

L. DELLA RAGIONE

MANUALE *di* **DIRITTO** **PROCESSUALE** **PENALE**

**Analisi di Principi generali, Istituti
e Problematiche dottrinali e giurisprudenziali**

Il volume è aggiornato a:

- **L. 24 maggio 2023, n. 60** (Procedibilità d'ufficio e arresto in flagranza)
- **L. 30 dicembre 2022, n. 199** (cd. Rave)
- **D.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150** (cd. Riforma Cartabia)
- **e alla ultimissima giurisprudenza 2023**

IX edizione **2023**


Neldiritto
Editore

SEZIONE VI

INCIDENTE PROBATORIO

SOMMARIO:

1. Funzione dell'istituto. – 2. I casi di incidente probatorio. – 3. Il procedimento. La richiesta. – 3.1. Le deduzioni sull'ammissibilità. – 3.2. La decisione del giudice. – 3.3. L'udienza ex art. 401 c.p.p. – 4. Utilizzabilità delle prove assunte con l'incidente probatorio.

“FOCUS” | **I. Utilizzabilità degli esiti dell'incidente probatorio** (Cass. Pen., Sez. III, 23 febbraio 2022, n. 22177).
GIURISPRUDENZIALE:

1. | Funzione dell'istituto.

Il processo penale è regolato dal principio del contraddittorio e dell'oralità nella formazione della prova. In ossequio a tale principio, scolpito nell'art. 111 Cost., il legislatore ha inserito nel codice di rito l'art. 526 c.p.p., ai sensi del quale il giudice può utilizzare, ai fini della deliberazione, solo ed esclusivamente le **prove legittimamente acquisite in dibattimento**. Ciò significa che la prova è soltanto quella che si forma nel corso del dibattimento, nella dialettica di accusa e difesa, davanti ad un giudice terzo e imparziale.

Per fare un esempio, la deposizione resa da una persona informata dei fatti davanti al pubblico ministero, durante la fase delle indagini preliminari, non potrà essere utilizzata dal giudice: sarà dunque necessario che quella stessa persona venga chiamata a deporre come testimone nel successivo processo.

In conclusione, è possibile affermare che nel corso delle indagini preliminari vengono raccolte soltanto “fonti di prova”, destinate a diventare “prove in senso tecnico” soltanto davanti al giudice del dibattimento.

Tuttavia, potrebbero presentarsi delle circostanze tali che l'acquisizione di una prova non possa essere rinviata al dibattimento: si pensi alla testimonianza di una persona in pericolo di vita, oppure ad una perizia concernente un luogo aperto inevitabilmente esposto a modifiche da parte di agenti atmosferici.

Ecco perché il legislatore ha predisposto l'istituto dell'**incidente probatorio**, disciplinato dal titolo VII del Libro V, mediante il quale le parti possono avanzare al G.I.P. o al G.U.P. la richiesta di raccogliere le prove con le stesse modalità previste in dibattimento.

Ove il giudice dovesse accogliere tale richiesta, si farà luogo ad un'apposita udienza in cui si procederà, nel contraddittorio delle parti, all'assunzione della prova.

L'incidente probatorio poteva operare originariamente soltanto nel corso delle indagini preliminari; tuttavia, in seguito all'intervento della Corte Cost. 10 marzo 1994, n.77, è stata dichiarata l'illegittimità degli artt. 392 e 393 nella parte in cui non consentono che, nei casi previsti dalla prima di tali disposizioni, l'incidente probatorio possa essere richiesto ed eseguito anche nella fase dell'udienza preliminare. Pertanto, attualmente l'incidente probatorio è ammesso anche in sede di udienza preliminare.

2. | I casi di incidente probatorio.

L'art. 392 c.p.p. indica i casi tassativi in cui è possibile procedere alla richiesta di incidente probatorio. Possiamo idealmente dividere la norma in due grosse categorie di casi.

In una categoria, confluiscono quelli caratterizzati dalla ricorrenza dei requisiti della non rinviabilità ed urgenza nell'assunzione della prova, per cui l'incidente si rivela l'unico strumento idoneo ad evitarne la dispersione; nell'altra categoria, invece, vanno annoverati i casi in cui la richiesta è fondata su una mera valutazione di opportunità della parte.

