
SEZIONE VII - INCIDENTE PROBATORIO

SOMMARIO:

1. La funzione dell'incidente probatorio. I casi. – 2. Il procedimento. – 3. Utilizzabilità delle prove assunte con l'incidente probatorio.

1. LA FUNZIONE DELL'INCIDENTE PROBATORIO. I CASI.

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. 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**, che può essere definito come il meccanismo processuale mediante il quale la formazione della prova avviene in una fase anteriore a quella del dibattimento. Le parti, infatti, 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.

Originariamente, l'incidente probatorio poteva operare soltanto nel corso

delle indagini preliminari; tuttavia, in seguito all'intervento di Corte Cost. 10 marzo 1994, n. 77, è stata dichiarata l'illegittimità degli artt. 392 e 393 c.p.p. 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.

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 altre utilità affinché non deponga o deponga il falso;
- la perizia o l'esperienza 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.;
- la testimonianza di persona minorennе 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**);
- la testimonianza di persona offesa che versi in condizione di particolare vulnerabilità, senza che sia necessario guardare alla sua età o ai reati per cui si procede; inoltre, è prevista la possibilità di procedere in modalità protetta (art. 392, comma 1-*bis*, c.p.p., come modificato dal **d.lgs. 15 dicembre 2015, n. 212**);
- 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, 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.

2. IL PROCEDIMENTO.

Fase 1: la richiesta

Per quanto riguarda le modalità di attuazione dell'incidente probatorio, il

legislatore predispose 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 (art. 392 c.p.p.) (pubblico ministero o indagato) indica: 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 (art. 393 c.p.p.).

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 (art. 394 c.p.p.).

La richiesta di incidente probatorio è depositata nella cancelleria del G.I.P., unitamente ad eventuali cose o documenti, 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.).

Fase 2: 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 (art. 396 c.p.p.).

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 (art. 397 c.p.p.), sulla quale provvede il giudice in assenza di contraddittorio, contiene l'atto o gli atti di indagine che sarebbero pregiudicati dall'incidente probatorio ed il termine del differimento richiesto.

Se il giudice dovesse rigettare o ritenere inammissibile la richiesta di differimento, emetterà un'ordinanza, immediatamente comunicata al P.M.; di conseguenza, si procederà all'incidente probatorio.

Diversamente, ove il giudice dovesse 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.

Fase 3: la decisione del giudice (art. 398 c.p.p.)

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

L'**ordinanza di inammissibilità** (ad es. perché la richiesta non rispetta i requisiti ex art. 393 c.p.p.) o di **rigetto** (ad es. perché non ricorrono, per l'assunzione di una testimonianza, i requisiti di cui alle lett. A) e b) dell'art. 392 c.p.p.) 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 imponga, 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* sottesa all'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).

Fase 4: 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.

In caso di mancata comparizione del difensore della persona sottoposta alle indagini, il giudice designa altro difensore immediatamente reperibile in udienza ex art. 97, comma 4, c.p.p.

L'indagato e la persona offesa hanno diritto di assistere all'incidente probatorio quando si deve esaminare un testimone o un'altra persona. Negli altri casi possono assistere previa autorizzazione del giudice.

Non è consentita la trattazione e la pronuncia di nuovi provvedimenti su questioni relative all'ammissibilità e alla fondatezza della richiesta, in quanto la richiesta è destinata esclusivamente all'assunzione della prova.

Le prove sono assunte con le **forme stabilite per il dibattimento** (ad esempio, il testimone è chiamato a deporre con il sistema dell'esame incrociato).

Il difensore della persona offesa può chiedere al giudice di rivolgere domande alle persone sottoposte ad esame.

Se l'assunzione della prova non si conclude nella medesima udienza, il giudice ne dispone il rinvio al giorno successivo non festivo, salvo che lo svolgimento delle attività di prova richieda un termine maggiore.

Il verbale, le cose e i documenti acquisiti nell'incidente probatorio sono trasmessi al pubblico ministero. I difensori hanno diritto di prenderne visione ed estrarne copia.

In taluni casi, il pubblico ministero o il difensore dell'indagato possono chiedere l'**estensione dell'incidente probatorio**, ai sensi dell'art. 402 c.p.p. Ciò avviene qualora, nel corso dell'udienza, emerga che le prove assunte coinvolgano soggetti diversi da quelli i cui difensori partecipano all'incidente probatorio. In tal caso, si rende necessaria l'integrazione del contraddittorio nei loro confronti.

Pertanto, il giudice, se ne ricorrono i requisiti, sospende l'udienza e dispone le necessarie notifiche, rinviando l'udienza per il tempo strettamente necessario e comunque **non oltre tre giorni** (tuttavia, la richiesta non può essere accolta se il rinvio pregiudica l'assunzione della prova).

Se il contraddittorio non viene integrato, e quindi i soggetti in questione restano privi dell'assistenza difensiva, non sarà possibile procedere alla verbalizzazione delle loro dichiarazioni, così come dispone l'art. 401, comma 6, c.p.p.

3. UTILIZZABILITÀ DELLE PROVE ASSUNTE CON L'INCIDENTE PROBATORIO.

L'art. 403 c.p.p. è espressione del principio del contraddittorio, in quanto dispone che le prove assunte con l'incidente probatorio sono utilizzabili soltanto nei confronti degli imputati i cui difensori hanno partecipato alla loro assunzione.

Ne deriva l'inutilizzabilità delle prove raccolte in incidente probatorio nei confronti dell'indagato i cui difensori *non* hanno partecipato all'incidente. Una disciplina peculiare riguarda il caso in cui l'imputato sia raggiunto da indizi di colpevolezza solo dopo che sia stato effettuato l'incidente probatorio a cui il proprio difensore non abbia partecipato. In tale ipotesi, la regola vuole che le prove assunte in incidente non siano utilizzabili contro di lui, e che invece l'incidente sia ripetuto. Tuttavia, laddove non sia possibile procedere alla ripetizione dell'incidente probatorio, eccezionalmente gli elementi di prova raccolti a suo carico saranno utilizzabili anche nei confronti dell'imputato.

► LA GIURISPRUDENZA PIÙ SIGNIFICATIVA

INCIDENTE PROBATORIO ED INUTILIZZABILITÀ

La sanzione dell'inutilizzabilità per le acquisizioni tardive - le quali devono costituire oggetto di specifica deduzione e documentazione - riguarda solo gli atti di indagine del p.m. e non gli elementi di prova acquisibili indipendentemente da qualsivoglia impulso della pubblica accusa. Ne consegue che detta sanzione non riguarda l'incidente probatorio, il quale non è atto di indagine ma mezzo di acquisizione anticipata della prova, il cui espletamento non è correlato a termini perentori, trattandosi dell'assunzione anticipata di prove non rinviabili al dibattimento, indispensabili per

l'accertamento dei fatti e preordinati a garantire l'effettività del diritto alla prova, altrimenti irrimediabilmente perduto (Cass. pen., 5 febbraio 2013, n. 15844).

QUESTIONARIO

1. A quale finalità risponde l'istituto dell'incidente probatorio? (par. 1)
2. In quali circostanze è consentito? (par. 1)
3. Quali sono i casi più importanti di incidente probatorio? (par. 2)
4. Qual è il regime di utilizzabilità delle prove assunte in incidente probatorio? (par. 3)
5. In quante fasi si articola il procedimento di incidente probatorio? (par. 3)
6. Come si svolge l'udienza di incidente probatorio? (par. 4)