

L'INCIDENTE PROBATORIO

L'evoluzione dell'istituto.

Prima di esaminare quali sono i casi di prove assumibili in via incidentale, tassativamente determinati proprio in ragione della eccezionalità del ricorso all'istituto de quo agitur, nei quali si realizza il requisito della indefettibilità della raccolta della prova, che costituisce appunto uno dei presupposti per il ricorso alla formazione anticipata della stessa.

In circa 12 anni di vigenza del codice, l'incidente probatorio ha trovato una applicazione concreta assai più rara di quanto non fosse fosse stato previsto dal legislatore;

è subito emersa la duplice preoccupazione del legislatore:

1. di evitare, da un lato, una qualche reviviscenza della vecchia istruttoria formale, ovvero l'attribuzione in capo al Gip di un potere direttivo nelle indagini simile a quello del previgente Giudice istruttore che ne avrebbe compromesso grandemente la terzietà;
2. dall'altro, quello di evitare che l'imputato si servisse strumentalmente della richiesta di incidente probatorio per costringere il PM ad attuare una discovery anticipata rispetto ai momenti in cui questa è predeterminata dal codice, che oggi, come è noto, al di fuori delle ipotesi di misura cautelare e ricorso al Tribunale del Riesame, si realizza al momento della notifica dell'avviso di chiusura delle indagini ex art. 415 bis.

1

L'istituto dell'incidente probatorio inserito nel libro V titolo VII agli artt. 392 e ss. del c.p.p., disciplina tutte quelle ipotesi nelle quali è necessario che l'assunzione di un mezzo di prova, ritenuto rilevante ai fini della decisione del giudizio, debba essere anticipata alla fase predibattimentale, poiché un ritardo nella assunzione potrebbe mettere in pericolo la possibilità di acquisire la prova stessa o pregiudicarne la genuinità.

Gli artt. 392 e ss. prevedono quindi le ipotesi nelle quali si realizza una deroga, e per tanto si tratta appunto di ipotesi eccezionali, nel senso di eccezione alla regola, al principio generale tipico del processo accusatorio in forza del quale la prova si forma, secondo i criteri di oralità e concentrazione, nel dibattimento, nel contraddittorio delle parti, innanzi al giudice terzo chiamato a decidere.

2

Osservazioni:

Si tratta in sostanza, come vedremo, dello spostamento del locus standi assegnato alla formazione della prova, dal dibattimento alla fase delle indagini preliminari udienza preliminare compresa, ma conservando l'analogo modus agendi dell'istruttoria dibattimentale nella raccolta della prova.

Le dupli e molteplici preoccupazioni sopra indicate del legislatore hanno portato notevoli timori nello stesso e la risultante di questa serie di timori è stata la predisposizione di una serie di "cautele" con le quali il legislatore ha circondato l'istituto.

Non ultimo un meccanismo di accesso all'incidente probatorio talmente farraginoso da scoraggiarne il ricorso sia da parte del PM, che da parte del difensore dell'imputato, gli unici due soggetti, come vedremo, legittimati ad avanzare la richiesta al Gip, residuando al difensore della persona offesa solo uno jus postulandi nei confronti del PM.

In uno anche ad una certa pigrizia mentale di noi avvocati, hanno poi certamente contribuito alla disapplicazione dell'istituto in questione tutta quella sequela di provvedimenti legislativi e sentenze della Consulta che, apportando continue e sostanziali modifiche (rectius stravolgimenti) all'impianto originario del codice dei procedura, hanno aumentato a dismisura i casi di utilizzabilità come prova nel dibattimento degli elementi di indagine raccolti dal PM ed addirittura dalla PG, al di fuori di un regolare contraddittorio e senza alcun obbligo per lo stesso PM di attuare discovery.