Nel dettaglio, rientrano nella categoria dei **casi di non rinviabilità**:

- la 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;
- la testimonianza 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 altra utilità affinché non deponga o deponga il falso;
- la perizia o l'esperimento giudiziale, se la prova riguarda una persona, una cosa o un luogo il cui stato è soggetto a modificazione non evitabile;
- la ricognizione, quando particolari ragioni di urgenza non consentono di rinviare l'atto al dibattimento;
- il confronto tra persone che in altro incidente probatorio o al pubblico ministero hanno reso dichiarazioni discordanti, quando ricorre una delle circostanze previste nei primi due casi).

Rientrano invece nella categoria dei **casi giustificati da ragioni di opportunità**:

- l'esame della persona sottoposta alle indagini su fatti concernenti la responsabilità di altri;
- l'esame delle persone indicate nell'art. 210 c.p.p. e quello dei testimoni di giustizia (novità introdotta dalla **legge n. 6/2018**);
- l'esame delle persone indagate di un reato connesso o collegato;
- la testimonianza di persona minorenni ovvero della persona offesa maggiorenne vittima di reati sessuali (art. 392, co. 1 *bis*, c.p.p., come modificato dalla **l. 1° ottobre 2012, n. 172**); A tale comma, da ultimo, il **D.Lgs. n. 212 del 2015** ha aggiunto il seguente periodo: "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 testimonianza";
- perizia di lunga durata, cioè che, se fosse disposta nel dibattimento, ne potrebbe determinare una sospensione superiore a sessanta giorni;
- perizia coattiva, cioè che comporta l'esecuzione di accertamenti o prelievi su persona vivente previsti dall'art. 224-*bis* c.p.p.

Si ricordi inoltre che, al di fuori dei casi sopra elencati, l'incidente probatorio può essere disposto in almeno altre tre ipotesi, individuate negli **artt. 70, comma 3, c.p.p.** (perizia sulla capacità dell'imputato nel corso delle indagini preliminari), **360, comma 4, c.p.p.** (nel caso in cui, avendo il P.M. disposto un accertamento tecnico non ripetibile, la difesa formuli riserva di incidente probatorio); **391-decies, co. 3, c.p.p.** (nel caso in cui, avendo il

difensore necessità di procedere ad un accertamento tecnico non ripetibile, nel corso delle investigazioni difensive, il P.M. formuli richiesta di incidente probatorio).

In tale ultimo caso, a seguito dell'inserimento, ad opera della riforma Orlando realizzata con legge n. 103/2017, del comma 4 *bis* dell'art. 360 c.p.p., la riserva di incidente probatorio perde efficacia e non può essere ulteriormente formulata se la richiesta di incidente probatorio non è proposta entro il termine di dieci giorni dalla formulazione della riserva stessa.

La nuova disciplina imprime un'accelerazione alla procedura, per evitare che ricada sul pubblico ministero il mancato attivarsi della persona sottoposta alle indagini tutte le volte in cui non ricorrano le condizioni indicate nel periodo finale del quarto comma.

3. | Il procedimento. La richiesta.

Per quanto riguarda le modalità di attuazione dell'incidente probatorio, il legislatore predispone un articolato procedimento volto ad assicurare il rispetto di tutte le garanzie necessarie alla parità delle parti.

Tale procedimento inizia con la presentazione di un'apposita **richiesta al giudice**, in cui la parte interessata (pubblico ministero o indagato) indica, a pena di inammissibilità: la prova da assumere, i fatti che ne costituiscono l'oggetto e le ragioni della sua rilevanza per la decisione dibattimentale; le persone nei confronti delle quali si procede per i fatti oggetto della prova; le circostanze che rendono la prova non rinviabile al dibattimento.

Il codice prevede, inoltre, che la persona offesa possa sollecitare il P.M. a promuovere l'incidente probatorio; se il P.M. non intende procedervi, pronuncerà decreto motivato, facendolo notificare alla persona offesa.

