

CAPITOLO VI

L'INCIDENTE PROBATORIO

di Leonardo Suraci

L'incidente probatorio costituisce, come è noto, una parentesi istruttoria che si colloca in una fase ordinariamente preordinata al conseguimento di finalità diverse da quelle afferenti alla formazione della prova. Il presupposto dell'attivazione di un siffatto meccanismo è rappresentato – quantomeno tendenzialmente, costituendo la necessaria ricorrenza di esso l'oggetto di numerose e significative ipotesi derogatorie – dall'indifferibilità dell'acquisizione probatoria. Sin dall'inizio sono state evidenziati, dell'istituto in discorso, rigidità ed incongruenze, mentre l'evoluzione normativa ne ha dilatato l'ambito applicativo, producendo difetti di sistematicità nella sua strutturazione complessiva e cedimenti rispetto alla sua funzione tipica.

RIFERIMENTI NORMATIVI: artt. 3, 24, 111 Cost.; art. 2043 c.c.; art. 185 c.p.; artt. 60, 61, 99, 132, 178, 179, 190, 190 *bis*, 210, 235, 238, 327 *bis*, 335, 391 *bis*, 11° comma, 392, 393, 394, 395, 396, 397, 398, 399, 400, 401, 402, 403, 404, 405, 406, 407, 412, 419, 3° comma, 467, 511, 2° comma, 512, 513, 2° comma, 530, 593, 2° comma, 652 c.p.p.; l. 15-2-1996, n. 66; artt. 4 e 5, l. 7-8-1997, n. 267; art. 13, l. 3-8-1998, n. 269; l. 1-3-2001, n. 63; art. 15, l. 11-8-2003, n. 228; art. 14, l. 6-2-2006, n. 38; art. 9, l. 23-4-2009, n. 38.

SOMMARIO: **1.** La funzione dell'incidente probatorio. – **2.** L'orizzonte temporale di operatività dell'istituto. – **3.** I soggetti legittimati. – **4.** Il contenuto della richiesta. – **5.** Il contraddittorio sulla richiesta. – **6.** Il differimento dell'incidente probatorio. – **7.** La decisione del giudice sulla richiesta di incidente probatorio. – **8.** L'udienza di assunzione della prova. – **9.** L'abbreviazione dei termini in casi di urgenza. – **10.** Il regime di utilizzabilità della prova assunta mediante incidente probatorio. – **11.** Circolazione delle prove formate mediante incidente probatorio ed utilizzabilità. – **12.** L'efficacia dell'incidente probatorio nei confronti della parte civile.

1. La funzione dell'incidente probatorio

Nell'ambito della strutturazione complessiva del nuovo sistema processuale, è noto che l'incidente probatorio¹ avesse una funzione ben delineata.

“[N]ella sua parabola evolutiva” – non può però negarsi – “è vergata la storia di un congegno che, venuto alla luce, non senza qualche sospettoso pregiudizio, con il primitivo impianto del codice del 1988, si è di seguito involuto, atrofizzandosi, all'indomani della svolta inquisitoria del 1992, per ritrovare nuova linfa, poi, allorché il legislatore ne ha riscoperto, dandovi opportuno seguito, le ampie potenzialità di sviluppo e l'intrinseca attitudine polifunzionale”².

Nel modello processuale precedentemente vigente, come è noto, non era previsto un istituto riconducibile allo schema dell'incidente probatorio, in quanto “non avrebbe avuto senso congegnare un meccanismo preordinato all'acquisizione della prova prima del dibattimento [poiché] la fase precedente il giudizio rivestiva un significato talmente preponderante da trasformare il dibattimento in ‘una spenta e il più delle volte formale riproduzione di quanto già trasfuso negli atti’”³.

È ben noto, infatti, come “sotto il profilo strutturale, i sistemi processuali ‘con istruzione’ partoriti dal modello napoleonico sconoscessero meccanismi riconducibili, in senso proprio, al paradigma dell'incidente probatorio (...) l'unicità del fascicolo processuale, destinato a fungere da ricettore delle risultanze dell'intera attività investigativo-probatoria e, insieme, da cordone ombelicale di raccordo tra tutte le fasi del processo, ha inibito l'insorgere di congegni deputati ad anticipare il *dies* di formazione della prova in contraddittorio”⁴.

¹ Pur costituendo, fa notare Renon, *L'incidente probatorio vent'anni dopo: un istituto sospeso tra passato e futuro*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2011, 1020, una delle più significative novità del nuovo sistema processuale, l'istituto appare oggi tra quelli più significativamente invecchiati, necessitante quindi di un profondo “restyling”. Esso è denominato “incidente”, evidenzia Corso, *Le indagini preliminari*, in *Procedura penale*, Torino, 2010, 423, in quanto “apre nelle indagini preliminari, e comunque prima del dibattimento, una parentesi avente finalità ‘probatoria’”.

² Di Chiara, *Incidente probatorio*, in *Enc. Dir.*, Agg. VI, Milano, 2000, 546. Registrano una caduta di senso e di funzione dell'istituto, altresì, Ferraro-Piattoli, *L'incidente probatorio*, in *Indagini preliminari ed instaurazione del processo*, Torino, 1999, 357.

³ La Regina, *Incidente probatorio*, in *Tratt. Spangher*, III, Torino, 2009, 551.

⁴ Di Chiara, *op. cit.*, 546.

Affermatosi, nella configurazione del nuovo modello processuale, il **principio della separazione** tra la fase delle **indagini preliminari** – affidata al pubblico ministero ed alla polizia giudiziaria e finalizzata all'acquisizione di elementi necessari alle determinazioni inerenti all'esercizio dell'azione penale – e la **fase dibattimentale** – sede naturale di formazione della prova – diveniva necessaria la previsione di un congegno normativo che consentisse l'acquisizione anticipata di prove suscettibili di dispersione⁵.

La nuova strutturazione dei rapporti tra le su menzionate fasi del procedimento e la naturale inidoneità della prima a fungere, almeno ordinariamente, da segmento acquisitivo della prova ponevano sul tappeto, in altri termini, il problema di come attivare una procedura formativa di elementi probatori in presenza di circostanze tali da rendere l'acquisizione medesima indifferibile rispetto al dibattimento⁶.

La soluzione è stata quella di costruire un congegno – l'incidente probatorio, appunto – in virtù del quale le prove suscettibili di dispersione in attesa dell'instaurazione del dibattimento possono essere assunte nel corso delle indagini preliminari mediante forme che, pur implicando il necessario sacrificio dei principi fondamentali tipici del processo accusatorio, garantiscono, sia pure con modalità più sfumate⁷, il diritto delle parti al contraddittorio nella formazione della prova⁸.

⁵ Sottolinea l'indispensabilità di un siffatto meccanismo, tra gli altri, Lozzi, *Indagini preliminari, incidenti probatori e udienza preliminare*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1989, 1284.

⁶ Mette in evidenza, infatti, Di Chiara, *op. cit.*, 547, come l'esigenza di concepire un meccanismo anticipatorio di elaborazione della prova idoneo a trovare spazio nella fasi anteriori al dibattimento emerge in senso forte nel quadro del modello dell'inchiesta preliminare di parte messo a fuoco dal dibattito culturale degli anni Sessanta.

⁷ V., per questo appunto, Cesari, *Prova (Acquisizione della)*, in *Digesto pen.*, Agg. II, Torino, 2004, 720.

⁸ Un'analogia funzione assolvono, sia pure nell'ambito di un frangente procedurale più avanzato, gli istituti disciplinati dagli artt. 467 e 554, 1° comma, c.p.p. La prima disposizione, come è noto, stabilisce che, durante la fase degli atti preliminari al dibattimento, nei casi previsti dall'art. 392 c.p.p., il presidente del tribunale o della corte di assise dispone, a richiesta di parte, l'assunzione delle prove non rinviabili, osservando le forme previste per il dibattimento. La seconda norma disciplina la medesima evenienza nell'ambito del procedimento a citazione diretta dinanzi al tribunale in composizione monocratica, prevedendo che il giudice per le indagini preliminari è competente ad assumere gli atti urgenti a norma dell'art. 467 c.p.p. Inoltre, lo stesso organo provvede sulle misure cautelari fino a quando il decreto, unitamente al fascicolo per il dibattimento, non è trasmesso al giudice a norma dell'art. 553, 1° comma, c.p.p. V., per una puntuale analisi di tali disposizioni e delle problematiche di ordine interpreta-

Ovviamente, l'esigenza di fronteggiare situazioni di pericolo per la formazione di elementi di prova – situazioni, in altri termini, strettamente connesse alla concretezza ed effettività del diritto delle parti alla prova – non poteva non accompagnarsi alla preoccupazione per la predisposizione di un meccanismo acquisitivo che, collocato nella fase tipicamente investigativa, richiamava modelli formativi propri del codice appena abrogato, per cui, se non contenuto entro limiti ben precisi, rischiava di svuotare di significato la fase dibattimentale⁹.

L'istituto, inoltre, poteva prestarsi ad un utilizzo pretestuoso da parte della difesa, la quale avrebbe potuto piegare il ricorso all'incidente probatorio al fine di ottenere una prematura *discovery* dei risultati delle investigazioni in modo da comprometterne l'efficacia¹⁰.

I timori e le riserve¹¹ che hanno accompagnato l'introduzione dell'istituto stanno, dunque, alla base della reiterata sottolineatura del suo carattere eccezionale¹² e della predisposizione di una rigida disciplina,

tivo e sistematico ad esse connesse, Iafisco, *Gli atti preliminari al dibattimento penale di primo grado*, Torino, 2009, 213; Garuti, *Il procedimento per citazione diretta a giudizio davanti al tribunale*, Milano, 2003, 163.

⁹ Approfondisce questi aspetti, di recente, La Regina, *op. cit.*, 557. Già Lozzi, *Indagini preliminari, incidenti probatori e udienza preliminare*, cit., 1284, aveva evidenziato le "esigenze antitetiche" che avrebbero sollecitato il pubblico ministero ad avanzare richiesta di incidente probatorio: da un lato, questi avrebbe voluto evitare l'incidente per non anticipare alla difesa i risultati delle indagini; dall'altro, avrebbe desiderato che, se importanti, i medesimi risultati acquisissero fin da subito dignità di prova. Su questo ordine di problemi v., inoltre, Galasso, *L'incidente probatorio nel nuovo codice di procedura penale*, in *Giur. di merito*, 1990, 688.

¹⁰ La Regina, *op. cit.*, 557.

¹¹ Evidenziate, tra i tanti, da Quaglierini, *Le modifiche in tema di incidente probatorio*, in *Le nuove leggi penali*, Padova, 1998, 210. Di "timori e riserve" parla anche, in relazione all'introduzione dell'incidente probatorio, Piattoli, *Incidente probatorio*, in *Digesto pen.*, Agg. I, Torino, 2000, 399.

¹² "Se l'incidente fosse molto frequente" – rilevava infatti Lozzi, *Indagini preliminari, incidenti probatori e udienza preliminare*, cit., 1285 – "il principio, per cui l'assunzione della prova viene riservata a dibattimento, risulterebbe compromesso e, surrettiziamente, attraverso una molteplicità di attività istruttorie, si reintrodurrebbe una forma di istruzione antecedente il dibattimento". V., anche, Bargis, *L'incidente probatorio*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1990, 1350, la quale, tra l'altro, pone in evidenza la situazione di disparità in cui si trova la difesa rispetto al pubblico ministero nell'ambito della procedura incidentale. Le medesime osservazioni vengono ribadite in Id., *Incidente probatorio*, in *Digesto pen.*, VI, Torino, 1992, 360. V., altresì, Di Chiara, *op. cit.*, 547.

soprattutto per quel che concerne il profilo dei presupposti di ammissibilità¹³.

Il legislatore, infatti, non si è limitato, nell'art. 392 c.p.p., a prevedere, quale condizione indispensabile di attivabilità del rimedio, la generica connotazione di **non rinviabilità** al dibattimento della prova¹⁴, ma, al fine di restringere i margini di discrezionalità del giudice per le indagini preliminari, ha puntualizzato siffatta nozione mediante la tassativa catalogazione dei mezzi di prova suscettibili di preventiva assunzione e la vincolante predeterminazione delle situazioni di fatto legittimanti l'instaurazione della procedura acquisitiva anticipata¹⁵.

Ed infatti, la disposizione del codice processuale sopra citata prevedeva, nella sua versione originaria, che nel corso delle indagini preliminari¹⁶ il pubblico ministero e la persona sottoposta alle indagini potessero

¹³ Il timore di un uso preordinato ad ostacolare la segretezza delle indagini è stato, invece, fugato mediante la previsione, contenuta già nella direttiva, della possibilità di dilazionare l'assunzione anticipata della prova richiesta dalla difesa.

¹⁴ Faceva notare, in proposito, La Regina, *op. cit.*, 559, come “[n]ella direttiva n. 40 della legge delega 1987, n. 81, l'incidente – che diviene ‘probatorio’ per non rievocare i guasti del vecchio sistema neppure sotto il profilo nominalistico – risulta confinato entro una logica di eccezionalità, a presidio della quale viene dichiaratamente posta l'enunciazione dei mezzi di prova esperibili e della ragion d'essere dell'assunzione anticipata, ovvero la non rinviabilità dell'atto”. La centralità della nozione di atto non rinviabile rispetto all'istituto incidentale è evidenziata, inoltre, da La Rocca, *L'incidente probatorio*, in *La prova penale*, diretto da Gaito, II, Torino, 2008, 214. V., più di recente, Id., *Incidente probatorio*, in *Digesto pen.*, Agg. VI, Torino, 2011, 290.

¹⁵ Il legislatore – nota Mastrogiovanni, *Le nuove regole per l'assunzione anticipata dei mezzi di prova*, in *Le innovazioni in tema di formazione della prova nel processo penale. Commento alla legge 7 agosto 1997, n. 267*, Milano, 1997, 21 – ha voluto evitare che l'assunzione anticipata della prova assumesse ampie proporzioni, perché, se così non fosse stato, il principio secondo cui l'assunzione della prova, in un impianto improntato al principio di accusatorietà, viene riservata al dibattimento sarebbe stato compromesso. “Così operando” – rileva, però, Quaglierini, *Le modifiche in tema di incidente probatorio*, cit., 214 – “il legislatore delegato ha finito per rendere angusto l'ambito oggettivo di applicabilità dell'istituto”.

¹⁶ C. cost., 10-3-1994, n. 77, in *Cass. pen.*, 1994, 1788, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale 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. V., per un'analisi delle problematiche connesse all'estensione dell'ambito di operatività dell'incidente probatorio, Cassibba, *L'udienza preliminare. Struttura e funzioni*, Milano, 2007, 319; Macchia, *Incidente probatorio e udienza preliminare: un matrimonio con qualche ombra*, in *Cass. pen.*, 1994, 1790; Tonini, *L'incidente probatorio nell'udienza preliminare: nuove prospettive per il diritto di difesa*, in *Cass. pen.*, 1994, 1995; Piattoli, *op. cit.*, 401. V., inoltre, in relazione al peculiare profilo co-

chiedere al giudice per le indagini preliminari di procedere con incidente probatorio:

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 impedimento¹⁷;

b) all'assunzione di una 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 falso¹⁸;

c) all'esame della persona sottoposta alle indagini su fatti concernenti la responsabilità di altri, quando ricorre una delle circostanze previste dalle lett. a) e b)¹⁹;

d) all'esame delle persone indicate nell'art. 210 c.p.p., quando ricorre una delle circostanze previste dalle lett. a) e b)²⁰;

e) al confronto tra persone che in altro incidente probatorio o al pubblico ministero hanno reso dichiarazioni discordanti, quando ricorre una delle circostanze previste dalle lett. a) e b)²¹;

f) a una perizia o a un esperimento giudiziale, se la prova riguarda una persona, una cosa o un luogo il cui stato è soggetto a modificazione non evitabile;

g) a una ricognizione, quando particolari ragioni di urgenza non consentono di rinviare l'atto al dibattimento²².

stituito dall'operatività dell'estensione in discorso rispetto alle prove insuscettibili di irrimediabile dispersione, Lozzi, *L'ambito di operatività dell'art. 392 c.p.p.*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2003, 502.

¹⁷ V., in relazione a siffatta ipotesi, Di Chiara, *op. cit.*, 548. Oltre che, tra gli altri, La Regina, *op. cit.*, 562; La Rocca, *L'incidente probatorio*, cit., 219.

¹⁸ Evidenzia Di Chiara, *op. loc. ult. cit.*, come l'approfondito dibattito dottrinale sulla fattispecie ne abbia segnalato i molteplici aspetti chiaroscurali. V., in relazione a questo caso di incidente probatorio, La Regina, *op. cit.*, 566; La Rocca, *op. ult. cit.*, 220.

¹⁹ Le parole "quando ricorre una delle circostanze previste dalle lettere a) e b)", poste alla fine della presente lettera, sono state soppresse dall'art. 4, l. 7-8-1997, n. 267.

²⁰ Eguale, le parole "quando ricorre una delle circostanze previste dalle lettere a) e b)", poste anch'esse alla fine della presente lettera, sono state soppresse dall'art. 4, l. 7-8-1997, n. 267.

²¹ V., anche rispetto a questa ipotesi, La Regina, *op. cit.*, 583; La Rocca, *L'incidente probatorio*, cit., 223.

²² Per un'analisi puntuale dei casi di ammissibilità dell'incidente probatorio v., per tutti, La Regina, *op. cit.*, 563; Sau, *Incidente probatorio*, in *Codice di procedura penale*, a cura di Giarda-Spangher, Mi-

Il pubblico ministero e la persona sottoposta alle indagini, aggiunge l'art. 392, 2° comma, c.p.p. con una previsione che si spinge decisamente oltre il concetto di prova non rinviabile delineato dalla legge di delega²³, possono altresì chiedere una perizia che, se fosse disposta nel dibattimento, ne potrebbe determinare una sospensione superiore a sessanta giorni²⁴.

“[S]copo della norma è [evidentemente] la tutela del principio di concentrazione dibattimentale, che risulterebbe vanificato da un accertamento suscettibile di dispiegarsi per tempi lunghi, idoneo a dar luogo, nelle more, a una stasi del processo”²⁵.

Si può notare come in tutti i casi presi in considerazione dall'art. 392, 1° comma, c.p.p., nella sua originaria formulazione, l'incidente probatorio tendeva a salvaguardare l'attitudine dimostrativa della prova in presenza di fattori esterni capaci di turbarne l'esplicarsi nel corso del tempo²⁶.