3

Provvedimenti che finirono con il segnare il definitivo declino del ricorso da parte del PM all'istituto *de quo*, poiché, a fronte di una sostanziale confluenza nel fascicolo del dibattimento di quello del PM, era di tutta evidenza che questi preferisse acquisire elementi probatori, testimoniali e non, nell'ambito delle attività di indagini proprie o delegate alla PG, confidando sulla loro successiva utilizzabilità a dibattimento, piuttosto che avanzare richiesta di incidente probatorio:

alla sentenza 24 del 1992 (illegittimità del comma 4 dell'art. 195 cpp) con la quale si introdusse la possibilità di utilizzazione della testimonianza *de auditu* della polizia giudiziaria sul contenuto delle dichiarazioni ricevute da testimoni;

alla sentenza 254 del 1992 (illegittimità del comma 2 dell'art. 513cpp) che consentiva di dare lettura delle dichiarazioni rese al PM, alla PG ed al Gip nel corso dell'udienza preliminare, dall'imputato di reato connesso o collegato, qualora questi comparso a dibattimento si avvalesse della facoltà di non rispondere;

alla sentenza 255 del 1992 (comma 3 dell'art. 500 cpp) che consentiva la contestazione in udienza e l'acquisizione con valore di prova, delle dichiarazioni rese dal teste al PM o alla PG delegata, nella fase delle indagini preliminari, quando il teste a dibattimento rendesse dichiarazioni diverse;

al decreto legge 306 del 1992 convertito nella L. 356/92, che in parte attenuava gli effetti dirompenti della sentenza 255, ma che all'art. 8 estendeva anche agli atti raccolti dalla PG (persino le spontanee dichiarazioni rese dall'indagato in assenza di difensore), oltre che dal PM, il regime di utilizzabilità come prova, qualora fosse risultata impossibile la loro ripetizione a dibattimento a condizione che tale irripetibilità fosse imprevedibile *ex ante*.

4

I provvedimenti che favorirono "la rinascita" del ricorso.

Un primo passo verso l'incentivazione dell'istituto *de quo* è stata invece:

sentenza della Corte Costituzionale 77 del 1994 che estendeva anche alla sede dell'udienza preliminare la possibilità del ricorso all'incidente probatorio, riconoscendo in tal modo e ben prima dell'entrata in vigore della legge sulle investigazioni difensive, il diritto dell'imputato alla prova anche prima del dibattimento.

La dilatazione del termine entro il quale la richiesta può essere formulata, che comprende anche la fase successiva alla richiesta di rinvio a giudizio, comporta infatti quella conoscenza da parte della difesa degli elementi probatori raccolti dal PM, appunto quella *discovery*, che gli consente a ragion veduta e con cognizione di causa di avanzare una richiesta consapevole di incidente, che prima di quel momento non gli è viceversa possibile.

Cognizione di causa che peraltro coinvolge anche lo stesso Gup, il quale, al contrario del Gip, è chiamato a decidere sulla ammissibilità della richiesta stessa, non più sulla base del selezionato ventaglio di elementi messi a disposizione dal PM, bensì della interezza del materiale di indagine preliminare da questi svolto.

legge 66 del 15 febbraio 1996, segnava poi un significativo momento di espansione dei momenti di utilizzabilità dell'incidente probatorio, attraverso la previsione della possibilità di accedervi, anche al di fuori dei rigidi limiti dati dalla indefettibilità della prova, quando si tratta di procedere all'audizione di minori per reati in tema di abusi sessuali, come meglio si vedrà innanzi.

Periodo di vigenza della novella 267/97

5

Vi fu poi il breve "interregno" di vigenza della novella 267/97 che avrebbe dovuto e potuto segnare una svolta, seguendo il solco già tracciato dalla L. 66/96, verso una definitiva liberalizzazione dai molti vincoli che ostacolavano il ricorso all'istituto, anche nei procedimenti per reati "ordinari", non solo cioè in tema di abusi sessuali.

Quella disposizione invero, nell'effettuare un passo indietro circa la possibilità di utilizzazione delle dichiarazioni di imputato di reato connesso e di indagati rese *erga alios*, qualora si avvalessero della facoltà di non rispondere in dibattimento, modificava conseguentemente gli artt. 392 e 398, facendo diventare norma generale, non più appunto limitata ai soli processi per reati ex art. 609 e ss. c.p., la possibilità di ricorrere all'assunzione anticipata dell'esame di tali soggetti, senza che fosse richiesto il presupposto della non rinviabilità della assunzione al dibattimento.

L'operatività della legge, riguardo alla modifica del 513, senonché, ebbe uno spazio vitale assai breve, poiché l'intervento della Corte Costituzionale con la ben nota sentenza n. 2 del 23.11.99, dichiarando la incostituzionalità della riforma, riproponendo le proprie motivazioni espresse nelle sentenze 255/92 e richiamando la ratio della stessa legge 356/92, ancora una volta, determinò la restaurazione del principio *quo ante* ed il contemporaneo definitivo tramonto dell'interesse del PM verso l'incidente probatorio.