La richiesta di incidente probatorio è depositata nella cancelleria del G.I.P. competente, unitamente ad eventuali cose o documenti, "entro i termini per la conclusione delle indagini preliminari" o, comunque "in tempo sufficiente per l'assunzione della prova prima della scadenza dei medesimi termini" (art. 393, comma 1, c.p.p.) ed è notificata a cura di chi l'ha proposta, secondo i casi, al pubblico ministero e alle persone nei confronti delle quali si procede (art. 395 c.p.p.).

3.1. | Le deduzioni sull'ammissibilità.

Il legislatore assicura il contraddittorio fin dall'inizio del procedimento in esame, in quanto consente al P.M. o all'indagato di presentare, entro due giorni dalla notificazione, deduzioni in ordine all'ammissibilità e alla fondatezza della stessa, nonché di depositare cose, produrre documenti ed indicare altri fatti che debbano costituire oggetto della prova.

Nello stesso termine di due giorni dalla notifica della richiesta da parte dell'indagato, il **P.M.** ha facoltà di chiedere al giudice il **differimento dell'incidente probatorio** nei casi in cui l'immediata esecuzione pregiudicherebbe uno o più atti di indagine.

La richiesta di differimento, sulla quale provvede il giudice in assenza di contraddittorio, contiene l'atto o gli atti di indagine che sarebbero pregiudicati ed il termine del differimento richiesto.

Se il giudice ritiene la richiesta inammissibile, oppure decide di rigettarla, emetterà

un'ordinanza che viene immediatamente comunicata al P.M.; di conseguenza, si procederà all'incidente probatorio.

Diversamente, ove il giudice ritenga di accogliere la richiesta, fisserà l'udienza di incidente probatorio non oltre il termine strettamente necessario al compimento dell'atto d'indagine che aveva indotto il P.M. a chiedere il differimento.

3.2. | La decisione del giudice.

Il giudice, dopo aver valutato la richiesta e le eventuali deduzioni, emetterà il provvedimento finale, ovvero un'ordinanza di accoglimento, un'ordinanza di inammissibilità della richiesta oppure un'ordinanza di rigetto.

L'**ordinanza di inammissibilità** o di **rigetto** è immediatamente comunicata al pubblico ministero e notificata alle persone interessate.

L'**ordinanza di accoglimento** presenta maggiori peculiarità, poiché con essa il giudice 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;
- c) la data dell'udienza (si tenga presente che tra il provvedimento e la data dell'udienza non può intercorrere un termine superiore a dieci giorni).

Il giudice fa notificare alla persona sottoposta alle indagini, alla persona offesa e ai difensori avviso del giorno, dell'ora e del luogo in cui si deve procedere all'incidente probatorio almeno due giorni prima della data fissata.

È significativo che il codice impone altresì al giudice di avvertire espressamente i destinatari dell'ordinanza che, **nei due giorni precedenti l'udienza**, possono prendere cognizione ed estrarre copia delle dichiarazioni già rese dalla persona da esaminare.

La *ratio* di questa disposizione va rinvenuta nell'esigenza di consentire alle parti di prepararsi adeguatamente per la successiva udienza, in quanto di regola, data la segretezza delle indagini, la difesa non è a conoscenza delle medesime informazioni di cui dispone il P.M.

A ben vedere, si tratta della stessa *ratio* che sottende l'art. 393, co. 2 *bis*, c.p.p., ai sensi del quale il P.M. è tenuto a depositare tutti gli atti di indagine compiuti con riferimenti ai reati di cui all'art. 392, co. 1 *bis*, c.p.p. (reati contro la sfera sessuale e simili).

3.3. | L'udienza *ex art.* 401 c.p.p.

L'udienza si svolge in camera di consiglio (cioè senza pubblico) con la partecipazione necessaria del pubblico ministero e del difensore dell'indagato. Ha altresì diritto di parteciparvi il difensore della persona offesa.

All'udienza si applicano le sole **forme di assunzione della prova** (e di documentazione della stessa, dopo il d.lgs. n. 150 del 2022) previste per il dibattimento, e non tutte le forme di celebrazione del dibattimento. Pertanto, operano le regole previste per l'esame testimoniale (artt. 498 ss.) e le contestazioni (art. 500), nonché per l'esame dell'imputato (art. 503) e del perito (art. 501). Per contro, il giudice non può esercitare i poteri probatori che postulano lo svolgimento dell'istruzione dibattimentale, quali sono quelli previsti dagli