Iano, 2010, 4848; La Rocca, *op. ult. cit.*, 218; Ferraro-Piattoli, *op. cit.*, 359. V., altresì, Galasso, *op. cit.*, 690, il quale raggruppa in quattro categorie le prove suscettibili di assunzione mediante incidente probatorio: prova della quale diverrebbe impossibile l'acquisizione in dibattimento; prova esposta ad inquinamento; prova suscettibile di deterioramento; prova incompatibile con la concentrazione del dibattimento.

²³ Evidenzia la fuoriuscita dai limiti fisiologici dell'incidente probatorio, fra gli altri, Bargis, *L'incidente probatorio*, cit., 1332. V., altresì, Id., *Incidente probatorio*, cit., 348. Oltre che, ancora, Di Chiara, *op. cit.*, 550, il quale sottolinea che la fattispecie in discorso è ispirata ad una *ratio* del tutto distinta da quella sottesa al catalogo di cui all'art. 392, 1° comma, c.p.p.

²⁴ In questo caso l'indifferibilità “dismette la veste di presupposto finalizzato a prevenire il pericolo di dispersione della prova, per assumere quella di connotazione ‘funzionale’ a preservare la sede naturale della sua formazione”. Così La Regina, *op. cit.*, 561. Ma, anche, Di Chiara, *op. cit.*, 550, secondo il quale la fattispecie dimostra come “l'orizzonte della polifunzionalità dell'incidente fosse tutt'altro che estraneo all'impianto originario dell'istituto”. V., inoltre, Mastrogianni, *op. cit.*, 35, per il quale la previsione tende a salvaguardare il principio della concentrazione processuale.

²⁵ Di Chiara, *op. loc. ult. cit.*

²⁶ È chiaro che la funzione dell'incidente probatorio appare alterata per effetto delle modifiche che, nel corso del tempo, hanno via via ampliato le ipotesi di ricorribilità all'istituto a prescindere dalla sussistenza di presupposti riconducibili all'area operativa del requisito dell'indifferibilità. Così come ne viene messa in crisi l'autentica funzione dall'orientamento giurisprudenziale che vuole la prova liberamente utilizzabile e non necessariamente rinnovabile a prescindere dalla possibilità di nuova audizione del dichiarante in dibattimento. V., proprio di recente, Cass., 1-8-2012, Nigro, in *Arch. pen.*, 2013, 267. In senso decisamente critico rispetto alla presa di posizione della Suprema Corte v., in particolare, Valentini, *Cronaca di una morte annunciata: l'incidente probatorio e il diritto alla prova*, in *Arch. pen.*, 2013, 267.

Che questa sia l'impronta che plasma l'istituto, d'altra parte, è stato riconosciuto dalla Corte costituzionale²⁷, laddove ha avuto cura di precisare che, nel vigente sistema processuale, l'incidente probatorio è preordinato a consentire alle parti processuali, durante la fase delle indagini preliminari, l'assunzione di **prove indispensabili** per l'accertamento dei fatti, al fine di garantire l'effettività del loro diritto alla prova anche in relazione a prove che sarebbero altrimenti perdute in tutti quei casi in cui – secondo l'elencazione dell'art. 392 c.p.p. – si prevede che non siano differibili al dibattimento per le condizioni della persona da esaminare, o perché soggette a perdita di genuinità, ovvero 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.

Evidenti ragioni di economicità rendono fuori luogo soffermarsi sulle ragioni delle modifiche che il legislatore ha apportato alla disposizione in questione mediante l'eliminazione del presupposto dell'indifferibilità rispetto ai mezzi di prova costituiti dall'esame della persona sottoposta alle indagini e di soggetti indicati nell'art. 210 c.p.p.

Basta dire, sul punto, che tra le diverse modifiche apportate dalla l. 7-8-1997, n. 267, la revisione dell'art. 513, 2° comma, c.p.p. aveva assunto una portata anche emblematica, poiché il nuovo criterio di recupero in giudizio delle dichiarazioni rese dall'imputato in procedimento connesso o collegato, fondato sull'accordo delle parti, "rappresentava [...] il tramite con cui il legislatore sembrava voler avviare un processo di reinterpretazione in chiave garantistica del fenomeno probatorio e – di riflesso – dell'impianto stesso del codice, in linea con gli auspici dei *conditores* del nuovo rito"²⁸.

L'intervento novellistico – che, sotto un profilo più strettamente politico, poteva essere letto "nel senso di un recupero di quel potere discrezionale nella scelta del modello più idoneo al soddisfacimento dei valori

²⁷ C. cost., 10-3-1994, n. 77, cit. Con essa, la Corte costituzionale ha ritenuto costituzionalmente illegittimi gli artt. 392 e 393 c.p.p., nella parte in cui non consentivano che, nei casi previsti dalla prima di tali disposizioni, l'incidente probatorio potesse essere richiesto ed eseguito anche nella fase dell'udienza preliminare.

²⁸ Frioni, *Equilibrismi e improbabili simmetrie nella sentenza n. 361/1998 della Corte costituzionale*, in *Cass. pen.*, 1999, 431.

richiamati dalla Costituzione del quale la Corte costituzionale, attraverso un utilizzo eccentrico e distorto del principio di ragionevolezza, si era 'appropriata', in tal modo abbozzando una sorta di autarchia nella predisposizione delle regole probatorie e dei principi informatori del giusto processo"²⁹ – non si poteva disinteressare dell'esigenza di predisporre meccanismi di salvaguardia del **principio di non dispersione** dei mezzi prova.

Pertanto, si era fatto carico di realizzare un soddisfacente equilibrio tra la linea di pensiero della Corte costituzionale – particolarmente attenta, come abbiamo visto, all'elaborazione ed alla valorizzazione di quel canone, richiamato in C. cost. 361/1998³⁰ – ed il principio del contraddittorio, ampliando i margini di operatività dell'incidente probatorio in relazione ai mezzi di prova costituiti dall'esame degli indagati su fatti concernenti la responsabilità di altri e dall'esame dei soggetti di cui all'art. 210 c.p.p., ossia proprio le figure problematiche coinvolte nella disciplina dell'art. 513 c.p.p.³¹.

Grazie alla rimodulazione dell'art. 392 c.p.p., dunque, era divenuto possibile proporre una richiesta preordinata all'assunzione dei menzionati mezzi di prova a prescindere dalla ricorrenza di una effettiva condizione di non rinviabilità, di talché l'incidente probatorio sarebbe dovuto divenire il consueto mezzo di acquisizione in via anticipata di dati probatori presuntivamente esposti al rischio di dispersione³².

²⁹ Frioni, *op. ult. cit.*, 436.

³⁰ C. cost., 2-11-1998, n. 361, in *Giur. cost.*, 1998, 3128. Con la sentenza in discorso, come è noto, è stato dichiarato incostituzionale l'art. 513, 2° comma, ult. periodo, c.p.p. – nella versione modificata dalla l. 7-8-1997, n. 267 – nella parte in cui non prevedeva che, qualora il dichiarante rifiutasse o, comunque, omettesse in tutto o in parte di rispondere su fatti concernenti la responsabilità di altri già oggetto delle sue precedenti dichiarazioni, in mancanza dell'accordo delle parti, alla lettura si applicasse l'art. 500, commi 2° *bis* e 4°, c.p.p.

³¹ V., infatti, Dean, *Retrospectiva del "nuovo" art. 111 Cost.: Anamnesi del giusto processo penale*, in *Fisionomia costituzionale del processo penale*, a cura di Dean, Torino, 2007, 157, il quale rileva come con la riforma in discorso il Parlamento "si era dimostrato fattivamente solidale con la prospettiva ermeneutica inaugurata dalla Corte costituzionale".

³² V., sulla portata dell'innovazione legislativa, La Regina, *op. cit.*, 579. Altrettanto chiaramente, sul punto, v. Frioni, *op. cit.*, 440, il quale rileva come, mediante l'espansione dell'istituto, "si era creduto di poter garantire in costanza di contraddittorio l'acquisibilità preventiva di dati conoscitivi che avrebbero potuto perdersi di fronte al silenzio dibattimentale del dichiarante". Certo è che, alla luce della conformazione assunta dal modello processuale dopo gli interventi della Corte costituzionale su menzionati, appariva "patetico" lo scrupolo con cui l'incidente probatorio venne disciplinato al fine di ga-

Allo stesso modo, sarebbe eccessivamente dispendioso impegnarsi nell'analisi delle esigenze di tutela delle quali il legislatore si è fatto carico tramite l'introduzione ed il reiterato aggiornamento dell'art. 392, 1° comma *bis*, c.p.p., essendo sufficiente evidenziare come si sia inteso tutelare preponderanti interessi di ordine extraprocessuale attraverso la creazione di un meccanismo incidentale "dai portali di accesso del tutto liberalizzati, e perciò attivabile anche a prescindere da ogni profilo di non rinviabilità della prova"³³.

È sufficiente, in relazione a questi profili della disciplina normativa, richiamare l'osservazione di chi ha rilevato come le modifiche hanno istituito una sorta di **doppio regime** in materia di **presupposti di ammissibilità** dell'istanza di incidente probatorio, poiché, mentre per le previsioni rimaste indenni dalla legislazione novellistica l'indifferibilità costituisce ancora una *conditio sine qua non* per l'accesso alla procedura, per le altre si è assistito ad un abbattimento delle barriere inizialmente poste a presidio dell'eccezionalità dell'istituto³⁴.

L'utilizzazione dell'incidente probatorio in funzione surrogatoria dell'atto investigativo del difensore – nell'ambito di un sistema che si caratterizza per il requisito della non coercibilità degli atti d'indagine difensiva e, quindi, del necessario intervento dell'autorità giudiziaria "in chiave alternativa del 'diritto di difendersi ricercando'"³⁵ – e, pertanto, la sua attivabilità anche al di fuori delle ipotesi di non rinviabilità al dibattimen-

rantirne l'eccezionalità. V., in questo senso, Giostra, *La riforma dell'incidente probatorio*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1995, 661, il quale riteneva l'istituto, in quel sistema, "un lusso garantistico, di cui il pubblico ministero si priva volentieri". Ulteriori elementi di riflessione possono rinvenirsi, poi, in Vitale, *L'incidente probatorio per l'esame dei coimputati e degli imputati connessi o collegati*, in *Cass. pen.*, 2000, 1893. Oltre che in Piattoli, *op. cit.*, 403. Bisogna in ogni caso riconoscere come, osserva Iafisco, *op. cit.*, 219, "[s]olo al prezzo di una vistosa forzatura esegetica si può continuare a considerare tutte queste ipotesi di incidente probatorio come espressione del requisito di non rinviabilità della prova a dibattimento enucleato dalla primigenia versione dell'art. 392 c.p.p., salvo postularne una nozione così lata da privarla di qualsiasi rigore scientifico".

³³ Di Chiara, *op. cit.*, 552. Il comma in discorso è stato aggiunto dall'art. 13, l. 15-2-1996, n. 66 e poi modificato dall'art. 13, l. 3-8-1998, n. 269, dall'art. 15, l. 11-8-2003, n. 228, dall'art. 14, l. 6-2-2006, n. 38, nonché, da ultimo, dall'art. 9, l. 23-4-2009, n. 38.

³⁴ V., per questi rilievi, La Regina, *op. cit.*, 561. V. inoltre, Di Chiara, *op. cit.*, 550, il quale, a tal proposito, parla di "liberalizzazione" dell'incidente probatorio.

³⁵ Di Chiara, *op. cit.*, 556.

to dell'acquisizione probatoria³⁶, hanno infine aggiunto una fase ulteriore al processo di progressiva erosione dei connotati che ne avevano caratterizzato la disciplina originaria³⁷.

2. L'orizzonte temporale di operatività dell'istituto

Il profilo concernente i limiti temporali di attivabilità dell'incidente probatorio emerge in relazione ad una sequenza di – non più recentissime – prese di posizione della Corte costituzionale³⁸.

³⁶ Infatti, l'art. 391 *bis*, 11° comma, c.p.p. precisa che la richiesta di incidente probatorio può essere proposta “anche al di fuori” delle ipotesi previste dall'art. 391, 1° comma, c.p.p., escludendo, pertanto, un vaglio di essa sotto il profilo dell'indifferibilità dell'acquisizione.

³⁷ Ruggiero, *Compendio delle investigazioni difensive*, Milano, 2003, 232, parla di “un altro duro colpo inferto al principio accusatorio, sia pur nobilitato dallo scopo di favorire l'esercizio delle attribuzioni difensive”. Per Triggiani, *Le investigazioni difensive*, Milano, 2001, 322, con la modifica normativa, “si assiste, dunque, all'ennesima dilatazione dei casi di incidente probatorio, istituto originariamente ancorato ai requisiti dell'eccezionalità e della necessaria finalizzazione della tutela di determinate fonti di prova, che giustificavano la compressione dei principi dell'oralità, dell'immediatezza e dell'immutabilità tra il giudice che assume la prova e quello che la valuta”. Egualmente critico rispetto al generale fenomeno di estensione dei casi di attuazione di incidenti probatori, Lozzi, *Il giusto processo e i riti speciali deflativi del dibattimento*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2002, 1164, il quale denuncia la lesione dei fondamentali principi del processo accusatorio. Rileva, invece, Parlato, *Le nuove disposizioni in materia di indagini difensive*, Torino, 2001, 77, come in questo settore normativo “sembra che il legislatore abbia raccolto, seppure in maniera riduttiva e parziale, gli auspici espressi da autorevole dottrina che – prima della stesura definitiva del testo della novella – aveva suggerito di liberalizzare l'accesso alla procedura, opportunamente semplificata, dell'incidente probatorio”. Non critica la scelta legislativa, anzi la definisce “più conforme al modello del processo *adversary*, nonché alla dislocazione delle posizioni soggettive e delle diverse funzioni”, Frigo, *L'indagine difensiva da fonti dichiarative*, in *Processo penale: il nuovo ruolo del difensore*, a cura di Filippi, Padova, 2001, 231. Estremamente critico è, invece, Santoro, *L'anomalia degli accertamenti tecnici irripetibili*, in *Guida dir.*, 2001, 1, 82, il quale, dopo avere definito la scelta legislativa un “*vulnus* ai connotati essenziali del processo accusatorio”, censura la decisione di deformare ulteriormente la funzione dell'incidente probatorio: “Qui è probabile che la fretta debba aver consigliato male. In nessuno dei vari progetti preliminari era contenuto il riferimento all'incidente probatorio e in quello più simile e prossimo al testo definitivo si contemplava la possibilità che il giudice disponesse l'audizione della persona informata sui fatti, senza alcuna specificazione sulle modalità di assunzione dell'atto e sul suo regime probatorio. Sicché agevole ne era la conclusione che fosse da equiparare alla deposizione resa dalla persona informata sui fatti al giudice dell'udienza preliminare, in sé priva di efficacia privilegiata e nella sostanza non dissimile da quella acquisita dal pubblico ministero o dalla polizia giudiziaria”.

³⁸ C. cost., ord. 18-7-2002, n. 368, in *Giur. cost.*, 2002, 2734.

La richiesta – necessaria in ragione della assoluta incompatibilità logica con l’impianto codicistico di un’iniziativa officiosa volta all’assunzione anticipata della prova³⁹ – di attivazione dell’incidente istruttorio, stabilisce infatti l’art. 393, 1° comma, c.p.p., deve essere 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.

Dunque, l’istituto in discorso era stato disegnato dal legislatore come “una parentesi che consentiva l’assunzione anticipata della prova in uno spazio temporalmente circoscritto alla fase delle indagini preliminari”⁴⁰.

Decorsi i termini delle indagini, non rimaneva alternativa diversa da quella di attendere la fase degli **atti preliminari al dibattimento** al fine di poter usufruire della procedura acquisitiva delineata dall’art. 467 c.p.p.

Considerata sotto il profilo letterale ed alla luce, altresì, della specifica previsione sanzionatoria contenuta nel successivo 3° comma⁴¹, la norma indubbiamente implica sia che la richiesta abbia luogo nell’ambito dei termini previsti quali limiti di durata delle indagini preliminari – *ex art. 405 c.p.p.* ovvero, a seguito di proroga, ai sensi degli artt. 406 e 407 c.p.p. – sia che il concreto espletamento dell’incidente sia contenuto all’interno del medesimo arco temporale.

La richiesta potrebbe, pertanto, essere formulata anche nella fase delle proroghe del termine per le indagini preliminari, ma “è possibile ravvisare una sorta di onere in campo al richiedente, giacché la richiesta deve essere presentata ‘in tempo sufficiente’, ossia tale da consentire che la prova sia assunta prima della scadenza”⁴².

Il rigore della disposizione è, tuttavia, in parte temperato dalla previsione della possibilità di chiedere la proroga del termine delle indagini preliminari ai fini dell’esecuzione di un incidente probatorio che, in ogni caso, sia stato richiesto nei termini.

³⁹ Di Chiara, *op. cit.*, 557.

⁴⁰ La Regina, *op. cit.*, 597.

⁴¹ L’inosservanza della disposizione è, infatti, sanzionata mediante la previsione di inammissibilità della richiesta.

⁴² Caprino, *Art. 393 c.p.p.*, in *Codice di procedura penale commentato*, a cura di Gaito, Torino, 2012, 2502.

Il giudice, in presenza di una richiesta siffatta, provvede con decreto motivato, concedendo la **proroga** per il tempo indispensabile all'assunzione della prova se ed in quanto risulti che la richiesta di incidente probatorio non avrebbe potuto essere formulata anteriormente.

Nello stesso modo il giudice provvede, ovviamente su richiesta di parte, se il termine per le indagini preliminari scade durante l'esecuzione dell'incidente probatorio.

Come può notarsi, la norma attribuisce al giudice per le indagini preliminari una funzione di controllo sull'ammissibilità della richiesta che si estende anche al profilo concernente la tempestività della stessa, al fine di evitare che l'incidente probatorio possa essere strumentalizzato per ritardare, pretestuosamente, la chiusura delle indagini preliminari

Pur essendo finalizzata allo svolgimento dell'incidente probatorio, tuttavia, la proroga determina un effettiva estensione dei poteri investigativi del pubblico ministero durante il termine prorogato, il quale potrebbe cogliere la necessità di ulteriori indagini proprio alla luce dell'andamento e dei risultati dell'incidente.

