimentale": si avrebbe, in sostanza, un sistema nel quale tutte le volte in cui "non fosse possibile portare la prova di fronte al giudice del dibattimento, dovrebbe essere questo ad andare incontro alla prova". In tal modo il giudice del dibattimento eviterebbe di confrontarsi con una prova in un certo senso "tramandata" o "preconfezionata". La dottrina de qua identifica un nuovo principio in tema di prova:

quello di “fissità del giudice”, propedeutico all’attuazione completa e reale della prova orale. A parere di chi scrive la proposta di modifica, pur potendo presentare degli interessanti spunti di riflessione, non tiene in debito conto la natura della procedura incidentale. Questa si caratterizza, infatti, in termini di eccezionalità in quanto è utilizzabile in casi tassativamente stabiliti e quando sussiste la comprovata necessità di assicurare in via anticipata la formazione della prova. La predisposizione di un organo *ad hoc* per l’assunzione predibattimentale della prova, sembra una soluzione esagerata in rapporto alle esigenze “cautelari” da salvaguardare nel caso concreto, rischiando di fare dell’incidente probatorio uno strumento di acquisizione probatoria con un uso “ipertrofico”. L’obiezione relativa alla trasmissione al giudice dibattimentale di una prova precostituita può, inoltre, essere letta anche in senso inverso: il giudice del dibattimento, conoscendo la *regiudicanda* prima della celebrazione del dibattimento, potrebbe porsi nel successivo giudizio in una posizione mentale “viziata” e, quindi, con un verdetto quasi scritto. Pertanto, non si ravvisa la necessità di procedere ad una modifica nel senso sopra evidenziato dell’istituto dell’incidente probatorio quanto, eventualmente, ad una sua rimodulazione per adeguarlo alle necessità che emergono dalla prassi applicativa. Tenendo conto che – come è stato efficacemente scritto – vale per l’incidente probatorio il proverbio buddista “ad ogni uomo viene data la chiave della porta del paradiso; la stessa chiave apre le porte dell’inferno”: il successo dell’istituto dipenderà dal modo in cui esso verrà gestito in concreto.

## CAPITOLO 8

**SOMMARIO:** 1) *Bibliografia.*

(P. Di Geronimo *L’incidente probatorio Padova 2000*).

(G. Lozzi in *Indagini preliminari, incidenti probatori, udienza preliminare, Riv.it. dir. proc. pen.*).

(*Gazzetta Ufficiale della Repubblica*).

(G. PAOLOZZI, *L’incidente probatorio, in Giust.Pen., 1990, III*).

(Giovanni Conso – Vittorio Grevi – Marta Bargis -*Compendio di procedura penale – Cedam 2018*).

(*Oralità, immediatezza e contraddittorio nel processo penale Il Penalista.it*).

(G. Spangher - *Processo penale tra modello inquisitorio e modello accusatorio – articolo del 24 Maggio 2022*).

(G. Lozzi in *Indagini preliminari, incidenti probatori, udienza preliminare, Riv.it. dir. proc. pen.1989*).

(G. De Roberto, voce *Incidente probatorio in Enc.giur.Treccani, XVI, 1989*).

(*Incidente Probatorio – A.Bassi e C.Parodi – Giuffrè Editore 2011*).

(*Sequestro probatorio di materiale documentativo-Leonardo Nullo, Cultore di Diritto processuale penale - Università degli Studi di Perugia*).

([www.boccardi.it](http://www.boccardi.it))

*(F. Coppi, A.Lanzi, A. Gaito – Codice penale e di procedura penale – Dike 2022).*

*(Gip Trib. Milano, ord. 25 febbraio 1991, X, in Cass. pen.,1991, II, p.461).*

[www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it)