6

INTERVENTO COSTITUZIONALE - GIUSTO PROCESSO - MODIFICA ART. 111COST.

Si dovranno attendere i giorni nostri, ovvero l'obbligatorietà del principio del contraddittorio con **la modifica dell'art. 111 Cost.** e l'introduzione del "giusto processo", come si diceva, per pervenire al rilancio operativo dell'istituto dell'incidente probatorio.

Il definitivo sbarramento alla possibilità che dichiarazioni rese in assenza di contraddittorio possano essere usate a fini di prova contro l'imputato, costringerà o dovrebbe costringere infatti i PM a fare ampio ricorso alla formazione anticipata della prova in contraddittorio, pena il rischio di trovarsi a dibattimento con testi, coimputati o indagati propalatori che non ricordano o non rispondono, situazioni tutte che per il PM, a fini probatori, equivarrebbero oramai ad un pugno di mosche.

la legge 397/2000 sulle indagini difensive, ha inoltre previsto la possibilità di ricorrere all'incidente probatorio appunto nell'ambito dell'attività difensiva, ed in particolare prevede la possibilità per il difensore di procedere con tale forma all'assunzione della testimonianza o dell'esame della persona che abbia esercitato la facoltà di non rispondere alle domande del difensore.

7

Presupposti applicativi

Una delle ragioni che hanno pesato sullo scarso utilizzo dello strumento di raccolta anticipata della prova, connesso ai timori precedentemente evidenziati, va ricercata **probabilmente in una certa qual confusione tra i presupposti applicativi dell'istituto di cui all'art. 392 e quelli che consentono, ex artt. 360-431-512, l'utilizzabilità degli atti non ripetibili raccolti dal PM e dalla PG.**

Si è detto ed è noto che **il presupposto per l'applicabilità dell'istituto, è la necessità di assumere "atti non rinviabili" al dibattimento** ed è questa appunto la dizione usata dal legislatore delegante.

In realtà, mentre in altre parti del **codice il legislatore ha usato esplicitamente espressioni quali "atti non ripetibili" o "atti urgenti"**, il legislatore negli articoli 392 e ss. **mai fa espresso ricorso ad una espressione esplicita**, lasciando all'interprete l'elaborazione dei limiti del requisito della **non rinviabilità** degli atti da assumere.

Il codice prevede altri casi di ~~(non)~~ rinviabilità nell'assunzione di prove, come per esempio nell'art. 467 "atti urgenti".

Ma si versa in questi casi in una fase successiva all'udienza preliminare e il richiamo esplicito all'art. 392 che questa norma effettua, chiarisce che, nell'ambito della medesima ratio di non rinviabilità delle prove, il Presidente del Tribunale può disporre l'assunzione anticipata delle stesse.

Il reale problema interpretativo è quello che deve operarsi fra:

"atto non rinviabile" presupposto dell'incidente probatorio

ed

"atto irripetibile", art. 360, che può confluire, ex art. 431, nel fascicolo del dibattimento anche al di fuori delle regole di assunzione rispettose del contraddittorio fra le parti, previste per l'incidente probatorio,

ed in particolare la confusione fra:

la perizia

e

l'accertamento tecnico

che poi sono i casi di gran lunga più frequenti nella pratica.

8

Al di là del contenuto lessicale delle due espressioni, che possono apparire equipollenti (ma non sovrapponibili, poiché un atto non rinviabile può essere tuttavia ripetibile, anzi di norma lo è, tant'è che la lettura dei verbali di incidente probatorio acquisiti al fascicolo del dibattimento viene disposta dopo l'esame del dichiarante o del perito), la distinzione va ricercata essenzialmente attraverso due ordini di considerazioni:

9

a) nel caso dell'incidente probatorio, per il suo carattere di strumento eccezionale, l'art. 392 prevede tassativamente il tipo di atti che possono essere raccolti;

b) gli atti in questione, a differenza di quelli acquisibili ex art. 360, sono privi del connotato della irripetibilità originaria, ovvero sono atti che di norma potrebbero e dovrebbero essere acquisiti nel dibattimento ma che appunto eccezionalmente vengono assunti prima, quando sussistono fondati motivi per ritenere che vi sia un *periculum in mora* tale per cui non potrebbero materialmente o utilmente compiersi nella fase del giudizio.