Al fine di assicurare che il controllo sul superamento dei termini di durata massima delle indagini preliminari scaturente dalla proroga sia effettivo e pluridirezionale, l'art. 393, 3° comma, c.p.p. stabilisce che del provvedimento di proroga sia data in ogni caso comunicazione al **procuratore generale** presso la corte di appello, il quale potrebbe disporre, ai sensi dell'art. 412 c.p.p., l'avocazione delle indagini preliminari a seguito del mancato esercizio dell'azione penale.

La disciplina legislativa del termine di proponibilità dell'incidente probatorio è stata ridimensionata, come già detto, dalla Corte costituzionale, la quale ha avuto modo di estendere l'ambito di operatività dell'istituto ben oltre l'orizzonte segnato dal termine delle indagini preliminari.

In un primo momento, infatti, sono stati dichiarati costituzionalmente illegittimi gli 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 preliminare⁴³.

⁴³ C. cost., 10-3-1994, n. 77, cit.

La Corte ha osservato che, essendo l'assunzione anticipata della prova volta a garantire l'effettività del corrispondente diritto delle parti e considerato che il presidente del collegio può assumere prove non rinviabili a norma dell'art. 467 c.p.p., la preclusione dell'esperimento dell'incidente probatorio nella fase dell'udienza preliminare sarebbe priva di ogni ragionevole giustificazione e lesiva dei diritti di azione e di difesa.

La preclusione medesima sarebbe, tra le altre cose, in contraddizione anche con la continuità che il legislatore ha assicurato all'attività d'indagine, prevedendo che essa possa proseguire sia dopo la richiesta di rinvio a giudizio, ai sensi dell'art. 419, 3° comma, c.p.p., sia dopo il decreto che dispone il giudizio, secondo quanto previsto dall'art. 430 c.p.p.⁴⁴.

Più tardi, la Corte Costituzionale ha dichiarato infondata la questione relativa agli artt. 392 e 393 c.p.p., sollevata in riferimento agli artt. 3, 24 e 111 Cost., nella parte in cui non prevedono che la richiesta di incidente probatorio possa essere presentata nella fase delle indagini preliminari, anche quando i relativi termini sono già scaduti⁴⁵.

La Corte ha ribadito che la *ratio* dell'estensione operata dalla sentenza del 1994 va ricercata nell'esigenza di garantire l'effettività del diritto del-

⁴⁴ V., come già detto, per un'analisi delle problematiche connesse all'estensione dell'ambito di operatività dell'incidente probatorio, La Regina, *op. cit.*, 599; Cassibba, *op. cit.*, 319; Macchia, *Incidente probatorio e udienza preliminare*, cit., 1790; Tonini, *op. cit.*, 1995; Piattoli, *op. cit.*, 401. V., inoltre, in relazione al peculiare profilo costituito dall'operatività dell'estensione in discorso rispetto alle prove insuscettibili di irrimediabile dispersione, Lozzi, *L'ambito di operatività dell'art. 392 c.p.p.*, cit., 502. Secondo Cass., 9-5-1997, n. 2002, in *Giust. pen.*, 1998, III, 692, il procedimento incidentale di assunzione della prova può essere "completato" nell'udienza preliminare anche se iniziato nella fase precedente.

⁴⁵ C. cost., ord. 18-7-2002, n. 368, in *Guida dir.*, 2002, 33, 79. Per un primo commento all'ordinanza della Corte costituzionale, v. Marzaduri, *Subordinata l'acquisizione anticipata a circostanze di effettiva indifferibilità*, in *Guida dir.*, 2002, 33, 81, il quale ritiene di poter ricavare dalle argomentazioni della Corte "significative precisazioni circa l'effettiva fisionomia dell'incidente probatorio introdotto nel sistema processuale penale a seguito della (...) sentenza 77/94". Come già detto, C. cost., 23-2-1994, n. 77, cit., ha esteso la possibilità di richiedere ed eseguire l'incidente probatorio anche nella fase dell'udienza preliminare, a fronte di una disciplina positiva che circoscrive l'ambito di attivabilità dell'istituto alla fase delle indagini preliminari (artt. 392 e 393 c.p.p.). L'ordinanza in questione, la quale affonda le proprie radici argomentative in C. cost., ord. 9-5-2001, n. 118, in *Giur. cost.*, 2001, 959, avrebbe, quindi, ristretto gli spazi di operatività dell'incidente probatorio durante la fase dell'udienza preliminare, circoscrivendoli alle sole ipotesi di indifferibilità della prova. Critiche a queste conclusioni sono mosse, però, da Lozzi, *L'ambito di operatività dell'art. 392 c.p.p.*, cit., 502. Le precisazioni contenute nella già citata C. cost., ord. 18-7-2002, n. 368, sono state ribadite, poi, in C. cost., ord. 15-7-2003, n. 249, in *Guida dir.*, 2003, 32, 69.

le parti alla prova, la quale sarebbe irrimediabilmente perduta ove la necessità di assicurare una prova indifferibile sorga per la prima volta dopo la richiesta di rinvio a giudizio.

La prova che si vuole assumere con incidente probatorio, dunque, deve essere esposta al rischio di **irrimediabile dispersione**, poiché, qualora si consentisse l'assunzione di prove non esposte al predetto rischio con incidente probatorio dopo la scadenza del termine per effettuare le indagini preliminari, si finirebbe con il dilatare irragionevolmente i tempi del procedimento.

Nell'occasione, dunque, il Giudice delle leggi ha avuto modo di puntualizzare che la possibilità di ricorrere allo strumento dell'incidente probatorio in una fase comunque successiva alla decorrenza dei termini investigativi stabiliti dal codice è circoscritta alle prove suscettibili di essere esposte al rischio di irrimediabile dispersione, precisando che consentire l'assunzione mediante incidente probatorio di prove non esposte ad un siffatto rischio anche dopo la scadenza del termine delle indagini preliminari comporterebbe una profonda alterazione dei rapporti tra tale fase e il giudizio, oltre che, come appena detto, un'irragionevole dilatazione della durata delle indagini e, quindi, dei tempi del procedimento.

Con la pronuncia appena richiamata, in altri termini, la Corte costituzionale ha individuato il punto di equilibrio tra l'esigenza di assicurare l'effettività del diritto delle parti alla prova e l'interesse alla concentrazione dei tempi del procedimento ponendo al centro della valutazione il concetto di "rischio di irrimediabile dispersione" della prova, per cui, non sussistendo il pericolo di dispersione, non c'è spazio per collocare l'incidente probatorio al di fuori del recinto segnato dai termini di durata delle indagini preliminari⁴⁶.

3. I soggetti legittimati

L'art. 392, 1° comma, c.p.p. attribuisce la legittimazione ad avanzare al giudice per le indagini preliminari la richiesta di procedere mediante incidente probatorio al **pubblico ministero** ed alla **persona sottoposta alle indagini**.

⁴⁶ V., in questi termini, La Regina, *op. cit.*, 600.

In ordine alla legittimazione del pubblico ministero, ci si è chiesti, in dottrina, se la relativa istanza possa essere proposta nell'ambito di un procedimento a carico di **persone ignote**.

Da un lato, si collocano quanti escludono siffatta **possibilità-ipotesi** in ragione dell'assoluta impossibilità di configurare gli elementi strutturali indispensabili per l'instaurazione di un contraddittorio effettivo⁴⁷.

Sul versante opposto, invece, v'è chi sostiene la tesi della possibile attivazione della fase incidentale, previa instaurazione di una singolare forma di contraddittorio che si esplica attraverso la designazione di un difensore d'ufficio⁴⁸.

La giurisprudenza non ha mai affrontato siffatta questione ma, quantomeno in relazione alla prova di carattere tecnico, esclude sia la necessità di ricorrere alla procedura incidentale, sia l'obbligo di instaurazione di qualsiasi forma di contraddittorio con soggetti non ancora interessati al procedimento penale.

Infatti, costituisce un orientamento quanto mai consolidato quello secondo cui qualora il pubblico ministero debba procedere ad accertamenti tecnici non ripetibili *ex art. 360 c.p.p.*, ricorre l'obbligo di dare l'avviso al difensore esclusivamente nel caso in cui, al momento del conferimento dell'incarico al consulente tecnico, sia già stata individuata la persona nei confronti della quale si procede, mentre tale obbligo non ricorre nel caso in cui la persona sottoposta alle indagini sia stata individuata successivamente nel corso dell'espletamento delle operazioni peritali⁴⁹.

In relazione alla legittimazione della persona sottoposta alle indagini, merita in primo luogo di essere chiarito come, nel silenzio della norma sul punto, non vi sia dubbio che la richiesta possa essere proposta dal **difensore**, stante, altresì, il disposto dell'art. 99, 1° comma, c.p.p., il quale, come è noto, estende al difensore medesimo i diritti e le facoltà che competono a quest'ultima⁵⁰.

Notevolmente problematica è, invece, la questione attinente alla possibilità che una richiesta siffatta possa provenire da un soggetto non ancora iscritto al registro di cui all'art. 335 c.p.p.

⁴⁷ V., in particolare, De Roberto, *Incidente probatorio*, in *Enc. Giur.*, XVI, Roma, 1989, 9; Esposito, *Contributo allo studio dell'incidente probatorio*, Napoli, 1989, 71.

⁴⁸ Renon, *L'incidente probatorio nel procedimento penale*, Padova, 2000, 169.

⁴⁹ Cass., 15-5-1996, n. 6293, in *CED Cass.*, rv. 205181.

⁵⁰ La Regina, *op. cit.*, 605. V., inoltre, Di Chiara, *op. cit.*, 558.

Come è noto, l'art. 60 c.p.p. individua gli atti suscettibili di determinare l'assunzione della **qualità di imputato** da parte del soggetto al quale, per effetto di essi, viene mossa una contestazione, potendosi desumere senza dubbio che essa consegua esclusivamente all'emanazione di un atto a valenza imputativa⁵¹.

Manca, al contrario, una norma che identifichi in maniera certa il momento acquisitivo della qualifica procedimentale di persona sottoposta alle indagini, con la conseguenza di gravare l'interprete dell'onere di individuare il momento fondamentale per il passaggio dalla fase genericamente investigativa a quella, tipica e garantita, delle indagini preliminari.

In dottrina e giurisprudenza persistono sul punto perplessità interpretative, determinate proprio dalla mancanza di una norma processuale analoga a quella contenuta nell'art. 60 c.p.p., pur essendovi una sostanziale convergenza di vedute rispetto al profilo, fondamentale in punto di individuazione degli elementi costitutivi dello *status* di persona sottoposta alle indagini, attinente al rilievo da attribuire all'iscrizione nel registro generale delle notizie di reato.

Costituisce, infatti, dato pacificamente acquisito quello secondo cui lo stato soggettivo di indagato ha natura eminentemente sostanziale, cristallizzandosi in capo ad un soggetto a prescindere dalla formale iscrizione nel registro di cui all'art. 335 c.p.p.

Esclusa unanimemente l'efficacia costitutiva dell'iscrizione *ex art. 335 c.p.p.*, permane qualche perplessità circa l'individuazione di un criterio univoco di attribuzione della qualità procedimentale in questione, conferendosi rilievo, in giurisprudenza, ora allo svolgimento di investigazioni soggettivamente orientate, ora alla emersione di una notizia di reato soggettivamente qualificata⁵².

⁵¹ La figura è esaminata, tra i tanti, da Marzaduri, *Imputato e imputazione*, in *Digesto pen.*, VI, Torino, 1992, 278. V., inoltre, Inzerillo, *Imputato e imputazione*, in *Digesto pen.*, Agg. III, 1, Torino, 2005, 729. Nonché, di recente, Montagna, *L'imputato*, in *Tratt. Spangher*, I, *Soggetti e atti*, 1, I *soggetti*, Torino, 2009, 481.

⁵² Fuoriuscendo da questo schema, in giurisprudenza si è ritenuto che il venditore di sostanze stupefacenti sia "di fatto" indagato nel momento in cui si stabilisce il contatto con l'apparente acquirente (agente provocatore), dunque ancora prima dell'avvio di una indagine soggettivamente orientata ovvero dell'emersione di una notizia di reato. V., in questi termini, Cass., 28-4-1997, n. 1732, in *Cass. pen.*, 1998, 3014. Da ultimo, Cass., 17-2-2003, n. 20510, in *Guida dir.*, 2003, 29, 98, fa riferimento, sia pure in relazione all'insorgenza dell'obbligo di iscrizione nel registro delle notizie di reato, al concetto di "specifici elementi indizianti". Come si vede, in mancanza di una chiara scelta normativa, l'assunzione

La Corte costituzionale, nei casi in cui si è occupata della questione, ha, a sua volta, utilizzato concetti eccessivamente vaghi, facendo riferimento ad una “notizia di reato che si soggettivizza”, ovvero a “persone raggiunte da elementi indiziati”⁵³.

Ed allora, v’è da chiedersi se la richiesta di incidente probatorio possa essere avanzata da chi, non ancora iscritto nel registro di cui all’art. 335 c.p.p., sia comunque da ritenersi persona sottoposta alle indagini in senso sostanziale.

Esaminata la questione da un punto di vista teorico-formale, non sembra potersi dubitare della legittimazione di una siffatta, peculiare figura processuale, ferma restando la necessità di evidenziare i limiti di ordine pratico connessi alla soluzione prospettata, essendo evidentemente difficoltoso – e facilmente contrastabile il relativo risultato – dimostrare la ricorrenza dello *status* legittimante la proponibilità dell’istanza⁵⁴.

Diversa, invece, la posizione della **persona offesa dal reato**⁵⁵, la quale, ai sensi dell’art. 394, 1° comma, c.p.p., può soltanto chiedere al pubblico ministero – eventualmente a mezzo del proprio difensore di fiducia⁵⁶ – di promuovere l’instaurazione dell’incidente probatorio, essendo priva di una facoltà di proposizione diretta della relativa istanza al giudice⁵⁷.

della qualità di indagato viene fatta conseguire al verificarsi di vicende del procedimento fortemente eterogenee tra loro al punto che la dottrina, per sottolineare la diversità di situazioni sostanziali compendiate nell’espressione “persona sottoposta alle indagini”, ha ritenuto di dovere proporre all’interno di essa la seguente tripartizione:

1. “persona indicata come reo” ossia la persona alla quale è attribuito un fatto di reato in una *notitia criminis* qualificata;
2. “indiziato” ovvero la persona nei cui confronti vengono svolti atti d’indagine;
3. “quasi imputato”, ossia la persona arrestata, fermata o sottoposta a misura cautelare.

⁵³ V., per esempio, C. cost., 16-5-1949, n. 181, in *Giur. cost.*, 1994, 1613.

⁵⁴ V., per questo ordine di rilievi, La Regina, *op. cit.*, 609.

⁵⁵ Definito da Cordero, *Procedura penale*, 7^a ed., Milano, 2003, 868, come “postulante inerme”.

⁵⁶ Così, tra gli altri, La Regina, *op. cit.*, 610.

⁵⁷ Il potere sollecitatorio deve ritenersi spettante, altresì, ai prossimi congiunti della persona deceduta in conseguenza del reato, agli enti ed alle associazioni rappresentativi degli interessi lesi dal reato, oltre che al legale rappresentante della persona minorenni o inferma di mente. Pertanto, ha precisato Cass., 27-5-2010, B.F., in *CED Cass.*, rv. 247874, è affetta da abnormità l’ordinanza con cui il giudice, in esito all’udienza camerale fissata a seguito di opposizione della persona offesa alla richiesta di archi-

La soluzione normativa, ritenuta da parte della dottrina coerente con l'impostazione complessiva dei rapporti tra siffatto soggetto procedimentale ed il pubblico ministero⁵⁸ ma, allo stesso tempo, criticata da quanti vi individuano un residuo di paternalismo giudiziario incompatibile con la struttura di un processo di parti⁵⁹, compendia altresì la previsione secondo la quale, ove l'inquirente non accolga la richiesta, deve pronunciare un decreto motivato da notificare alla persona offesa.

Considerata l'**inoppugnabilità** del provvedimento di rigetto⁶⁰, la previsione di un obbligo di motivazione del decreto e della relativa notificazione è funzionale alla precostituzione di condizioni idonee a consentire alla persona offesa di cogliere i limiti della richiesta rigettata, in vista della proposizione di una nuova istanza che, correttamente formulata, può provocare l'effettiva instaurazione della procedura incidentale⁶¹.

L'unica eccezione a siffatta regola generale scaturisce dalla lettura coordinata degli artt. 327 *bis* e 391 *bis*, 11° comma, c.p.p., di talché deve ritenersi che l'istanza di incidente probatorio funzionale all'acquisizione di elementi di prova di carattere dichiarativo ai quali il difensore non ha potuto accedere a causa dell'esercizio della facoltà della persona intervistata di sottrarsi all'atto investigativo difensivo possa essere proposta anche dal difensore della persona offesa⁶².

viazione, nel rigettare quest'ultima, disponga l'assunzione di una testimonianza nelle forme dell'incidente probatorio su richiesta della persona offesa, spettando solo al pubblico ministero ed all'indagato il potere di proporre la richiesta. In ogni caso, la Suprema Corte ha puntualizzato che pur non avendo il potere di promuovere direttamente l'incidente probatorio, la persona offesa dal reato ha la facoltà, una volta che l'incidente sia stato disposto, di svolgervi le sue difese e di nominare un proprio consulente tecnico di parte che intervenga all'espletamento della prova. V., in questo senso, Cass., 13-5-2009, M.A., in *CED Cass.*, rv. 243912.

⁵⁸ Bresciani, *Persona offesa dal reato*, in *Digesto pen.*, IX, Torino, 1995, 527.

⁵⁹ Errico, *Rilettura dell'incidente probatorio per l'attuazione di un «processo giusto»*, in *Dal principio del giusto processo alla celebrazione di un processo giusto*, a cura di Cerquetti-Fiorio, Padova, 2002, 163. In senso critico v., altresì, La Regina, *op. cit.*, 609.

⁶⁰ De Roberto, *op. cit.*, 9. Nonché, negli stessi termini, Di Chiara, *op. cit.*, 558, per il quale il decreto di diniego è da considerarsi terminativo dell'*iter*.

⁶¹ Inoltre, evidenzia De Roberto, *op. loc. ult. cit.*, il provvedimento può essere comunque censurato in sede di opposizione alla richiesta di archiviazione.

⁶² V., in questo senso ma tra tanti, La Regina, *op. cit.*, 609; Di Chiara, *op. cit.*, 558.

L'ampia modellabilità dell'espressione "assistito" contenuta nell'art. 327 *bis* c.p.p., nella lettura della quale si impone, tra l'altro, un puntuale riferimento ai principi costituzionali del giusto processo, permette infatti di configurare senza particolari sforzi esegetici una legittimazione al compimento di atti investigativi in capo alla persona offesa dal reato⁶³.

Nessun dubbio residua, poi, in relazione alla legittimazione a svolgere investigazioni difensive – ed provocare, correlativamente, l'attivazione dei connessi istituti quali, appunto, l'indicente probatorio *ex art. 391 bis*, 11° comma, c.p.p. – della **persona danneggiata dal reato** che non rivesta, allo stesso tempo, la qualifica di persona offesa.

Come è noto, il codice vigente "ha operato una netta distinzione tra i soggetti portatori di pretese non penali e quelli titolari, invece, di vere e proprie pretese penali, configurandoli in modo del tutto autonomo sia per quanto concerne i tempi di intervento sia per quel che attiene ai loro poteri processuali"⁶⁴.

Tuttavia, la funzionalizzazione delle attività difensive del danneggiato rispetto alla successiva costituzione di parte civile e, quindi, all'esercizio di poteri e facoltà processuali a quest'ultima riservati dall'ordinamento potrebbe, nel momento della formalizzazione del ruolo di parte processuale, tradurre un ipotetico limite di poteri d'indagine in un pericoloso vuoto di tutela, essendo l'effettività di tale ruolo svuotata dalla proiezione processuale del pregresso limite in relazione allo snodo fondamentale costituito dal diritto alla prova⁶⁵.

⁶³ V., per questa conclusione ma nell'ambito di una dottrina unanime, Spangher, *Introduzione*, in *Dir. pen. e processo*, 2001, 206; Ruggiero, *Le investigazioni difensive della persona offesa dal reato*, *ivi*, 2002, 929; Tranchina, *L'indagine difensiva*, in *Diritto processuale penale*, II, Milano, 2001, 161; Bernardi, *Le attività di indagine*, in *Dir. pen. e processo*, 2001, 208.

⁶⁴ Quaglierini, *Le parti private diverse dall'imputato e l'offeso del reato*, Milano, 2003, 7.

⁶⁵ La centralità del diritto alla prova rispetto alla configurazione di un potere investigativo difensivo della persona danneggiata dal reato è messa in rilievo da Piazzolla, *Ingiustificata disparità tra il legale costituito e quello incaricato*, in *Dir. e giustizia*, 2001, 42, 55; Andreano, *La parte civile si impone nel processo sostenuta dalle indagini difensive*, in *Dir. e giustizia*, 2001, 42, 46.

4. Il contenuto della richiesta

La richiesta di incidente probatorio – presupposto necessario per l'avvio della procedura incidentale in quanto espressione del principio generale di disponibilità dei mezzi di prova⁶⁶ – ha un contenuto normativamente vincolato, trattandosi di un atto d'impulso i tratti contenutistici del quale sono presidiati dalla previsione, contenuta nell'art. 393, 3° comma, c.p.p., di una specifica ipotesi di inammissibilità.

La richiesta⁶⁷, precisa infatti l'art. 393, 1° e 2° comma, c.p.p., deve indicare:

- a) la prova da assumere, i fatti che ne costituiscono l'oggetto e le ragioni della sua rilevanza per la decisione dibattimentale;
- b) le persone nei confronti delle quali si procede per i fatti oggetto della prova;
- c) le circostanze che, a norma dell'art. 392 c.p.p., rendono la prova non rinviabile al dibattimento.

Allorquando la richiesta di incidente probatorio è proposta dal pubblico ministero, essa deve contenere, altresì, l'indicazione dei difensori delle persone interessate all'assunzione della prova, della persona offesa e del suo difensore.

Nel caso in cui, allo stato degli atti, non risultano essere state effettuate nomine difensive da parte degli indagati, è onere del pubblico ministero procedere alla designazione di un difensore d'ufficio⁶⁸.

La prima delle indicazioni necessarie della richiesta è finalizzata a delimitare il **profilo oggettivo** dell'incidente probatorio, concorrendo a de-

⁶⁶ La Rocca, *L'incidente probatorio*, cit., 232. Ma v., anche, Tranchina, *L'intervento dell'organo giurisdizionale durante lo svolgimento delle attività investigative*, in *Diritto processuale penale*, 4^a ed., II, Milano, 2001, 151. Secondo Nappi, *Guida al codice di procedura penale*, 8^a ed., Milano, 2001, 314, il procedimento per l'espletamento dell'incidente probatorio può essere distinto in una fase di ammissione e in una fase di assunzione della prova, seguite da una fase eventuale di integrazione del provvedimento di ammissione.

⁶⁷ Alla quale possono essere allegati, ai sensi dell'art. 395 c.p.p., oggetti o documentazione, dandosi corpo ad un *dossier* "il cui unico destinatario è il giudice chiamato a delibare sull'ammissibilità della domanda [e del quale] i controinteressati non sono in grado di prendere visione, atteso che la notifica prescritta dall'art. 395 c.p.p. concerne solo la domanda di incidente, e non anche il suo eventuale corredo". V., in questo senso, Di Chiara, *op. cit.*, 558.

⁶⁸ La Regina, *op. cit.*, 614.

finire il mezzo di prova da assumere, il *thema probandum* e la relazione di pertinenza e rilevanza della prova rispetto alla decisione da **assumere** **adottare** rispetto alla preventivabile *res iudicanda*.

Si tratta del primo dei segmenti procedurali destinati a delineare l'oggetto della futura attività acquisitiva, trattandosi di una fase introduttiva di temi di prova che può essere modificata dalle parti – pubblico ministero ovvero persona sottoposta alle indagini – mediante la presentazione di deduzioni *ex art. 396 c.p.p.*

Attraverso la necessaria indicazione delle persone nei confronti delle quali si procede per i fatti oggetto della prova il legislatore persegue l'obiettivo di iniziare a definire sin dai primi istanti della procedura l'**ambito soggettivo** dell'incidente probatorio, trattandosi di una dimensione direttamente incidente sui margini di utilizzabilità della prova da assumere.

La terminologia utilizzata dal legislatore nella costruzione della norma sembra sganciare l'onere di indicazione dall'assunzione della qualità di persona sottoposta alle indagini nell'ambito del procedimento, potendo essere interessati ai fatti oggetto di prova soltanto alcuni tra i diversi indagati ovvero, al contrario, anche soggetti indagati in procedimenti connessi o collegati⁶⁹.

Anche rispetto a siffatta indicazione v'è spazio per adeguamenti e integrazioni, alla luce della facoltà, conferita al pubblico ministero ed all'indagato, di presentare deduzioni *ex art. 396 c.p.p.* al fine, altresì, di indicare altre persone interessate a norma dell'art. 393, 1° comma, lett. b), c.p.p.

Si tratta di una disposizione che, essendo finalizzata ad assicurare una forma di contraddittorio anticipato rispetto alla delimitazione dell'ambito soggettivo dell'incidente istruttorio, delinea un principio generale di corresponsabilità nella identificazione delle persone interessate alla luce del quale è possibile risolvere il problema dei limiti di operatività della disposizione sanzionatoria di cui all'art. 393, 3° comma, c.p.p.

Alla luce della circostanza che la persona sottoposta alle indagini potrebbe non avere contezza della strutturazione soggettiva del procedimento e, quindi, del coinvolgimento in esso di altre persone, ci si è chiesti se

⁶⁹ La Regina, *ivi*, 613.

l'onere di indicazione di cui all'art. 393, 1° comma, lett. b), c.p.p. sia imposto anche a quest'ultimo a pena di inammissibilità⁷⁰.

Orbene, la norma non contiene elementi che consentano di distinguere, sul versante problematico che ci occupa, a seconda della provenienza dell'istanza, ma mentre il pubblico ministero ha modo di verificare tutti i profili di rilevanza della prova di cui chiede l'assunzione in via anticipata e, quindi, l'onere di proporre una richiesta compiuta, il difensore della persona sottoposta alle indagini non può fare altro che affidarsi alle circostanze legalmente note, proponendo un'istanza le cui eventuali lacune sul versante dell'indicazione delle persone interessate bene si prestano ad essere colmate dalle deduzioni del pubblico ministero.

L'indicazione delle le circostanze che, a norma dell'art. 392 c.p.p., rendono la prova non rinviabile al dibattimento è funzionale all'assicurazione della funzione tipica dell'incidente probatorio, ogni illegittimo scostamento dalla quale si traduce in una immotivata limitazione dei principi fondamentali di oralità e immediatezza.

Ovviamente, essa diviene superflua in tutti i casi in cui il ricorso alla procedura incidentale è consentito in via generale, a prescindere dalla ricorrenza di situazioni di indifferibilità della prova: “per ess[i], dunque, il giudizio di ammissibilità della domanda si focalizzerà sulla mera sussistenza dei requisiti soggettivi e oggettivi previsti da ciascuna singola tipologia di accesso al rito incidentale, nonché sul generale profilo della pertinenza-rilevanza della prova richiesta, valutabile alla stregua dei criteri indicati negli artt. 187 e 190 c.p.p.”⁷¹.

È importante rilevare, inoltre, come la Corte di ~~C~~cassazione ha adottato un orientamento teso a ridimensionare la portata dell'obbligo del giudice per le indagini preliminari – la quale sembrava scaturire a chiare lettere dalla norma., oltre che dalla funzione peculiare che l'istituto assolve nell'ambito del sistema investigativo difensivo – di aderire alla richiesta della difesa in ordine all'attivazione dell'incidente probatorio, avendo stabilito che, sebbene si tratti di una richiesta avanzata ai sensi dell'art. 391 *bis*, 11° comma, c.p.p., essa non presuppone alcun automatismo, implicando una valutazione positiva del giudice circa la rilevanza, ai fini

⁷⁰ V., per una sintesi delle diverse posizioni in ambito dottrinario, La Regina, *ibidem*.

⁷¹ Di Chiara, *op. cit.*, 559.

investigativi, delle circostanze in relazione alle quali si vuole che la persona sia sentita, circostanze che, ovviamente, devono essere specificamente indicate nell'istanza⁷².

5. Il contraddittorio sulla richiesta

Il codice processuale pone a carico del proponente una richiesta di incidente probatorio una serie di adempimenti finalizzati sia a porre il giudice nelle condizioni di valutare i diversi profili di ammissibilità e fondatezza della stessa, sia ad instaurare una fase di contraddittorio nel cui ambito contrastare la richiesta stessa ovvero concorrere a definire gli ambiti soggettivo ed oggettivo della procedura incidentale.

La **richiesta** di incidente probatorio, puntualizza infatti l'art. 395 c.p.p., deve essere depositata nella cancelleria del giudice per le indagini preliminari, unitamente ad eventuali cose o documenti⁷³, e deve essere notificata – la prova della notificazione è depositata in cancelleria, al fine di documentare la regolare instaurazione del contraddittorio cartolare previsto dall'art. 396 c.p.p. – a cura di chi l'ha proposta, a seconda dei casi, al pubblico ministero e alle persone indicate nell'art. 393, 1° comma, lett. b), c.p.p.

Il puntuale richiamo a siffatta disposizione consente di escludere dal novero dei destinatari della notifica la persona offesa dal reato, la quale viene pertanto esclusa dalla fase preordinata alla verifica dei presupposti legittimanti l'instaurazione dell'incidente.

Per quel che concerne il difensore della persona sottoposta alle indagini, la norma non prevede che la richiesta formulata dal pubblico ministero debba essere a questi notificata.

La Corte costituzionale ha tuttavia chiarito che, sebbene il richiamo dell'art. 395 c.p.p. all'art. 393 c.p.p. e la lettera delle espressioni usate in quest'ultimo, specie se poste a raffronto con quelle dell'art. 396 c.p.p., facciano ritenere che la richiesta di incidente probatorio proposta dal pubblico ministero debba essere notificata alla persona sottoposta alle

⁷² Cass., 14-12-2011, n. 1399, in *Cass. pen.*, 2012, 1775.

⁷³ Con quest'ultimo riferimento si allude a quel complesso di allegazioni che possono servire per dimostrare la sussistenza delle ragioni poste a fondamento della domanda. Atteso che la notifica prescritta dall'art. 395 c.p.p. concerne solo la domanda di incidente, e non anche il suo eventuale corredo, gli allegati non sono noti ai controinteressati.

indagini preliminari ma non al difensore, altri aspetti di ordine sistematico devono essere valorizzati al fine di pervenire alla soluzione opposta.

La Corte ha, in particolare, fatto riferimento all'operatività, in materia, delle previsioni dell'art. 61 c.p.p., circa la estensione alla persona sottoposta alle indagini preliminari dei diritti e delle garanzie dell'imputato, e dell'art. 99, 1° comma, c.p.p., eirea-riguardo al estensione al difensore delle facoltà e diritti dell'imputato, se non riservati personalmente a quest'ultimo.

Ha posto in rilievo, poi, la finalità della notifica, ossia di consentire alle parti di svolgere un complesso di attività che sottendono un adeguato esercizio della difesa tecnica e che devono avere luogo entro spazi temporali ristrettissimi.

Ha sottolineato, infine, la prescrizione, da parte dello stesso art. 593, 2° comma, c.p.p., dell'indicazione, nella richiesta del pubblico ministero, anche dei difensori delle persone interessate.

Pertanto, è l'operazione ermeneutica posta in essere dalla Corte, la richiesta di incidente probatorio proposta dal pubblico ministero deve necessariamente essere notificata anche ai difensori della persona sottoposta alle indagini⁷⁴.

L'opzione interpretativa è stata recepita dalla giurisprudenza di legittimità, secondo al la quale l'art. 395 c.p.p., come interpretato dalla Corte costituzionale, impone la notifica della richiesta di incidente probatorio avanzata dal pubblico ministero non soltanto alla persona sottoposta a indagini ma anche al suo difensore⁷⁵.

Siffatto adempimento, però, non può considerarsi dovuto quando, costituendo la richiesta il primo atto del procedimento in base al quale deve darsi luogo ad informazione di garanzia ed essendo stata quest'ultima spedita contestualmente alla richiesta stessa, non vi sia ancora in atti la nomina di alcun difensore⁷⁶.

⁷⁴ C. cost., 10-10-1990, n. 436, in *Cass. pen.*, 1990, 368.

⁷⁵ Cass., 20-3-1991, Santeramo, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1992, 75.

⁷⁶ Cass., 20-3-1991, Santeramo, cit.

Diversamente, l'inosservanza dell'obbligo di notifica al difensore integra una ipotesi di nullità a regime intermedio che si estende al provvedimento di accoglimento del giudice⁷⁷.

Come si è già avuto modo di vedere, attraverso la notificazione della richiesta si instaura una fase di contraddittorio esterno propedeutico alla deliberazione del giudice in tema di ammissibilità dell'incidente⁷⁸.

Nell'ambito della fase preliminare chi vi ha interesse può contrastare la richiesta da altri proposta, perché priva dei requisiti di ammissibilità ovvero non adeguatamente sorretta sul versante della rilevanza dell'esperimento istruttorio, ovvero concorrere a definire gli ambiti soggettivo ed oggettivo della procedura incidentale.

L'art. 396, 1° comma, c.p.p. prevede, 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'art. 393, 1° comma, lett. b), c.p.p.

Le deduzioni, dunque, possono innanzitutto avere per oggetto l'ammissibilità o la fondatezza della richiesta di incidente probatorio, ma tramite siffatti interventi si potrebbe contestare, altresì, l'inosservanza delle previsioni di cui all'art. 393, 1° e 2° comma, c.p.p., oppure l'estraneità del mezzo di prova richiesto rispetto ai casi contemplati nell'art. 392 c.p.p., o, ancora, la sussistenza di un'ipotesi di incompatibilità di cui all'art. 197 c.p.p.

La previsione contenuta nell'ultima parte dell'art. 396, 1° comma, c.p.p. consente di definire compiutamente l'ambito oggettivo e soggettivo dell'incidente probatorio e, secondo la dottrina, vale a confermare l'eccezionalità dell'ipotesi di estensione dell'incidente probatorio, previsto dall'art. 402 c.p.p., ipotesi da riservare ai soli casi in cui la necessità di ridefinirne l'ambito è dettata da successive emergenze⁷⁹.

Concorrendo, dunque, alla definizione del tema di prova, incidono in maniera determinante sui successivi sviluppi della procedura incidentale, poiché il giudice dovrà stabilire i confini del *thema probandum* nei limiti

⁷⁷ La Regina, *op. cit.*, 618.

⁷⁸ Di Chiara, *op. cit.*, 559.

⁷⁹ Caprino, *Art. 396 c.p.p.*, in *Codice di procedura penale commentato*, a cura di Gaito, cit., 2515.

delle indicazioni contenute nella richiesta e nelle deduzioni *ex art.* 398, 2° comma, lett. *a)* e *b)*, c.p.p.

Il termine previsto dalla disposizione in esame, particolarmente breve, è ritenuto dalla dottrina prevalente di carattere ordinatorio, di talché si ritiene che la preclusione all'esercizio del diritto al contraddittorio cartolare maturi soltanto con la pronuncia giudiziale sull'ammissibilità e fondatezza della richiesta di incidente probatorio⁸⁰.

Al fine di assicurare la speditezza della procedura incidentale, l'art. 396, 2° comma, c.p.p. stabilisce che copia delle deduzioni deve essere consegnata dalla persona sottoposta alle indagini alla segreteria del pubblico ministero, il quale deve comunicare senza ritardo al giudice le indicazioni necessarie per gli avvisi di cui all'art. 398, 3° comma, c.p.p.⁸¹.

La persona sottoposta alle indagini, a sua volta, può prendere visione ed estrarre copia delle deduzioni presentate dalle altre parti, senza che queste ultime – incluso, ovviamente, il pubblico ministero, siano gravate da oneri informativi.

In ogni caso, non è prevista la possibilità, qualora si sia venuti a conoscenza delle deduzioni da altri proposte, di controdedurre o integrare le osservazioni già presentate.

6. Il differimento dell'incidente probatorio

L'art. 397 c.p.p., come è noto, legittima il pubblico ministero a chiedere che il giudice, investito di una richiesta di acquisizione anticipata della prova proveniente dall'indagato, disponga il **differimento** dell'incidente probatorio quando la sua esecuzione si presenta come idonea a pregiudicare l'esito di uno o più atti d'indagine preliminare.