Si tratta cioè di una previsione di non riassumibilità o di non utile riassumibilità dell'atto a dibattimento, non dovuta a caratteristiche intrinseche dell'atto stesso (come negli atti irripetibili), bensì a contingenti fattori di rischio estrinseci che ne rendono necessaria l'anticipazione dell'assunzione.

Volendo essere ulteriormente pedanti occorrerebbe distinguere che in alcuni casi la indefettibilità dell'atto attiene alla impossibilità materiale o meccanica di ripetizione, come nell'ipotesi della malattia mortale o degenerativa che affligge il testimone, in altri ad una ripetibilità non utile dell'atto, come nell'ipotesi di subornazione del teste.

A queste nozioni va aggiunta l'ipotesi che pur non attenendo al concetto di non rinviabilità, tuttavia rientra nella previsione dell'art. 392, ovvero quella della perizia che se disposta nel dibattimento comporterebbe una sospensione del processo superiore a 60 giorni comma 2).

10

Art. 360 cpp e 392 cpp.

NON RINVIABILE - NON EVITABILE -

Dove invece la distinzione si fa assai complicata è nel caso dell'accertamento tecnico ovvero: della perizia che abbia ad oggetto persone, cose o luoghi soggetti a modificazione, poiché il comma 1 dell'art. 360 e quella della lett. f) dell'art. 392, finirebbero per coincidere se non fosse per quell'aggiunta di un "non evitabile" apposta a quest'ultimo articolo.

Non vi è dubbio infatti che a fronte della identità dei presupposti (necessità di procedere con urgenza ad accertamenti tecnici che se posticipati non potrebbero essere più fatti o fatti utilmente, per le varie ragioni già esaminate), nessun PM ha interesse a ricorrere alla procedura di cui all'art. 392, non foss'altro perché la necessità dell'espletamento dell'accertamento tecnico, sorge il più delle volte come primo atto di indagini, quando cioè non è ancora possibile individuare gli indagati o addirittura il fatto reato ed infatti quasi mai nella pratica il PM vi ricorre.

I relativi ambiti di operatività dei due istituti, inutile sforzarsi di operare sottilissimi distinguo, finiscono dunque per coincidere ed anzi quello previsto dall'art. 392 è pure più ristretto poiché il Gip deve valutare anche la inevitabilità della possibile modificazione dello stato delle persone, cose o luoghi.

11

RISERVA DI INCIDENTE PROBATORIO.

Il legislatore ha comunque introdotto un temperamento al ricorso sistematico al 360, **che per molti motivi i difensori sovente trascurano**, ovvero la possibilità per l'indagato **di promuovere riserva di incidente probatorio prima che l'espletamento dell'accertamento abbia inizio (360 comma 4).**

In tale ipotesi il Pm può procedere comunque (e rischiando la inutilizzabilità) all'espletamento dell'atto **solo** nel caso in cui lo stesso **sia assolutamente indifferibile** e vi fosse un **pericolo di dispersione della prova.**

E' evidente dunque che in tali casi **la non rinviabilità** dell'atto va valutata non più rispetto al dibattimento ma addirittura **rispetto ai tempi necessari per l'espletamento dell'incidente (più lunghi).**

12

**DISTINZIONE tra:
l'irripetibilità originaria da quella sopravvenuta.**

Per gli atti originariamente irripetibili, con valutazione di irripetibilità ex ante, è consentito il loro inserimento tout court nel fascicolo del dibattimento ex art. 431 e sono:

- a. atti compiuti dalla PG o dal PM non riproducibili come fenomeno per es. gli atti a sorpresa (perquisizioni, sequestri, intercettazioni di comunicazioni e conversazioni),
 - b. e altri atti quali accertamenti o rilievi urgenti sullo stato di cose, tracce o luoghi compiuti dalla PG, quando vi è pericolo che si alterino
 - c. ed accertamenti tecnici disposti dal Pm su persone, cose o luoghi soggetti a modificazione, in tutti questi.
- Nel caso invece di un atto strutturalmente ripetibile ma successivamente divenuto non ripetibile, allorquando l'irripetibilità derivi da una causa accidentale successiva e non prevedibile, la sua utilizzabilità in dibattimento potrà avvenire attraverso il meccanismo di recupero dell'art 512.