Si tratta di una cautela preposta alla salvaguardia dell'efficacia dell'attività investigativa del pubblico ministero, la quale potrebbe essere

⁸⁰ La Regina, *op. cit.*, 619. Ma v., diversamente, Caprino, *op. loc. ult. cit.*, secondo la quale, nel caso in cui gli elementi posti a fondamento delle deduzioni vengano a conoscenza dell'interessato dopo lo spirare del termine, il limite preclusivo alla presentazione delle deduzioni verrebbe ad essere segnato dal momento di apertura dell'udienza, ai sensi dell'art. 401, 4° comma, c.p.p.

⁸¹ Secondo Caprino, *op. loc. ult. cit.*, non è, comunque, prevista alcuna sanzione nel caso di mancato rispetto di questo adempimento, poiché si tratta di uno pseudo onere per l'indagato, con la conseguente ammissibilità dell'atto anche in assenza del rispetto di questa formalità.

pregiudicata dall'acquisizione, ad opera della controparte, di elementi conoscitivi destinati ad essere svelati nel corso dell'esperimento probatorio anticipato⁸².

È stato a ben ragione sottolineato, dunque, come attraverso l'istituto del differimento si scongiura "il rischio che l'incidente probatorio possa essere strumentalmente usato per aprire tasselli nel panorama delle indagini e permettere all'indiziato di anticipare e frustrare le mosse investigative del [pubblico ministero]"⁸³.

L'istituto cautelare non opera automaticamente, essendo necessario un atto propulsivo che, naturalmente, non può che essere collocato nell'area di pertinenza del pubblico ministero.

Infatti, la **legittimazione** a richiedere il differimento dell'incidente probatorio spetta esclusivamente al titolare delle indagini preliminari, senza che sul punto possa configurarsi un potere di sollecitazione della persona offesa, analogo a quello di cui all'art. 394 c.p.p.⁸⁴.

L'art. 397, 1° comma, c.p.p. prevede, quale condizione per l'accoglimento dell'istanza, che ricorrano – necessariamente e congiuntamente – due presupposti⁸⁵:

1. l'espletamento dell'incidente probatorio deve pregiudicare il compimento di uno o più atti di indagine;
2. il differimento dell'incidente non deve nuocere all'assunzione della prova.

Ed infatti, la richiesta di differimento, la quale deve, a pena di inammissibilità, essere presentata nella cancelleria del giudice entro due giorni dalla notifica della richiesta di incidente probatorio⁸⁶, deve contenere l'indicazione dell'atto o gli atti di indagine preliminare che l'incidente

⁸² La Regina, *op. cit.*, 620. V., altresì, De Roberto, *op. cit.*, 12; Di Chiara, *op. cit.*, 559.

⁸³ Macchia, *L'incidente probatorio*, in *Cass. pen.*, 1989, 1604. Rileva De Roberto, *op. loc. ult. cit.*, come "se, per un verso, si richiede il rispetto del diritto alla prova come posizione prevalente rispetto ad ogni ulteriore esigenza, diviene necessario, per un altro verso, prevenire il pericolo che l'indagato possa incunarsi, facendo pretestuosamente appello all'esercizio di tale diritto, nel panorama complessivo delle indagini, così anticipando la conoscenza dell'attività compiuta dalla p.g. e dal p.m., una conoscenza da rinviare al termine delle indagini preliminari".

⁸⁴ La Regina, *op. cit.*, 620. La stessa richiama, sul punto, De Roberto, *op. cit.*, 12.

⁸⁵ Che De Roberto, *op. loc. ult. cit.*, distingue in condizione negativa e condizione positiva.

⁸⁶ La Regina, *op. cit.*, 620. V., inoltre, De Roberto, *op. loc. ult. cit.*, il quale estende la previsione di inammissibilità al caso di omissione delle indicazioni contenutistiche della richiesta.

stesso pregiudicherebbe e le cause del pregiudizio, oltre che il termine del differimento richiesto.

Emerge, da siffatte indicazioni, il carattere necessariamente specifico del pregiudizio che si prospetta come rilevante⁸⁷, nel senso che il pubblico ministero non deve limitarsi ad evocare un generico effetto pregiudizievole per le indagini preliminari, ma deve specificamente indicare il singolo atto od i singoli atti la cui esecuzione subirebbe un'irrimediabile compromissione dall'espletamento dell'incidente, esponendo altresì le cause del pregiudizio.

Dalla formulazione della norma emerge, altresì, come il differimento non possa essere concesso allorché si prospetti un pregiudizio che attiene ai risultati di atti già compiuti⁸⁸, dovendosi trattare di attività investigative ancora da compiere e rispetto ~~ai~~ alle quali l'espletamento dell'incidente si propone quale fattore direttamente pregiudicante⁸⁹.

In riferimento al secondo dei presupposti sopra indicati, la dottrina ha unanimemente segnalato come il diritto alla prova sia comunque privilegiato rispetto all'interesse al regolare svolgimento delle indagini⁹⁰.

La valutazione del giudice in ordine alla ricorrenza dei presupposti del differimento e, quindi, all'accoglimento o meno della richiesta del pubblico ministero è, evidentemente, correlata all'esito positivo della verifica circa l'istanza di instaurazione dell'incidente probatorio, posto che “[non avrebbe senso [...] la pronuncia sul differimento di un'udienza che è destinata a non essere celebrata”⁹¹.

Il giudice, pertanto, solamente allorché non dichiara inammissibile o rigetta la richiesta di incidente probatorio provvede, entro due giorni, mediante l'adozione di un'ordinanza non impugnabile⁹² con la quale accoglie, dichiara inammissibile o rigetta la richiesta di differimento.

⁸⁷ La Regina, *op. cit.*, 621.

⁸⁸ La Regina, *ibidem*.

⁸⁹ Macchia, *L'incidente probatorio*, cit., 1604.

⁹⁰ Caprino, *Art. 397 c.p.p.*, in *Codice di procedura penale commentato*, a cura di Gaito, cit., 2516. Nonché, altresì, Di Chiara, *op. cit.*, 560.

⁹¹ La Regina, *op. cit.*, 622.

⁹² V., in dottrina, La Regina, *ibidem*; Caprino, *Art. 397*, cit., 2517. In giurisprudenza v., invece, Cass., 26-2-1990, Tavoleta, in *Cass. pen.*, 1990, 90, secondo la quale tutti i provvedimenti che intervengono nella fase di ammissione dell'incidente probatorio sono inoppugnabili, in applicazione del principio di tassatività delle impugnazioni di cui all'art. 568 c.p.p.

L'ordinanza di inammissibilità o di rigetto è immediatamente comunicata al pubblico ministero⁹³, mentre nessun adempimento informativo è previsto rispetto alla persona sottoposta alle indagini in ragione del fatto che anche le indicazioni richieste per ottenere il differimento potrebbero compromettere la segretezza e, quindi, il buon esito delle investigazioni⁹⁴.

Se accoglie la richiesta di differimento, invece, il giudice fissa l'udienza per l'incidente probatorio non oltre il termine che sia strettamente necessario al compimento degli atti di indagine preliminare indicati nella richiesta del pubblico ministero.

Il giudice, dunque, può discostarsi dall'indicazione temporale contenuta nella richiesta di differimento, stabilendo un termine più contenuto alla luce di una valutazione di funzionalità rispetto alle caratteristiche ed al numero degli atti di indagine rispetto al compimento dei quali è emersa l'esigenza di ritardare il compimento dell'incidente.

L'ordinanza di accoglimento è immediatamente comunicata al pubblico ministero e, a tutela di esigenze di segretezza investigativa che verrebbero pregiudicate dalla conoscenza di informazioni necessariamente emergenti dalla motivazione del provvedimento⁹⁵, notificata soltanto per estratto alle persone indicate nell'art. 393, 1° comma, lett. b), c.p.p.

In virtù della previsione finale di cui all'art. 397, 4° comma, c.p.p., l'autore della richiesta di incidente probatorio non viene a conoscenza del contenuto della richiesta di differimento e della relativa ordinanza se non all'udienza di cui all'art. 401 c.p.p., sede in cui le stesse sono depositate una volta che, ovviamente, è venuto meno pericolo di compromissione dell'esito degli atti di indagine⁹⁶.

⁹³ Il quale può, evidenzia La Regina, *op. cit.*, 623, organizzare una strategia investigativa che consenta di ovviare ai pericoli che l'istanza di differimento aveva prospettato.

⁹⁴ De Roberto, *op. cit.*, 12.

⁹⁵ De Roberto, *op. cit.*, 12.

⁹⁶ Finalmente, evidenzia Cordero, *op. cit.*, 870, l'antagonista "scopre a cosa lavorasse l'indagante".

7. La decisione del giudice sulla richiesta di incidente probatorio

I requisiti di tempo, di forma e di contenuto della decisione giudiziale sulla richiesta di incidente probatorio sono delineati dall'art. 398 c.p.p.⁹⁷.

Entro due giorni dal deposito della prova della notifica prevista dall'art. 395 c.p.p., e comunque dopo la scadenza del termine previsto dall'art. 396, 1° comma, c.p.p., il giudice pronuncia **ordinanza** con la quale accoglie, dichiara inammissibile o rigetta la richiesta di incidente probatorio⁹⁸.

Nella predeterminazione dei termini concessi per provvedere – è stato fatto notare – il legislatore ha operato il bilanciamento di due opposte esigenze, prevedendosi da un lato tempi brevi, in coerenza con le esigenze di rapidità e non rinviabilità sottese alla procedura incidentale e, dall'altro, assicurandosi l'effettività del contraddittorio cartolare tra le parti formatosi sulla richiesta della procedura incidentale, precludendosi, così, una pronuncia emessa prima della sua completa esplicazione⁹⁹.

Al giudice è demandato il compito di vagliare l'ammissibilità e la fondatezza della richiesta di incidente probatorio, con una pronuncia che, sul tema, assume carattere definitivo, posto che l'art. 401, 4° comma, c.p.p. chiarisce che, una volta instaurata la fase acquisitiva mediante l'inizio dell'udienza, non è consentita la trattazione e la pronuncia di nuovi provvedimenti su questioni relative all'ammissibilità ed alla fondatezza della richiesta.

Il primo giudizio viene condotto sulla scorta delle indicazioni prospettate dall'art. 393, 1° e 2° comma, c.p.p., compresi i termini imposti per la presentazione della domanda e la legittimazione del proponente¹⁰⁰.

⁹⁷ La Regina, *op. cit.*, 624.

⁹⁸ In giurisprudenza è stato esclusa la configurabilità di un'ipotesi di ricusazione ai sensi dell'art. 37, 1° comma, lett. b), c.p.p. nel caso in cui il giudice per le indagini preliminari rigetti la richiesta di incidente probatorio ritenendola superflua rispetto al materiale già acquisito, e perciò in contrasto con il principio della ragionevole durata del processo, giacché in tale caso, il giudice non ha manifestato indebitamente il proprio convincimento sui fatti oggetto dell'imputazione, ma ha motivatamente esercitato il potere discrezionale che gli compete a norma dell'art. 398, 1° comma, c.p.p. V., in questi termini, Cass., 8-7-2004, n. 38000, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2005, 723; Cass., 14-2-2001, n. 18887, in *Cass. pen.*, 2002, 2818; Cass., 11-10-1993, n. 1132, in *Riv. pen.*, 1994, 802.

⁹⁹ La Regina, *op. cit.*, 624, la quale, tuttavia, critica l'assenza di previsioni sanzionatorie dell'inosservanza dei termini medesimi.

¹⁰⁰ La Regina, *ibidem*.

Quanto alla valutazione della fondatezza, invece, l'obiettivo è quello di impedire, da un lato, che la richiesta del pubblico ministero sia finalizzata a rafforzare gli esiti investigativi, anticipando inopinatamente l'assunzione della prova rispetto al dibattimento, luogo elettivo di formazione della stessa, e, dall'altro, evitare che la richiesta dell'indagato abbia lo scopo di ritardare la chiusura delle indagini¹⁰¹.

Il giudice, pertanto, dovrà accertare la sussistenza dei presupposti di cui all'art. 392 c.p.p., operando una valutazione che non può prescindere dalle disposizioni generali in tema di prova¹⁰².

L'ordinanza di inammissibilità o di rigetto, ai sensi dell'art. 398, 1° comma, c.p.p., deve essere immediatamente comunicata al pubblico ministero e notificata alle persone interessate¹⁰³.

In caso di **accoglimento** della richiesta, invece, deve essere comunicata al pubblico ministero e notificata alla persona sottoposta alle indagini, alla persona offesa e ai difensori, almeno due giorni prima della data fissata, avviso del giorno, dell'ora e del luogo in cui si deve procedere all'incidente probatorio¹⁰⁴.

Con l'ordinanza che accoglie la richiesta, della quale è stata sottolineata la natura non decisoria ma strumentale, in quanto diretta all'acquisizione di elementi probatori¹⁰⁵, il giudice stabilisce:

¹⁰¹ Caprino, *Art. 398 c.p.p.*, in *Codice di procedura penale commentato*, a cura di Gaito, cit., 2522.

¹⁰² La Regina, *op. cit.*, 625.

¹⁰³ Come già visto, l'ordinanza con la quale il giudice decide sulla richiesta di incidente probatorio è inoppugnabile. V., tra le più recenti, Cass., 14-12-2004, n. 2926, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2006, 334, secondo cui non è impugnabile per il principio di tassatività dei mezzi di impugnazione – e non è ricorribile in Cassazione, in quanto non è abnorme – l'ordinanza di inammissibilità, emessa dal giudice per le indagini preliminari, della richiesta di incidente probatorio. V., negli stessi termini ed in relazione al rigetto di una richiesta *ex art. 391 bis*, 11° comma, c.p.p., Cass., 9-4-2002, n. 20130, in *Riv. pen.*, 2003, 167. In dottrina v., per tutti, La Regina, *op. cit.*, 626, la quale individua taluni itinerari idonei ad attenuare il pericolo che una svista del giudice o un errore nella formulazione dell'istanza possa determinare una dispersione della prova. L'inoppugnabilità delle ordinanze positive e negative non pregiudica, infatti, in ogni caso la possibilità di ottenere la revoca o la modifica del provvedimento giudiziale, così come non può escludersi la possibilità di riproposizione dell'istanza dichiarata inammissibile o rigettata. Rispetto a quest'ultima soluzione v., però, De Roberto, *op. cit.*, 111, il quale ne limita la ricorribilità ai casi allegazione di fatti sopravvenuti.

¹⁰⁴ Per un'analisi delle conseguenze di ordine sanzionatorio connesse all'omissione dell'avviso alle persone interessate, v. La Regina, *op. cit.*, 625.

¹⁰⁵ Cass., 28-4-1994, n. 1888, in *CED Cass.*, rv. 197873.

1. l'oggetto della prova, nei limiti della richiesta e delle deduzioni¹⁰⁶;
2. le persone interessate all'assunzione della prova, individuate sulla base della richiesta e delle deduzioni;
3. la data dell'udienza.

Tra il provvedimento e la data dell'udienza, precisa la norma con una previsione la cui inosservanza determina una nullità relativa¹⁰⁷, non può intercorrere un termine superiore a dieci giorni.

La necessità di creare, rispetto ai casi di assunzione di prove dichiarative, condizioni processuali analoghe a quelle tipiche della fase dibattimentale – in conformità con la previsione di cui all'art. 401, 5° comma, c.p.p. – si pone sullo sfondo della norma che colloca tra i requisiti necessari dell'avviso l'avvertimento che, nei due giorni precedenti l'udienza, le parti possono prendere cognizione ed estrarre copia delle dichiarazioni già rese dalla persona da esaminare¹⁰⁸.

Una diversa e maggiormente estesa forma di *discovery* è prevista, invece, in relazione ai casi di incidente probatorio previsti dall'art. 392, 1°-bis comma, c.p.p.

L'art. 393, 2° ~~comma~~-bis comma, c.p.p., introdotto dall'art. 13, l. 15-2-1996, n. 66, stabilisce che con la richiesta di incidente probatorio finalizzata all'assunzione della prova nei casi appena richiamati il pubblico ministero deve depositare tutti gli atti di indagine compiuti.

¹⁰⁶ Si palesa, secondo Di Chiara, *op. cit.*, 560, come in questa fase “sia radicalmente inibita ogni estensione dell'oggetto della prova *ex officio*”.

¹⁰⁷ Cass., 22-11-2005, n. 184, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2001, 104.

¹⁰⁸ Art. 498, 3° comma, c.p.p., come modificato dall'art. 4, l. 7-8-1997, n. 267. La Corte di Cassazione ha, comunque, precisato che l'obbligo, previsto dall'art. 398 c.p.p., di mettere a disposizione della difesa le dichiarazioni già rese dalla persona da esaminare riguarda gli atti dichiarativi volontari diretti all'autorità procedente o alle parti, e non il contenuto di conversazioni private intercettate dagli inquirenti o giunte comunque a loro conoscenza. V., in questo senso, Cass., 6-5-2008, n. 32851, in *Cass. pen.*, 2009, 1071.

L'obbligo, previsto dall'art. 398 c.p.p., di mettere a disposizione della difesa le dichiarazioni già rese dalla persona da esaminare riguarda gli atti dichiarativi volontari diretti all'autorità procedente o alle parti, e non il contenuto di conversazioni private intercettate dagli inquirenti o giunte comunque a loro conoscenza.

Si tratta, dunque, di un'ipotesi di *discovery* integrale, alla quale si affianca il diritto, per l'indagato ed i difensori delle parti, di ottenere copia degli atti depositati¹⁰⁹.

La *ratio* della norma va ricercata nell'esigenza di rendere quanto più esaustivo possibile il compimento dell'atto in sede di incidente probatorio, allo scopo di facilitare la definitiva uscita del minore ovvero della persona maggiorenne vittima di reati particolarmente gravi dal processo penale¹¹⁰.

Non è chiaro, in dottrina, se la *discovery* integrale degli atti d'indagine debba avvenire solo nell'ipotesi in cui la richiesta di incidente sia stata avanzata dal pubblico ministero¹¹¹, ovvero se tale onere sussista anche nei casi in cui l'istanza provenga dalla persona sottoposta alle indagini.

Secondo parte della dottrina, infatti, la regola della generale ostensione degli atti d'indagine dovrebbe operare indipendentemente dal soggetto che ha presentato la richiesta, anche perché il rischio di una possibile strumentalizzazione dell'istituto è fronteggiabile alla luce della relazione che si genera tra i tempi della *discovery* e la cronologia degli adempimenti funzionali alla decisione di accoglimento del giudice¹¹².

L'art. 398, 4° comma, c.p.p. stabilisce, infine, che se si deve procedere a più incidenti probatori, essi sono assegnati alla medesima udienza, sempre che non ne derivi ritardo.

8. L'udienza di assunzione della prova

L'udienza fissata dal giudice per l'assunzione della prova mediante incidente probatorio si svolge in **camera di consiglio**, con la partecipazione necessaria del pubblico ministero e del difensore della persona sottoposta alle indagini.

¹⁰⁹ Art. 398, 3° comma *bis*, c.p.p., introdotto dall'art. 14, l. 15-2-1996, n. 66. Fa notare, peraltro, Di Chiara, *op. cit.*, 561, come la disposizione in discorso non stabilisca un *dies a quo* ai fini dell'esercizio del diritto di copia, di talché occorre fare riferimento al termine di cui all'art. 398, 3° comma, c.p.p.

¹¹⁰ La Regina, *op. cit.*, 614.

¹¹¹ Come sembra ipotizzare Di Chiara, *op. cit.*, 561. Ma v. anche, negli stessi termini, Scaparone, *Indagini preliminari e udienza preliminare*, in *Compendio di procedura penale*, Padova, 2000, 480.

¹¹² V., in questo senso, La Rocca, *L'incidente probatorio*, cit., 231; La Regina, *op. cit.*, 616.

Il luogo di udienza coincide, nella generalità dei casi, con un locale del tribunale presso il quale ha sede il giudice investito dell'incidente probatorio.

Nei casi particolari indicati dall'art. 398, 5° comma, c.p.p., il giudice, ove fra le persone interessate all'assunzione della prova vi siano minorenni¹¹³, con l'ordinanza che accoglie la richiesta di incidente probatorio e qualora le esigenze di tutela delle persone lo rendono necessario od opportuno, stabilisce il luogo, il tempo e le modalità particolari attraverso cui procedervi, potendo prevedere che l'udienza si svolga anche in luogo diverso dal tribunale.

In questo caso, il giudice può avvalersi, ovviamente qualora esistano, di strutture specializzate di assistenza o, in mancanza, può localizzare l'udienza presso l'abitazione della persona interessata all'assunzione della prova.

La giurisprudenza ha chiarito che, nei casi presi in considerazione dalla norma appena richiamata, il giudice dispone discrezionalmente l'assunzione protetta della prova a cui siano interessati un minorenne o un maggiorenne infermo di mente, senza necessità di una richiesta in tal senso da parte degli interessati o dei loro difensori¹¹⁴.

Sul versante temporale, invece, se l'assunzione della prova non si conclude nella medesima udienza, il giudice ne dispone il rinvio – precisa, grosso modo inutilmente, l'art. 401, 7° comma, c.p.p. – al giorno successivo non festivo, salvo che lo svolgimento delle attività di prova richieda un termine maggiore.

Come già detto, l'incidente realizza ~~Si tratta di~~ una forma peculiare di litisconsorzio necessario¹¹⁵ che, sul versante sanzionatorio, è garantita dalla previsione di una nullità assoluta ai sensi dell'art. 179 c.p.p. a presidio dell'intervento obbligatorio del difensore dell'indagato, mentre la

¹¹³ V., però, C. cost., 29-1-2005, n. 63, in *Guida dir.*, 2005, 12, 68, la quale ha ritenuto costituzionalmente illegittimo l'art. 398, 5° comma *bis*, c.p.p. nella parte in cui non prevede che il giudice possa provvedere nei modi ivi previsti all'assunzione della prova ove fra le persone interessate ad essa vi sia un maggiorenne infermo di mente, quando le esigenze di questi lo rendano necessario od opportuno.

¹¹⁴ Cass., 18-3-2009, n. 26341, in *CED Cass.*, rv. 244372.

¹¹⁵ Di Chiara, *op. cit.*, 562, parla infatti di un rito in camera di consiglio a contraddittorio necessario.

partecipazione dell'organo inquirente è assistita da una nullità a regime intermedio *ex art. 178, lett. b), c.p.p.*¹¹⁶.

In caso di mancata comparizione del difensore, l'art. 401, 2° comma, c.p.p., al fine di evitare che la stessa possa costituire un espediente finalizzato ad impedire la rapida formazione della prova¹¹⁷ e di assicurare in ogni caso l'assistenza difensiva¹¹⁸, impone al giudice di designare un sostituto d'ufficio a norma dell'art. 97, 4° comma, c.p.p.¹¹⁹.

È configurata alla stregua di una mera facoltà, invece, la partecipazione del difensore della persona offesa, mentre la partecipazione personale della persona sottoposta alle indagini e della persona offesa è prevista soltanto in relazione ai casi in cui mediante l'incidente probatorio deve esaminarsi un testimone o un'altra persona, negli altri casi essendo subordinata ad una preventiva autorizzazione del giudice¹²⁰.

Il legislatore ha dunque optato, come è stato evidenziato, per una differenziazione delle prerogative connesse alla partecipazione sulla base del dato obiettivo rappresentato dal tipo di prova da assumere, considerando che il contributo difensivo che la persona offesa o l'indagato possono apportare in udienza varia a seconda delle caratteristiche dell'atto probatorio¹²¹.

Di talché, mentre rispetto alle prove dichiarative la circostanza che le parti interessate siano in possesso di un patrimonio conoscitivo utile al difensore nel corso dell'esame incrociato impone di assicurarne un diritto incondizionato d'intervento, in relazione agli altri esperimenti probatori il

¹¹⁶ Caprino, *Art. 401 c.p.p.*, in *Codice di procedura penale commentato*, a cura di Gaito, cit., 2535. Negli stessi termini v., inoltre, La Regina, *op. cit.*, 631; Tranchina, *L'intervento dell'organo giurisdizionale durante lo svolgimento delle attività investigative*, cit., 154.

¹¹⁷ De Roberto, *op. cit.*, 11.

¹¹⁸ La Regina, *op. cit.*, 631.

¹¹⁹ Come puntualizzato da Cass., 22-11-1993, n. 1309, in *Riv. pen.*, 1995, 247, dal combinato disposto degli artt. 401, 2° comma e 403 c.p.p. si ricava la regola di procedura, in base alla quale, per l'utilizzazione di quanto acquisito con incidente probatorio, è sufficiente che all'espletamento del medesimo sia presente un difensore dell'indagato, che può anche non essere quello di fiducia, dal momento che, in caso di mancata comparizione di costui, il giudice ha la facoltà di nominarne uno di ufficio ai sensi dell'art. 97, 4° comma, c.p.p.

¹²⁰ Si assiste dunque, fa notare La Regina, *op. cit.*, 632, ad una assimilazione delle posizioni delle due figure sul versante della garanzia del diritto all'autodifesa.

¹²¹ La Regina, *ibidem*.

giudice è chiamato ad effettuare una valutazione in concreto per stabilire se l'intervento personale sia necessario per soddisfare una effettiva esigenza difensiva¹²².

Ai sensi dell'art. 399 c.p.p., poi, se la presenza della persona sottoposta alle indagini è necessaria per compiere l'atto da assumere mediante l'incidente probatorio e non compare senza addurre un legittimo impedimento, il giudice ne ordina l'**accompagnamento coattivo**.

L'accompagnamento coattivo è disposto, in virtù della regola generale contenuta nell'art. 132 c.p.p., con decreto motivato, con il quale il giudice ordina di condurre l'imputato alla sua presenza, se occorre anche con la forza.

Il provvedimento che dispone l'accompagnamento coattivo deve essere trasmesso, ai sensi dell'art. 46 disp. att. c.p.p., a cura della cancelleria del giudice all'organo che deve procedere all'esecuzione, e una copia dello stesso deve essere consegnata al destinatario.

Pur se **disposta** per il tempo strettamente necessario per il compimento dell'atto previsto, la misura restrittiva non deve comunque superare il limite massimo delle ventiquattro ore.

Le prove sono assunte, nell'ambito dell'incidente probatorio, con le forme stabilite per il **dibattimento**.

Alla luce della disposizione appena richiamata, pertanto, non sussistono dubbi in dottrina circa la piena applicabilità nella procedura incidentale delle disposizioni in materia di *cross-examination* nel corso dell'esame testimoniale e delle parti private stabilite agli artt. 496-499 c.p.p.

¹²² Caprino, *Art. 401*, cit., 2537. La stessa richiama La Regina, *op. loc. ult. cit.*, la quale ha cura di puntualizzare come sia in generale da escludere, ai sensi dell'art. 127, 4° comma, c.p.p., un diritto dell'indagato al rinvio dell'udienza per legittimo impedimento. V., in giurisprudenza, Cass., 25-6-1999, n. 10795, in *Cass. pen.*, 2000, 2021, la quale ha ritenuto manifestamente infondata, in riferimento agli artt. 3 e 24 Cost., la questione di legittimità costituzionale dell'art. 401, 3° comma, c.p.p., nella parte in cui, al di fuori dei casi dell'esame di testimone o di altra persona, subordina la possibilità dell'indagato o della persona offesa dal reato di assistere all'incidente probatorio all'autorizzazione del giudice, in quanto la scelta legislativa ragionevolmente si spiega con la necessità di far risaltare l'oralità e la dialettica in una sede eccentrica rispetto alla fisiologica sede dibattimentale nei soli casi in cui ciò appaia funzionale alla stessa struttura dell'atto da assumere, mentre negli altri casi il parametro di riferimento da osservare per concedere o meno l'autorizzazione è proprio quello offerto dall'art. 24, 2° comma, Cost., così da consentire la partecipazione dell'interessato nei soli casi in cui emerga un suo interesse, concreto ed attuale, all'esercizio in quella forma del diritto di difesa.

Il difensore della persona offesa, precisa però la seconda parte dell'art. 401, 5° comma, c.p.p., può soltanto chiedere al giudice di rivolgere domande alle persone sottoposte ad esame.

Eguale pacifica è, in dottrina, la tesi della non applicabilità dell'art. 507 c.p.p., stante la natura incidentale del procedimento in esame ed il carattere di frammentarietà che ne pervade l'intera architettura¹²³.

Mentre con riguardo all'art. 506, 2° comma, c.p.p., risolvendosi l'incidente probatorio in una udienza volta ad acquisire la testimonianza o l'esame della parte, si ritiene che al giudice spetti senz'altro il potere di porre domande al fine di supplire ad eventuali carenze istruttorie¹²⁴, per le ragioni esposte poco sopra si ritiene non torvi applicazione l'art. 506, 1° comma, c.p.p.¹²⁵.

La Corte di Cassazione ha, poi, chiarito che la questione relativa alla proposizione di domande suggestive deve essere prospettata direttamente al giudice innanzi al quale si forma la prova, mentre nei successivi gradi di giudizio può essere oggetto di valutazione solo la motivazione con cui il giudice abbia accolto o rigettato l'eccezione e, pertanto, non può essere eccepita per la prima volta con i motivi di impugnazione l'inutilizzabilità dell'atto assunto in violazione dell'art. 499 c.p.p.¹²⁶.

“L'intero impianto dell'incidente, costruito all'insegna del paradigma della parentesi a struttura triadica innestata in fase di indagini, appare preoccupato di curare una rigorosa messa a fuoco dei confini soggettivi e oggettivi della prova da acquisire”¹²⁷.

Pertanto, una volta definito dal giudice il confine dell'incidente su entrambi i versanti, l'art. 401, 6° comma, c.p.p. si preoccupa di assicurare l'integrità del contraddittorio stabilendo un divieto di **estensione** dell'assunzione della prova a fatti riguardanti persone diverse da quelle i cui difensori partecipano all'incidente probatorio e puntualizzando che, nel caso di accidentali scostamenti, è in ogni caso vietato verbalizzare dichiarazioni riguardanti tali soggetti.

¹²³ Di Chiara, *op. cit.*, 563. V., inoltre, Nappi, *op. cit.*, 320.

¹²⁴ Di Chiara, *op. loc. ult. cit.*

¹²⁵ Di Chiara, *ibidem*.

¹²⁶ Cass., 31-5-2005, n. 22204, in *Cass. pen.*, 2006, 2868.

¹²⁷ Di Chiara, *op. cit.*, 563.

Di talché, per ogni nuova informazione che dovesse emergere nel corso dell'incidente si dovrà attivare, qualora si vogliano evitare deleterie dispersioni di materiali invece meritevoli di acquisizione¹²⁸ e prevenire le conseguenze sanzionatorie di cui all'art. 403, 1° comma, c.p.p.¹²⁹, il meccanismo di **integrazione del contraddittorio** previsto dall'art. 402 c.p.p. – non a caso richiamato dall'art. 401, 6° comma, c.p.p. – pena l'inutilizzabilità ai fini della decisione delle prove assunte nella fase incidentale nei confronti di persone originariamente non interessate all'assunzione della prova.

Se il pubblico ministero o il difensore della persona sottoposta alle indagini, dunque, chiede^{ono} che la prova si estenda ai fatti o alle dichiarazioni concernenti persone diverse da quelle interessate all'attività acquisitiva *in itinere*, il giudice, se ricorrono i requisiti di cui all'art. 190 c.p.p.¹³⁰ ed il rinvio non pregiudica l'assunzione della prova¹³¹, dispone le necessarie notifiche a norma dell'art. 398, 3° comma, c.p.p., rinviando l'udienza per il tempo strettamente necessario, comunque non superiore a tre giorni.

La **documentazione** dell'attività acquisitiva svolta ~~mediante tramite il ricorso all'~~incidente probatorio avviene mediante verbale, il quale, in assenza di disposizioni speciali, deve essere redatto in conformità alle disposizioni di cui all'art. 510 c.p.p.

Nei casi presi in esame dall'art. 398, 5° *bis* comma, c.p.p.-bis, invece, le dichiarazioni testimoniali debbono essere documentate integralmente con mezzi di riproduzione fonografica o audiovisiva e, quando si verifica una indisponibilità di strumenti di riproduzione o di personale tecnico, deve procedersi con le forme della perizia, ovvero della consulenza tecnica.

Dell'interrogatorio, invece, è anche redatto verbale in forma riassuntiva, la trascrizione della cui riproduzione è disposta solo se richiesta dalle parti.

La documentazione integrale, con mezzi di riproduzione fonografica o audiovisiva, delle dichiarazioni testimoniali rilasciate dal minore è fina-

¹²⁸ Di Chiara, *ivi*, 564.

¹²⁹ La Regina, *op. cit.*, 634.

¹³⁰ Nappi, *op. cit.*, 322.

¹³¹ Limite che si spiega perché, rileva Macchia, *L'incidente probatorio*, cit., 1604, tra il pericolo di incompletezza e il pericolo di dispersione del mezzo di prova è a quest'ultimo che deve darsi maggiore rilievo. Condivide siffatta argomentazione, tra gli altri, La Regina, *op. cit.*, 635.

lizzata a garantire in ogni caso la genuinità della prova, pur essendo questa assunta da parte di un giudice diverso da quello del dibattimento, con inevitabile sacrificio del principio di immediatezza¹³².

Il verbale, le cose e i documenti acquisiti nell'incidente probatorio, stabilisce l'art. 401, 8° comma, c.p.p., sono trasmessi al pubblico ministero ed i difensori hanno diritto di prenderne visione ed estrarne copia.

9. L'abbreviazione dei termini in casi di urgenza

La disciplina dell'incidente probatorio, come già detto finalizzata all'assicurazione delle fonti di prova suscettibili di dispersione nelle more del dibattimento, è caratterizzata da precise ed abbastanza ristrette scadenze temporali, finalizzate ad assicurare che l'istituto, in linea con i presupposti che ne connotano la funzione, possa svilupparsi con una certa celerità.

In tale prospettiva, il legislatore delegato ha previsto la possibilità di ridurre ulteriormente i tempi di espletamento della procedura incidentale quando, per assicurare l'assunzione della prova in situazioni connotate da particolare urgenza, è indispensabile procedere con particolare celerità.

In queste evenienze – prevede l'art. 400 c.p.p. – il giudice dispone, mediante un provvedimento adottabile *ex officio* ed avente forma di decreto motivato¹³³, che i termini regolativi la fase introduttiva dell'incidente siano abbreviati nella misura ritenuta necessaria.

Risponde alla medesima *ratio* l'art. 398, 4° comma, c.p.p., il quale stabilisce che quando ricorrono ragioni di urgenza e l'incidente probatorio non può essere svolto nella circoscrizione del giudice competente,

¹³² La Suprema Corte ha, tuttavia, chiarito che nel caso d'esame protetto di minori di anni sedici, nelle forme dell'incidente probatorio, l'inosservanza dell'obbligo di documentazione fonografica o audiovisiva non è causa di alcuna nullità o inutilizzabilità, potendo semmai comportare un ostacolo al necessario controllo, cui è appunto finalizzata l'adozione di detta particolare documentazione, circa l'attendibilità intrinseca delle dichiarazioni rese. V., in questi termini, Cass., 9-7-2008, n. 32580, in *CED Cass.*, rv. 240746.

¹³³ Nulla esclude, come mette in evidenza La Regina, *op. cit.*, 629, che la sollecitazione all'abbreviazione dei termini provenga dagli interessati, i quali possono prospettarla nella richiesta ovvero nelle deduzioni.

quest'ultimo può delegare il giudice per le indagini preliminari del luogo dove la prova deve essere assunta¹³⁴.

Il provvedimento di abbreviazione, dunque, imprime alla procedura incidentale un'accelerazione l'esigenza ed i termini¹³⁵ della quale sono legati all'esclusiva valutazione del giudice circa la situazione di urgenza che rende necessario procedere il più tempestivamente possibile all'assunzione della prova.

Esso è **inoppugnabile** e, al fine di realizzare le proprie finalità, deve necessariamente essere notificato alle parti interessate.

10. Il regime di utilizzabilità della prova assunta mediante incidente probatorio

È la prospettiva del verificarsi di situazioni di irripetibilità in concreto a consentire la programmazione di un'attività acquisitiva che sfugge ai connotati tipici ed ai correlati protocolli formali della fase investigativa per assumere contorni diversi e ben più vicini, soprattutto sul piano delle garanzie, a quelli della fase dibattimentale.