In sostanza dunque il PM che volesse eludere il meccanismo dell'incidente probatorio assumendo un atto la cui irripetibilità era prevedibile o prevista, si assumerebbe il rischio della sua non utilizzabilità in dibattimento, a fronte della dimostrazione, da parte della difesa, che l'atto stesso era prevedibilmente irripetibile.

13

Venendo all'analisi degli atti assumibili ex art. 392, occorre poi distinguere i casi in cui l'esistenza di tali **fattori di rischio deve essere dimostrata da coloro che ne fanno richiesta e quelli in cui il rischio è presunto dalla legge.**

Il caso della testimonianza e dei confronti previsti dalle lettere a), b) ed e) appartengono alla prima categoria,

mentre nel caso della testimonianza dell'infrasedicenne - comma 1-bis), dell'imputato di reato connesso o collegato - lettera d) o dell'indagato su fatti che concernono la responsabilità di altri - lettera c), la non rinviabilità dell'atto è appunto presunta *de jure*.

14

Atti non rinviabili assumibili con procedura incidentale:

- a) testimone infermo o gravemente impedito;
b) testimone in pericolo di subornazione;
c) indagato su dichiarazioni *erga alios*
d) imputato di reato connesso o collegato
- in entrambi i casi il pericolo è presunto (L 267/97)
- e) confronto fra persone che abbiano reso dichiarazioni contrastanti in altro incidente probatorio od al PM;
va dimostrata la impossibilità o non utilità della ripetizione ovvero il pericolo di subornazione
- f) perizia od esperimento giudiziale su persone, cose o luoghi soggetti a modificazione;
g) ricognizione quando vi sono particolari ragioni di urgenza;
- 1-bis) testimone infrasedicenne in processi per reati di abuso sessuale;
il pericolo è presunto (L 66/96)
- 2) perizia che se disposta in dibattimento comporterebbe una sospensione superiore a 60 gg.;
- perizia sulla capacità dell'imputato di stare coscientemente in giudizio - Art. 70 comma 3 e 117 disp. att.

15

Atti irripetibili art. 360 cpp.:

A) atti originariamente non ripetibili

- atti compiuti dalla PG o dal PM non riproducibili come fenomeno o non utilmente riproducibili
sequestri,
perquisizioni,
intercettazioni di comunicazioni e conversazioni;

atti a sorpresa

- atti compiuti dalla PG art. 354

accertamenti e rilievi urgenti sullo stato di cose, tracce o luoghi;

quando vi è pericolo di alterazione o dispersione

- accertamenti tecnici disposti dal PM
su persone, cose o luoghi

quando il loro stato è soggetto a modificazione

B) atti ripetibili ma che per cause sopravvenute ed imprevedibili diventano irripetibili

Vengono utilizzati con il meccanismo della lettura degli atti in dibattimento ex art. 512

16

Soggetti legittimati

I soggetti legittimati a promuovere l'incidente probatorio sono: **PM e indagato (ed anche il difensore)**, mentre la persona offesa ha solo la possibilità di sollecitare la richiesta al PM.

Tale sollecitazione produce effetti dal momento che laddove il PM non ritenga di aderire all'invito deve motivare il suo rifiuto e notificarlo alla persona offesa, anche se questa non può proporre alcuna impugnazione.

Deve ritenersi invece, il che costituisce una discrasia, che la persona offesa danneggiata dal reato e che si sia costituita parte civile all'udienza preliminare, possa avanzare la richiesta al Gip di incidente probatorio, cosa che non gli è consentita nella fase delle indagini preliminari neppure sotto forma di *jus postulandi*, espressamente previsto solo per la persona offesa.

E' poi da escludersi che il PM possa avanzare richiesta di procedura incidentale quando non sia ancora noto l'indagato.

Anche perché nella sua richiesta il PM deve indicare anche i difensori delle persone interessate e la persona offesa ed il suo difensore.

17

I termini

Il termine entro il quale la richiesta deve essere effettuata, stante la lettera del comma 1 dell'art. 392, è quello della conclusione delle indagini preliminari che tuttavia possono essere prorogate per il tempo strettamente necessario all'espletamento della procedura.

La sentenza della Corte Costituzionale 77 del 94, ha tuttavia dichiarato la illegittimità degli artt. 392 e 393, nella parte in cui non prevedono la possibilità che la richiesta possa essere fatta all'udienza preliminare. Ciò comporta alcuni problemi di interpretazione ed ha indotto taluno a ritenere che il termine della richiesta si ponesse in un *continuum* fra il termine di chiusura delle indagini e la chiusura dell'udienza preliminare, con il conseguente annullamento dei limiti temporali di durata delle indagini preliminari.

Fra le varie soluzioni prospettate in dottrina va tuttavia preferita quella secondo la quale la richiesta debba essere formulata comunque entro i termini cronologici di validità delle indagini preliminari anche se il Gip, qualora ritenga che la prova si ammissibile possa disporre lo "sforamento" per il tempo necessario all'espletamento e che un nuovo termine decorra dalla fissazione dell'udienza preliminare fino alla conclusione della stessa.

Si pone poi l'ulteriore problema se la proroga concessa dal Gip per l'espletamento dell'incidente comporti anche una ultrattività delle indagini del PM, ma il carattere eccezionale della proroga farebbero propendere per una risposta negativa.

Una stranezza è invece certamente il fatto che l'art. 415 bis, non preveda espressamente l'incidente probatorio. Una interpretazione letterale che escludesse tale possibilità ci sembrerebbe incostituzionale.

18

Requisiti della richiesta

La richiesta delle parti deve indicare:

la prova da assumere e le ragioni della sua rilevanza per la decisione dibattimentale, si tratta di una enunciazione dei motivi di rilevanza della richiesta che, per quanto generica, deve essere tale da offrire al giudice una possibilità di decisione *cognita causa*.

Deve contenere **l'indicazione delle persone nei confronti delle quali si procede per i fatti oggetto della prova;**

le circostanze per le quali la prova non può essere differita al dibattimento;

i nomi dei difensori delle parti interessate;

Tutte i requisiti formali della richiesta sono previsti a pena di inammissibilità dell'incidente.

Notifica

La richiesta di incidente probatorio viene depositata nella cancelleria del GIPe chi l'ha proposta deve notificarla al PM ed alle persone indicate nell'art. 393 cpp. La prova della notifica deve essere depositata nella cancelleria Gip. (art. 395 cpp)

19.

Discovery

La richiesta deve essere depositata nella cancelleria del Gip, con le cose e i documenti che eventualmente la corredano (395).

Con la richiesta di cui all'art. 392 comma 1 bis, il PM deposita tutti gli atti di indagine compiuti.

Si può dunque distinguere una *discovery* parziale da quella completa, la seconda si ha per i casi di assunzione di testimonianza di infrasedicenne nei processi per violenza sessuale prevista dall'art. 1-bis dell'art. 392, la parziale negli altri casi;

Il problema si pone essenzialmente in relazione all'assunzione incidentale della testimonianza, prima della quale il PM dovrà depositare le dichiarazioni già rese dalla persona da esaminare (art. 398 comma 3) e le persone interessate potranno prenderne visione due giorni prima dell'udienza.

20

I problemi della *discovery* completa sono molteplici:

deve ritenersi che la *discovery* completa (ovvero il deposito di tutti gli atti d'indagine fino a quel momento compiuti dal PM), deve essere tale fin dal deposito della richiesta da parte del PM, ma solo *pro iudice*, poiché per il difensore dell'indagato l'accesso agli atti depositati nella cancelleria del PM è possibile solo dopo che il Gip abbia accolto la richiesta e solo nei medesimi 2 giorni precedenti all'espletamento.

A tale interpretazione, tutt'altro che pacifica, deve addivenirsi per analogia, poiché l'art. 398 comma 3-bis, stabilisce che le parti hanno diritto a prendere visione ed estrarre copie degli atti di indagine depositati dal PM ai sensi dell'art. 393 comma 2-bis, ma non dice anche da quando !

Viceversa per l'ipotesi della *discovery* parziale il termine è appunto chiaramente stabilito nei 2 giorni precedenti l'udienza di incidente probatorio e deve quindi analogicamente dedursi che la difesa ha diritto a prendere visione degli atti d'indagine del PM solo a partire da quella data.

21

Differimento

Il PM, e solo lui, può richiedere che l'incidente probatorio richiesto dall'imputato venga differito quando il suo espletamento pregiudicherebbe atti d'indagine.