Può darsi che l'irripetibilità dell'atto, soltanto ipotizzabile nel corso delle indagini preliminari sulla base dei dati di fatto in quel frangente disponibili, non abbia acquisito, successivamente, carattere effettivo, di talché l'atto di assunzione probatoria effettuato in via anticipata si presenta,

¹³⁴ Secondo Cass., 12-7-1994, n. 3511, in *Riv. pen.*, 1995, 515, il giudice delegato per l'espletamento dell'incidente probatorio non ha il potere di sindacare il merito del provvedimento di delega. Conseguentemente, il conflitto di competenza che insorge tra giudice delegante e delegato, che contesti i presupposti dell'urgenza e dell'opportunità, va risolto nel senso che a quest'ultimo spetta svolgere l'attività processuale di cui è stato incaricato. Ma v., invece, Cass., 16-3-2004, n. 22713, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2005, 507, secondo la quale il giudice delegato per l'espletamento dell'incidente probatorio ha il potere-dovere di verificare il presupposto costituito dalla necessità della delega, esclusa ogni valutazione comparativa attinente alla mera facilitazione esecutiva del compimento dell'atto. La contestazione del presupposto formale del provvedimento di delega determina una ipotesi di conflitto riconducibile ai "casi analoghi", ai sensi dell'art. 28, 2° comma, c.p.p.

¹³⁵ Secondo Cass., 21-3-1995, **Grabowsky**, in *Dir. pen. e processo*, 1995, 947, è esclusa la sussistenza di un limite minimo di tempo oltre il quale il giudice non può abbreviare i termini nelle ipotesi di urgenza ex art. 400 c.p.p., fatto salvo in ogni caso uno spazio almeno ragionevole per assicurare alle parti la possibilità di comparire all'udienza, stante il carattere discrezionale della valutazione di urgenza che il giudice è chiamato ad operare.

a causa di un erroneo calcolo delle sopravvenienze, come ancora suscettibile di rinnovazione nel contesto propriamente processuale.

In questa evenienza, la possibilità di pervenire ad un recupero pieno e completo dei principi ispiratori del modello accusatorio schiude le porte alla possibile riattivazione del mezzo di prova¹³⁶ e, al fine di modellare il sistema in vista di una tale situazione concreta, l'art. 511, 2° comma, c.p.p. dispone che la lettura di verbali di dichiarazioni contenuti nel fascicolo per il dibattimento – tra i quali, appunto, sono ricompresi *ex art.* 431 c.p.p. i verbali degli atti assunti nell'incidente probatorio – è ammessa solo dopo l'esame della persona che le ha rese, a meno che l'esame stesso non abbia luogo, mentre, ai sensi del comma successivo, la lettura della relazione peritale è disposta solo dopo l'esame del perito.

In ogni caso, come già visto, l'orientamento giurisprudenziale prevalente ed anche di recente ribadito vuole la prova liberamente utilizzabile e non necessariamente rinnovabile a prescindere dalla possibilità di nuova audizione del dichiarante in dibattimento¹³⁷.

La circostanza che il verbale dell'atto probatorio espletato in via preventiva sia già *ex se* utilizzabile ai fini della decisione, a prescindere cioè dalla traduzione in termini di effettività dell'ipotizzata irripetibilità, non priva di rilevanza la situazione in cui, invece, la prognosi si sia rivelata corretta e, dunque, sia subentrato uno stato di non reiterabilità in concreto, potendo sorgere in queste evenienze problemi legati all'estensione soggettiva del regime di utilizzabilità dell'atto.

“Il regime disegnato dal legislatore per l'utilizzabilità delle prove assunte in incidente probatorio” – infatti – “può ricostruirsi a partire da quella che viene comunemente considerata come l'accezione classica del principio del contraddittorio. Se [...] questo postula la partecipazione del soggetto che subirà gli effetti di un provvedimento giurisdizionale al suo *iter* formativo, implica anche, *ex adverso*, l'insensibilità agli effetti dell'atto formato senza la sua partecipazione”¹³⁸.

¹³⁶ Come evidenzia Di Chiara, *op. cit.*, 564, “è ben noto come, per regola generale, non sussistano ostacoli affinché la fonte superstite, pur già sentita in sede di incidente probatorio, venga riesaminata nel successivo dibattimento: l'ordinaria fisionomia del *right of confrontation*, saldata ai principi di oralità, concentrazione e immediatezza tipici della fase dibattimentale, propizia senza alcun dubbio un simile asserto conclusivo”.

¹³⁷ V., come già detto, Cass., 1-8-2012, Nigro, cit. In dottrina v., invece, Di Chiara, *op. cit.*, 564.

¹³⁸ La Regina, *op. cit.*, 640.

L'art. 403 c.p.p., disponendo originariamente che le prove assunte mediante incidente probatorio fossero utilizzabili in dibattimento soltanto nei confronti degli imputati i cui difensori avessero partecipato alla loro assunzione, dettava una disposizione che, protesa alla tutela del contraddittorio nella formazione della prova¹³⁹, non prendeva in considerazione le situazioni in cui l'irripetibilità in concreto riguardasse un atto acquisitivo i cui risultati fossero dotati di rilevanza probatoria nei confronti di persone che, essendo state raggiunte solo successivamente da indizi di colpevolezza, non avrebbero potuto partecipare al compimento dell'atto medesimo per un oggettivo difetto di legittimazione.

Di talché, “nel raggio di operatività della disposizione sembrava poter rientrare tanto l'ipotesi in cui l'imputato, al tempo dell'assunzione della prova, pur risultando già indagato, fosse stato pretermesso per un vizio nell'adempimento delle notifiche di cui agli artt. 395, 398, 3° comma, c.p.p., per l'inosservanza delle regole stabilite in materia di partecipazione all'udienza (art. 401, 1° e 2° comma, c.p.p.) e, più in generale, per la violazione dei divieti posti dall'art. 401, 6° comma, c.p.p., quanto il caso in cui la mancata partecipazione era dipesa dalla circostanza che, al momento dell'assunzione della prova, la persona successivamente imputata non aveva diritto di essere rappresentata in udienza dal difensore, in quanto – non essendo ancora stata raggiunta da indizi di colpevolezza – non rivestiva la qualità di indagato”¹⁴⁰.

Anche in relazione a siffatto profilo la Corte costituzionale è intervenuta in chiave correttiva sul tessuto normativo mediante la-una sentenza 181/1994¹⁴¹; con la quale ha dichiarato non fondata “nei sensi di cui in motivazione” la questione di legittimità costituzionale dell'art. 403 c.p.p. sollevata rispetto alla parte in cui non prevedeva l'utilizzabilità, nei con-

¹³⁹ Evidenzia Bargis, *L'incidente probatorio*, cit., 1347, come la norma tuteli, sul piano generale, i limiti soggettivi dell'incidente come fissati dall'art. 398, 2° comma, lett. b), c.p.p., mentre, su un piano particolare, fa fronte all'eventualità in cui, nonostante il divieto di verbalizzare dichiarazioni riguardanti persone diverse da quelle i cui difensori partecipano all'incidente (art. 401, 6° comma, c.p.p.), alcune di queste dichiarazioni sono state ugualmente verbalizzate o perché inscindibilmente connesse a quelle riguardanti le persone rappresentate o, al limite, in violazione del divieto. V., ovviamente in eguali termini, Bargis, *Incidente probatorio*, cit., 358.

¹⁴⁰ La Regina, *op. cit.*, 641.

¹⁴¹ C. cost., 16-5-1994, n. 181, in *Cass. pen.*, 1994, 2393.

fronti di imputati i cui difensori non avessero partecipato all'assunzione in incidente probatorio, della perizia disposta a norma dell'art. 392, 1° comma, lett. f), c.p.p., nel caso in cui il giudice avesse respinto la richiesta di estensione dell'incidente per sopravvenuta modificazione dello stato dei luoghi.

In motivazione la Corte ha precisato, dettando così un principio di carattere generale che tende a circoscrivere la sfera di applicazione soggettiva della norma, che dalla regola stabilita dall'art. 403 c.p.p. – la cui funzione consiste nel salvaguardare il contraddittorio inteso come espressione del più generale diritto di difesa¹⁴² – non può 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.

Ovviamente – ha fatto notare ulteriormente la Corte, affrontando un profilo problematico di rilievo tutt'altro che secondario – spetta all'autorità giudiziaria individuare le persone che, in relazione all'atto da assumere mediante l'incidente, devono considerarsi “sottoposte ad indagini”, e tale apprezzamento è suscettibile di verifica da parte del giudice del dibattimento ai fini dell'eventuale applicazione del divieto di utilizzazione previsto dall'art. 403 c.p.p.

Successivamente, l'art. 5, l. 7-8-1997, n. 267 ha aggiunto all'articolo in questione un 1° comma *bis* il quale, razionalizzando l'interpretazione adeguatrice fornita dalla Corte costituzionale alla luce del rilievo che ai fini dell'utilizzabilità della prova sarebbe stato necessario verificare la possibilità di assicurare il contraddittorio avendo riguardo non al momento dell'incidente probatorio ma alla fase del dibattimento¹⁴³, di talché sol-

¹⁴² La funzione della disposizione viene ricostruita dalla Corte costituzionale mediante il raccordo sistematico con le norme di cui agli artt. 393, 1° comma, lett. b), 395, 398, 2° comma, lett. b), 401, 1° e 6° comma, 402 c.p.p. V., però, in senso critico, Kostoris, *Incidente probatorio senza “indagato” e limiti all'utilizzabilità della prova nell'ambito dello stesso o di altro procedimento*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1995, 907, il quale non esclude che alla disposizione possa essere attribuita una funzione di garanzia più ampia rispetto a quella attribuita dalla Corte costituzionale, volta cioè “ad evitare, su un piano generale, che una prova assunta con incidente probatorio sia utilizzabile rispetto all'imputato che non abbia potuto difendersi nel momento della sua formazione: e ciò a prescindere dalla circostanza che questi rivestisse o no in quel tempo la qualifica di “indagato””.

¹⁴³ Kostoris, *ivi*, 910.

tanto l'impossibilità di rinnovare l'atto in dibattimento avrebbe potuto giustificare la sua utilizzazione come prova anche nei confronti di altri imputati, ha stabilito che le prove acquisite mediante incidente probatorio non sono utilizzabili nei confronti dell'imputato raggiunto solo successivamente all'incidente stesso 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 impossibile¹⁴⁴.

Pertanto, il **regime di utilizzabilità** della prova nei confronti di chi non ha partecipato alla sua formazione dipende dalle possibilità di recupero del contraddittorio esistenti al momento in cui sono emersi gli indizi di reità.

Ricorrendo, in quel momento, la possibilità di ripetere l'atto, l'art. 403, 1° comma *bis*, c.p.p. impone la rinnovazione dell'atto probatorio mediante le forme ordinarie, nel corso del giudizio ovvero mediante l'instaurazione di un nuovo incidente probatorio qualora il procedimento risieda ancora in una delle fasi pregresse¹⁴⁵.

Sopraggiunta, invece, l'irripetibilità in concreto, la collocazione temporale di essa diviene determinante: precedendo l'emergenza degli indizi di reità, consente di prescindere dal metodo – oramai non adottabile – del contraddittorio, rendendo così l'atto utilizzabile nei confronti di chi non ha partecipato alla sua formazione.

Anche l'art. 403, 1° comma *bis*, c.p.p. è costruito, dunque, intorno alla categoria della sopravvenuta impossibilità di ripetizione dell'atto, evocando un ambito concettuale che, noto quale elemento centrale della fattispecie acquisitiva contemplata dall'art. 512 c.p.p., presenta nel contesto normativo che ci occupa alcuni profili di peculiarità.

In primo luogo, infatti, l'impossibilità di ripetizione dell'atto formativo della prova viene collocata in uno specifico ambito temporale, circoscritta come è – la propria rilevanza – rispetto a fattori operanti tra il

¹⁴⁴ È interessante notare che Kostoris, *ivi*, 911, avesse ravvisato la necessità di inserire una norma *ad hoc* corrispondente a quella di cui all'art. 403, 1° comma *bis*, c.p.p. in quanto il ricorso all'art. 512 c.p.p. era precluso dalla previsione, ai fini del perfezionamento della fattispecie acquisitiva *ivi* contemplata, del criterio della imprevedibilità dei fatti o delle circostanze che rendono la prova non ripetibile: criterio non invocabile nei casi di incidente probatorio richiesto *ex art.* 392, 1° comma, c.p.p., posto che, per definizione, la prova deve essere non rinviabile al dibattimento.

¹⁴⁵ In tal senso v. fra gli altri, La Regina, *op. cit.*, 647.

momento del compimento dell'atto e l'emersione di indizi di colpevolezza¹⁴⁶.

In secondo luogo, l'ambito di rilevanza dell'impossibilità di ripetizione prescinde dal connotato dell'imprevedibilità, essenziale, invece, nel contesto del paradigma della fattispecie acquisitiva principale¹⁴⁷.

La disposizione, è ovvio, riporta all'attenzione la problematica – alla quale si è già fatto brevemente cenno – relativa all'identificazione della figura procedimentale interessata dal fenomeno indiziario.

Come già visto, infatti, la mancanza di una norma processuale analoga a quella contenuta nell'art. 60 c.p.p. ha determinato, sia in dottrina che in giurisprudenza, notevoli perplessità interpretative, pur essendovi una sostanziale convergenza di vedute rispetto al profilo attinente al rilievo da attribuire all'iscrizione nel registro generale delle notizie di reato.

Esclusa unanimemente l'efficacia costitutiva dell'iscrizione *ex art. 335* c.p.p., permane qualche perplessità circa l'individuazione di un criterio univoco di attribuzione della qualità procedimentale in questione, conferendosi rilievo, in giurisprudenza, ora allo svolgimento di investigazioni soggettivamente orientate, ora alla emersione di una notizia di reato soggettivamente qualificata¹⁴⁸.

Secondo una prospettiva ermeneutica attenta a salvaguardare la *ratio* di garanzia della disposizione e, dunque, protesa ad escludere che la compressione delle garanzie dell'imputato possa dipendere dall'arbitrio o anche soltanto dalla colpevole inerzia del pubblico ministero, il giudizio di sussistenza dei gravi indizi dovrebbe prescindere dal compimento di atti investigativi soggettivamente orientati, potendo sostanziarsi anche in relazione ai casi di emersione di elementi già suscettibili di orientare le indagini nei confronti del futuro imputato ma che, per qualsiasi motivo, siano rimasti privi di seguito investigativo¹⁴⁹.

¹⁴⁶ La Regina, *ivi*, 649.

¹⁴⁷ La Regina, *ibidem*.

¹⁴⁸ V., in ambito giurisprudenziale, Cass., 28-4-1997, n. 1732, cit. Nonché, da ultimo, Cass., 17-2-2003, n. 20510, cit.

¹⁴⁹ La Regina, *op. cit.*, 648.

11. Circolazione delle prove formate mediante incidente probatorio ed utilizzabilità

“La possibilità” – è stato efficacemente rilevato in dottrina – “di acquisire e utilizzare in un procedimento atti formati in un altro si colloca emblematicamente al crocevia tra differenti concezioni del processo: materia di regole minime e fortemente instabili, la tipologia dei filtri apposti alla circolazione contribuisce a far luce sulla natura stessa del sistema, il quale, nonostante l’aspirazione ad una certa autonomia dei singoli giudizi, non ne assicura la reciproca autosufficienza”¹⁵⁰.

Il **sistema di circolazione** di atti tra procedimenti¹⁵¹ delineato dall’art. 238 c.p.p.¹⁵² non riguarda soltanto le prove in senso stretto, potendo avere per oggetto, altresì, atti di natura investigativa e, addirittura, sentenze.

Prendendo in considerazione, ovviamente, i canali comunicativi concernenti le prove, viene in rilievo la disciplina contenuta in una disposi-

¹⁵⁰ Belluta, *Circolazione della prova (Diritto processuale penale)*, in *Enc. Dir.*, Annali II, 3, Milano, 2008, 953. Nota La Regina, *op. cit.*, 651, come “[l]a materia della circolazione extra-procedimentale della prova rappresenta uno tra i contesti in cui maggiormente si avverte la tensione tra esigenze contrapposte. Se, infatti, i principi dell’oralità, dell’immediatezza e del contraddittorio imporrebbero di preservare il procedimento dagli apporti conoscitivi formati altrove, “le esigenze di economia e di non dispersione” sollecitano, al contrario, “a favorire la libera migrazione delle prove da un procedimento all’altro”. Così, anche, Scella, *Tutela del contraddittorio e utilizzazione di prove formate in altri procedimenti*, in *Il giusto processo tra contraddittorio e diritto al silenzio*, a cura di Kistoris, Torino, 2002, 92. V., inoltre, Corbo, *I documenti*, in *Tratt. Spangher*, II, 1, cit., 361; Bernasconi, *Ideologie e prassi in tema di circolazione di verbali “alieni”*, in *Eccezioni al contraddittorio e giusto processo. Un itinerario attraverso la giurisprudenza*, a cura di Di Chiara, Torino, 2009, 323, per il quale la disciplina dell’acquisizione di documenti nel processo “costituisce un punto particolarmente sensibile all’interno di un sistema imperniato sui principi dell’oralità e dell’immediatezza”.

¹⁵¹ “Quando si parla di ‘circolazione probatoria tra procedimenti’” – chiarisce Cantone, *La “circolazione probatoria tra procedimenti”*. *Le modifiche introdotte dalla l. n. 63/01*, in *Cass. pen.*, 2002, 2561 – “si intende riferirsi alla possibilità di acquisire, e successivamente utilizzare, in altro procedimento le prove che si sono formate in una vicenda processuale diversa e/o autonoma”. Negli stessi termini v., inoltre, Rombi, *La circolazione delle prove penali*, Padova, 2003, 1.

¹⁵² “La disposizione” – ritiene Cantone, *op. ult. cit.*, 2562 – “è coerentemente inserita nel capo VII dedicato alle prove c.d. documentali; il materiale probatorio che proviene da altri procedimenti, infatti, può trasmigrare soltanto attraverso la documentazione – *rectius* i verbali – che lo contiene”. Ritiene singolare la collocazione dell’art. 238 c.p.p. nel settore della prova documentale, invece, Calamandrei, *La prova documentale*, Padova, 1995, 94. V. anche, in senso critico, Dell’Anno, *Prova documentale e circolarità della prova*, in *La prova penale*, diretto da Gaito, II, cit., 670, il quale intravede nella scelta legislativa una palese incongruenza ed una indubitabile forzatura.

zione che “strutturat[a] per regole ed eccezioni, rappresenta uno spaccato dell’intero sistema probatorio”¹⁵³.

L’art. 238, 1° comma, c.p.p. dispone, infatti, che è ammessa l’acquisizione di verbali di prove di altro procedimento penale¹⁵⁴ qualora si tratti di prove assunte con le forme dell’incidente probatorio o nel dibattimento¹⁵⁵.