Il legislatore ha in questo caso messo in atto un meccanismo di protezione della segretezza delle indagini del PM, evitando un uso strumentale da parte della difesa, che consentirebbe all'imputato di costringere il PM ad una *discovery* anticipata.

Lo stesso legislatore, tuttavia, ha anche posto l'accento sulla prevalenza dell'interesse a che la prova oggetto di incidente probatorio non si disperda, ragione per la quale il differimento non può essere disposto se appunto pregiudicherebbe l'assunzione della prova richiesta.

In questo caso infatti il legislatore ha posto un argine anche alla possibilità che sia il PM ad attuare un uso strumentale dell'istituto del differimento, imponendogli, a pena di inammissibilità, di depositare entro due giorni dalla notifica della richiesta l'istanza di differimento motivata con le ragioni per le quali l'espletamento pregiudicherebbe le indagini.

22

La richiesta di differimento

A pena di inammissibilità, va avanzata entro due giorni dalla notifica della richiesta di incidente probatorio e la sanzione di inammissibilità della richiesta stessa attiene a tutti i requisiti che la stessa deve contenere, non solo al termine temporale.

Ovvero la richiesta, per essere valida, deve contenere necessariamente l'indicazione dell'atto o degli atti d'indagine che si reputano pregiudicabili dall'incidente probatorio ed il termine di differimento.

23

La decisione del Gip sulla richiesta

Entro il termine di due giorni dalla prova dell'avvenuta notifica della richiesta il Gip deposita ordinanza con la quale accoglie, dichiara inammissibile o rigetta la richiesta di incidente probatorio e ne dispone la notifica al Pm ed alle persone interessate.

Nel caso in cui la richiesta fosse accolta il giudice stabilisce:

- a) l'oggetto della prova nei limiti della richiesta e delle deduzioni;
- b) le persone interessate all'assunzione della prova;
- c) la data dell'udienza che deve cadere entro 10 giorni dalla data dell'ordinanza.

L'avviso dell'udienza è notificato alle parti almeno 2 giorni prima.

Tutte le decisioni in merito alla richiesta di incidente probatorio sono inoppugnabili.

La qual cosa appare in contrasto con il sistema, dal momento che tutte le ordinanze in tema di prova sono impugnabili, sia pure con la sentenza.

D'altra parte la decisione di inammissibilità o rigetto della richiesta non è suscettibile di formare giudicato, quindi nulla vieta che si possa riproporre una analoga richiesta precedentemente rigettata.

24

Svolgimento dell'udienza

La udienza si svolge in camera di consiglio con la partecipazione necessaria del PM e del difensore dell'indagato, il quale se non presente verrà sostituito ex art. 97 comma 4.

Il difensore della persona offesa ha diritto di partecipare all'udienza, ma la sua presenza non è indispensabile.

La prima osservazione è che la prova assunta in sede di incidente probatorio non può essere utilizzata nei confronti di quei soggetti i cui difensori non hanno partecipato all'iter di formazione della prova.

Attesa la necessità della presenza del difensore dell'indagato per l'instaurazione di un valido contraddittorio, va valutata la possibilità del differimento dell'udienza per legittimo impedimento; anche se il tenore letterale del comma 2 dell'art. 401 che prevede la sostituzione del difensore non comparso, non lascerebbe spazio a tale interpretazione.

25

COMPORAMENTO DELLE PARTI.

Il difensore della persona offesa, nel caso compaia, non può proporre domande dirette all'esaminando, ma solo proporle al Gip.

Il diritto dell'indagato e della persona offesa ad assistere all'incidente probatorio, sussiste solo nel caso di esame di teste o di altra persona, in tutti gli altri casi la presenza è subordinata all'autorizzazione del Gip.

Laddove invece, nel caso per es. di una perizia contabile, la partecipazione dell'indagato potrebbe essere utile.

In sostanza quindi i modi di espletamento dell'incidente sono solo in parte assimilabili al contraddittorio pieno che si instaura nel dibattimento, anche se l'art.401 comma 5 è perentorio nello stabilire che le forme dell'assunzione della prova sono quelle stabilite per il dibattimento.

26

EFFETTI e CONSEGUENZE

La regola secondo la quale è vietato raccogliere una prova che riguardi persone i cui difensori non partecipano all'incidente probatorio, impedisce la verbalizzazione di quanto riferito *erga alios*.

Tuttavia il divieto di utilizzabilità nei confronti di quelle persone i cui difensori non abbiano partecipato alla procedura incidentale è aggirabile dalle parti per quanto disposto dall'art. 402 che consente appunto al PM ed all'indagato di chiedere che la prova si estenda anche a tali fatti ed in tal caso l'incidente viene sospeso e si provvede ad integrare l'avviso anche a tali persone, in ossequio ad un principio di non dispersione della *notitia criminis*.

Tutto ciò è comunque possibile solo in quanto non arrechi pregiudizio all'assunzione della prova e l'integrazione deve essere disposta nei 3 giorni.

Premesso ciò si pone un ulteriore problema: se le persone nei confronti delle quali si chiede di estendere l'incidente probatorio (con le eventuali altre persone offese) risultano indagate, *nulla quaestio*, se viceversa le dichiarazioni rese dal teste costituiscano *notitia criminis* allora il PM valuterà se procedere separatamente nei confronti della persona indicata, ma se preferirà estendere a lui la procedura incidentale, sarà necessario inviargli un avviso che contenga le caratteristiche della comunicazione di garanzia.

27

Efficacia dell'incidente nei confronti della parte civile

Il danneggiato dal reato che non sia stato messo in condizioni di partecipare alla procedura incidentale, può elidere gli effetti dell'atto, se non ne fa accettazione anche tacita.

Si tratta di una inutilizzabilità relativa ovvero solo nei confronti del danneggiato pretermesso. Più esattamente si tratta di una inopponibilità della sentenza nei suoi confronti, a meno che non ne faccia anche tacita acquiescenza.

Riguardo all'accettazione tacita si è osservato che nel caso del danneggiato che non si sia costituito parte civile non sarebbe possibile accertare la sua accettazione tacita.

All'atto della costituzione di parte civile, a scanso di equivoci, sarebbe opportuno che il danneggiato pretermesso faccia esplicita dichiarazione di non accettazione dei risultati dell'incidente probatorio.

In tal caso si pone l'ulteriore problema della decisione del giudice in ordine alla domanda di risarcimento e restituzione della Parte civile: se infatti il giudice intende assolvere l'imputato sulla base di un incidente probatorio non opponibile alla parte civile, *quid juris* ?

28

Nei confronti di altri soggetti

La regola generale (403) è che vi è un divieto assoluto di utilizzabilità in dibattimento di atti raccolti nell'incidente probatorio nei confronti di altri soggetti che non vi abbiano partecipato.

Tale regola conosce una eccezione ed è quella secondo la quale gli atti sono utilizzabili nei confronti dell'imputato che sia divenuto indagato dopo l'espletamento dell'incidente e solo se quando gli indizi di colpevolezza a suo carico siano emersi quando la ripetizione dell'atto assunto incidentalmente era divenuta impossibile.

29

Audizione protetta

Un caso particolare di incidente probatorio è quello previsto dall'art. 392 comma 1-bis, ovvero l'audizione del teste infrasedicenne, non necessariamente persona offesa, nell'ambito dei processi per violenza sessuale e pedofilia volgarmente detta.

L'introduzione del comma è stata opera, si diceva, della L. 66/96 successivamente modificata dalla 269/98 e costituisce uno dei casi nei quali il pericolo di dispersione della prova o di una sua non utile raccolta differita, non ha bisogno di dimostrazioni da parte del PM o dell'indagato che ne fa richiesta, poiché è presunta dalla legge.

Tale presunzione deriva dal duplice rilievo per il quale si è portati a ritenere che la personalità di un minore non ancora matura sia suscettibile, da un lato, di incontrare nel tempo fattori di condizionamento tali da inquinare la genuinità, e dall'altro, nel caso di abuso sessuale subito, di attivare meccanismi di autodifesa e di rimozione del ricordo del trauma patito.

L'altra peculiarità di cui si è già trattato è che in questi casi, il PM è costretto alla *discovery* completa di tutti gli atti d'indagine svolti.

Il comma 5-bis dell'art. 398 prevede poi la possibilità che l'assunzione incidentale della prova avvenga con le forme particolari dell'audizione protetta.

Tali forme altresì richiamate e meglio precisate dall'art. 498 che si occupa appunto dell'esame dibattimentale del minore.