Se l’utilizzo di tecniche formative dell’elemento di prova eteronomo conformi alle metodologie proprie dell’incidente probatorio – ovvero del dibattimento – è sufficiente al fine di assicurare l’acquisizione dell’atto nel procedimento diverso, la **garanzia del contraddittorio** nella formazione della prova è relativamente¹⁵⁶ presidiata, ma soltanto per quel che riguarda le prove a contenuto dichiarativo¹⁵⁷, dal peculiare regime di utilizzabilità delineato dall’art. 238, 3° comma, c.p.p., ai sensi del quale i verbali di dichiarazioni possono essere utilizzati contro¹⁵⁸ l’imputato soltanto se il suo difensore ha partecipato all’assunzione della prova.

Una tutela effettiva dei principi di **oralità** e **immediatezza** è, quindi, assicurata dall’art. 238, 5° comma, c.p.p., il quale riconosce il diritto del-

¹⁵³ Belluta, *op. cit.*, 953.

¹⁵⁴ Per Cass., 12-2-1999, n. 2954, in *Cass. pen.*, 2000, 2010, l’acquisizione di verbali di prove di altro procedimento non presuppone che questo sia stato definito con sentenza irrevocabile. Sulla nozione di procedimento diverso v., per tutti, Rombi, *op. cit.*, 65.

¹⁵⁵ L’art. 238 c.p.p. è stato oggetto di plurimi interventi correttivi, fino a pervenire alla versione attuale in virtù dell’art. 9, l. 1-3-2001, n. 63. V., per un quadro dell’evoluzione subita dalla disposizione, Belluta, *op. cit.*, 955; nonché Cantone, *op. cit.*, 2562. V., inoltre, Scella, *op. cit.*, 95; Bernasconi, *op. cit.*, 321.

¹⁵⁶ Come rileva correttamente Cesari, *op. cit.*, 722, la partecipazione della difesa nella sede aliena resta legata ad una diversa *res iudicanda*, di talché è arduo ipotizzare che il contraddittorio svolto sia equivalente a quello che sulla medesima fonte si sarebbe effettuato in una diversa sede e per un diverso oggetto di prova. Gli stessi rilievi critici sono mossi da Dell’Anno, *op. cit.*, 675, secondo il quale la norma “pretende di confermare un concetto di contraddittorio per la formazione della prova affatto svincolato dal contesto processuale in cui dovrebbe procedersi alla sua utilizzazione”.

¹⁵⁷ Fa notare, infatti, Cesari, *op. loc. ult. cit.*, come il contraddittorio con la difesa nella sede di provenienza sembra assicurato soltanto per le prove dichiarative, restando in apparenza sufficiente, negli altri casi, che si tratti di prove assunte in incidente probatorio o in dibattimento, pur a prescindere dall’apporto difensivo in sede di formazione. Solo un’esegesi estensiva del disposto normativo può, pertanto, indurre a ricomprendervi prove tipologicamente dissimili che altrimenti ne rimarrebbero escluse. Evidenzia il carattere disorganico della normativa, inoltre, Dell’Anno, *op. cit.*, 674.

¹⁵⁸ Si sofferma sull’analisi dell’espressione normativa, tra gli altri, Dell’Anno, *op. cit.*, 675.

le parti di ottenere a norma dell'art. 190 c.p.p. – salvo però il peculiare regime di ammissione previsto dall'art. 190-*bis* c.p.p.¹⁵⁹ – l'esame delle persone le cui dichiarazioni sono state acquisite mediante l'attivazione dei veicoli di circolazione disciplinati dal precedente 1° comma della disposizione in discorso¹⁶⁰.

La tematica si intreccia con le problematiche inerenti all'irripetibilità dell'atto tutte le volte in cui la seconda diviene connotazione qualificativa dell'atto probatorio formato nel procedimento diverso ed assume rilevanza pratica nel momento in cui l'atto stesso, in generale utilizzabile ai sensi dell'art. 238, 3° comma, c.p.p., dispone di potenzialità utilizzative nei confronti di imputati che non hanno partecipato alla sua formazione.

Si ripropone, in altri termini, la problematica già esaminata in sede di analisi dell'incidente probatorio e non è un caso che la Corte costituzionale vi abbia dato identica soluzione sulla base del dichiarato parallelismo tra i presupposti di utilizzabilità "interna" della prova – ossia nell'ambito del procedimento di provenienza – e quelli di utilizzabilità "esterna"¹⁶¹, saldando così la determinazione dello spazio operativo dell'art. 238, 1° comma, c.p.p. con i limiti applicativi dell'art. 403 c.p.p.¹⁶².

Ne consegue che, sebbene nell'ambito dell'art. 238 c.p.p. manchi una regola che disciplini l'utilizzabilità dei risultati dell'incidente probatorio disposto in un altro procedimento nei confronti di chi soltanto successivamente sia stato raggiunto da indizi di colpevolezza, deve ritenersi im-

¹⁵⁹ Il richiamo alla disposizione contenuta nell'art. 190 *bis* c.p.p. è generalmente criticato dalla dottrina, dal momento che "è proprio in relazione ai delitti di maggiore gravità (quelli di cui all'art. 51, co. 3 *bis*, c.p.p.) che il legislatore continua a porre un'ipoteca sulla possibilità di rinnovare dialetticamente una dichiarazione i cui verbali provengono dall'incidente probatorio o da un altro procedimento". Così Cesari, *op. cit.*, 723. Dello stesso segno le critiche mosse da Belluta, *op. cit.*, 958.

¹⁶⁰ Ritiene "non impeccabile" la tutela del contraddittorio approntata dalla disposizione in esame Belluta, *op. loc. ult. cit.* In ogni caso – rileva Cesari, *op. loc. ult. cit.*, l'istanza di parte volta ad ottenere la formazione dibattimentale della prova non potrebbe essere respinta con la motivazione della superfluità in ragione della presenza in atti delle dichiarazioni della medesima fonte assunte in altra sede. Secondo Dell'Anno, *op. cit.*, 679, la norma sarebbe soggettivamente collegabile, sotto un profilo quantitativo, soprattutto alla posizione del pubblico ministero, trattandosi dell'unica disposizione, nell'ambito di quelle riguardanti il tema della circolazione probatoria, in cui si fa riferimento alle parti e non all'imputato.

¹⁶¹ C. cost., 26-5-1994, n. 198, cit.

¹⁶² V., in senso adesivo ma fatte salve le riserve già formulate in relazione a C. cost., 16-5-1994, n. 181, cit., Kostoris, *op. cit.*, 911.

plicitamente richiamata la regola posta dall'art. 403, 1° comma *bis*, c.p.p.¹⁶³.

12. L'efficacia dell'incidente probatorio nei confronti della parte civile

La figura del danneggiato dal reato nell'ambito della disciplina dell'incidente probatorio non assume una collocazione di primario rilievo, rimanendo il più delle volte assorbita nella diversa qualificazione soggettiva di persona offesa.

Al di fuori, dunque, della peculiare circostanza in cui l'assunzione della prova con le forme dell'incidente probatorio venga disposta nel corso dell'udienza preliminare – nel cui ambito, eventualmente, è avvenuta la costituzione di parte civile e, dunque, l'assunzione della qualità di parte processuale – il ricorso alla procedura di formazione anticipata della prova avviene sempre in una fase, quella delle indagini preliminari, in cui la pretesa risarcitoria non ha avuto modo di manifestarsi attraverso una specifica richiesta.

L'esigenza di protezione di una figura che, in ipotesi, assumerà una definita veste processuale soltanto nel futuro processo, ha indotto il legislatore a predisporre una norma limitativa dei possibili effetti della prova acquisita in un ambito al quale il soggetto danneggiato – che non sia, ovviamente, anche persona offesa – è per necessità rimasto estraneo.

L'art. 404 c.p.p.¹⁶⁴ esclude, infatti, che la **sentenza penale** irrevocabile di assoluzione pronunciata sulla base di una prova assunta mediante l'incidente probatorio, a cui il danneggiato non sia stato posto in grado di partecipare, produca gli effetti preclusivi per il giudice civile adito ai sensi dell'art. 185 c.p. e dell'art. 2043 c.c. per le restituzioni e il risarcimento dei danni derivanti dal reato, in deroga a quanto disposto dall'art. 652 c.p.p. in tema di efficacia vincolante del giudicato di assoluzione.

¹⁶³ In questo senso, tra gli altri, v. La Regina, *op. cit.*, 563; Rombi, *op. cit.*, 89.

¹⁶⁴ La cui rubrica è ritenuta piuttosto discutibile da De Roberto, *op. cit.*, 13, alla luce della considerazione secondo cui “se vi sia stato esercizio dell'azione civile in sede penale l'incidente probatorio non potrà (...) non essere utilizzato nei confronti della parte civile”.

Secondo la dottrina, l'espressione "a cui il danneggiato dal reato non è stato posto in grado di partecipare" deve essere riferita sia alla persona che non aveva diritto di partecipare all'incidente svoltosi nella fase pregressa – in quanto privo della concomitante qualità di persona offesa dal reato – sia a colui che avrebbe avuto diritto di prendere parte alla parentesi acquisitiva, ma non ha avuto modo di farlo a causa della violazione del dovere di notificazione dell'avviso¹⁶⁵.

Affinché si produca l'effetto preclusivo occorre, innanzitutto, che la prova assunta nell'ambito dell'incidente probatorio abbia avuto rilevanza decisiva per la formazione del convincimento del giudice al momento della pronuncia della sentenza¹⁶⁶.

L'inopponibilità della sentenza pronunciata sulla base dei risultati dell'incidente probatorio a cui il **danneggiato dal reato** sia rimasto estraneo, inoltre, non si produce~~ono~~ qualora lo stesso faccia accettazione, anche tacita, della decisione del giudice sul capo inerente la pretesa risarcitoria.

La norma permette di scorgere la sussistenza di un onere di attivazione in capo alla persona danneggiata che intenda avvalersi dell'effetto preclusivo connesso alla sua estraneità rispetto alla fase incidentale¹⁶⁷.

Di conseguenza, al danneggiato dal reato che si sia costituito parte civile è fatto carico di eccepire l'inutilizzabilità della prova all'atto della costituzione nel processo penale, mentre dovrà eccepire l'inopponibilità della sentenza penale irrevocabile nel giudizio civile o amministrativo di danno, nel caso in cui non abbia potuto o voluto avanzare la pretesa civile in sede penale, disconoscendone l'efficacia nei suoi confronti¹⁶⁸.

BIBLIOGRAFIA

Andreano, *La parte civile si impone nel processo sostenuta dalle indagini difensive*, in *Dir. e giu-*

¹⁶⁵ La Regina, *op. cit.*, 654.

¹⁶⁶ La Regina, *ivi*, 656. In senso parzialmente diverso, si colloca invece chi afferma che la decisione potrebbe ritenersi basata sulla prova assunta con incidente probatorio anche quando la sentenza richiami tale prova in motivazione, senza che risulti che la prova stessa non abbia rivestito rilevanza alcuna ai fini della decisione. In questo senso v., Bargis, *L'incidente probatorio*, cit., 1350.

¹⁶⁷ De Roberto, *op. cit.*, 13.

¹⁶⁸ La Regina, *op. cit.*, 658.

stizia, 2001, 42, 46; Bargis, *Incidente probatorio*, in *Digesto pen.*, VI, Torino, 1992, 360; Id., *L'incidente probatorio*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1990, 1350; Belluta, *Circolazione della prova (Diritto processuale penale)*, in *Enc. Dir.*, Annali II, 3, Milano, 2008, 953; Bernardi, *Le attività di indagine*, in *Dir. pen. e processo*, 2001, 208; Bernasconi, *Ideologie e prassi in tema di circolazione di verbali "alieni"*, in *Eccezioni al contraddittorio e giusto processo. Un itinerario attraverso la giurisprudenza*, a cura di Di Chiara, Torino, 2009, 323; Bresciani, *Persona offesa dal reato*, in *Digesto pen.*, IX, Torino, 1995, 527; Calamandrei, *La prova documentale*, Padova, 1995; Cantone, *La "circolazione probatoria tra procedimenti". Le modifiche introdotte dalla l. n. 63/01*, in *Cass. pen.*, 2002, 2561; Caprino, *Art. 393 c.p.p.*, in *Codice di procedura penale commentato*, a cura di Gaito, Torino, 2012, 2499; Id., *Art. 396 c.p.p.*, *ivi*, 2514; Id., *Art. 397 c.p.p.*, *ivi*, 2516; Id., *Art. 398 c.p.p.*, *ivi*, 2522; Id., *Art. 401 c.p.p.*, *ivi*, 2535; Cassibba, *L'udienza preliminare. Struttura e funzioni*, Milano, 2007; Cesari, *Prova (Acquisizione della)*, in *Digesto pen.*, Agg. II, Torino, 2004, 720; Corbo, *I documenti*, in *Tratt. Spangher*, II, 1, Torino, 2009, 361; Cordero, *Procedura penale*, 7^a ed., Milano, 2003; Corso, *Le indagini preliminari*, in *Procedura penale*, Torino, 2010, 395; Dean, *Retrospectiva del "nuovo" art. 111 Cost.: Anamnesi del giusto processo penale*, in *Fisionomia costituzionale del processo penale*, a cura di Dean, Torino, 2007, 157; Dell'Anno, *Prova documentale e circolarità della prova*, in *La prova penale*, diretto da Gaito, II, Torino, 2008, 670; De Roberto, *Incidente probatorio*, in *Enc. Giur.*, XVI, Roma, 1989, 1; Di Chiara, *Incidente probatorio*, in *Enc. Dir.*, Agg. VI, Milano, 2000, 546; Errico, *Rilettura dell'incidente probatorio per l'attuazione di un «processo giusto»*, in *Dal principio del giusto processo alla celebrazione di un processo giusto*, a cura di Cerquetti-Fiorio, Padova, 2002, 163; Esposito, *Contributo allo studio dell'incidente probatorio*, Napoli, 1989; Ferraro-Piattoli, *L'incidente probatorio*, in *Indagini preliminari ed instaurazione del processo*, Torino, 1999, 357; Frigo, *L'indagine difensiva da fonti dichiarative*, in *Processo penale: il nuovo ruolo del difensore*, a cura di Filippi, Padova, 2001, 231; Frioni, *Equilibrismi e improbabili simmetrie nella sentenza n. 361/1998 della Corte costituzionale*, in *Cass. pen.*, 1999, 431; Galasso, *L'incidente probatorio nel nuovo codice di procedura penale*, in *Giur. di merito*, 1990, 688; Garuti, *Il procedimento per citazione diretta a giudizio davanti al tribunale*, Milano, 2003; Giostra, *La riforma dell'incidente probatorio*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1995, 661; Kostoris, *Incidente probatorio senza "indagato" e limiti all'utilizzabilità della prova nell'ambito dello stesso o di altro procedimento*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1995, 910; Iafisco, *Gli atti preliminari al dibattimento penale di primo grado*, Torino, 2009; Inzerillo, *Imputato e imputazione*, in *Digesto pen.*, Agg. III, 1, Torino, 2005, 729; La Regina, *Incidente probatorio*, in *Tratt. Spangher*, III, Torino, 2009, 551; La Rocca, *Incidente probatorio*, in *Digesto pen.*, Agg. VI, Torino, 2011, 290; Id., *L'incidente probatorio*, in *La prova penale*, diretto da Gaito, II, Torino, 2008, 214; Lozzi, *L'ambito di operatività dell'art. 392 c.p.p.*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2003, 502; Id., *Il giusto processo e i riti speciali deflativi del dibattimento*, *ivi*, 2002, 1164; Id., *Indagini preliminari, incidenti probatori e udienza preliminare*, *ivi*, 1989, 1284; Macchia, *Incidente probatorio e udienza preliminare: un matrimonio con qualche ombra*, in *Cass. pen.*, 1994, 1790; Id., *L'incidente probatorio*, *ivi*, 1989, 1600; Marzaduri, *Subordinata l'acquisizione anticipata a circostanze di effettiva indifferibilità*, in *Guida dir.*, 2002, 33, 81; Id., *Imputato e imputazione*, in *Digesto pen.*, VI, Torino, 1992, 278; Mastrogiovanni, *Le nuove regole per l'assunzione anticipata dei mezzi di prova*, in *Le innovazioni in tema di formazione della pro-*

va nel processo penale. *Commento alla legge 7 agosto 1997, n. 267*, Milano, 1997, 21; Montagna, *L'imputato*, in *Tratt. Spangher, I, Soggetti e atti, 1, I soggetti*, Torino, 2009, 481; Nappi, *Guida al codice di procedura penale*, 8^a ed., Milano, 2001; Parlato, *Le nuove disposizioni in materia di indagini difensive*, Torino, 2001; Piattoli, *Incidente probatorio*, in *Digesto pen., Agg. I*, Torino, 2000, 399; Piazzolla, *Ingiustificata disparità tra il legale costituito e quello incaricato*, in *Dir. e giustizia*, 2001, 42, 55; Quaglierini, *Le parti private diverse dall'imputato e l'offeso del reato*, Milano, 2003; Id., *Le modifiche in tema di incidente probatorio*, in *Le nuove leggi penali*, Padova, 1998, 210; Renon, *L'incidente probatorio vent'anni dopo: un istituto sospeso tra passato e futuro*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2011, 1020; Id., *L'incidente probatorio nel procedimento penale*, Padova, 2000; Rombi, *La circolazione delle prove penali*, Padova, 2003; Ruggiero, *Compendio delle investigazioni difensive*, Milano, 2003; Id., *Le investigazioni difensive della persona offesa dal reato*, in *Dir. pen. e processo*, 2002, 929; Santoro, *L'anomalia degli accertamenti tecnici irripetibili*, in *Guida dir.*, 2001, 1, 82; Sau, *Incidente probatorio*, in *Codice di procedura penale*, a cura di Giarda-Spangher, Milano, 2010, 4848; Scaparone, *Indagini preliminari e udienza preliminare*, in *Compendio di procedura penale*, Padova, 2000, 433; Scella, *Tutela del contraddittorio e utilizzazione di prove formate in altri procedimenti*, in *Il giusto processo tra contraddittorio e diritto al silenzio*, a cura di Kostoris, Torino, 2002, 92; Spangher, *Introduzione*, in *Dir. pen. e processo*, 2001, 206; Tonini, *L'incidente probatorio nell'udienza preliminare: nuove prospettive per il diritto di difesa*, in *Cass. pen.*, 1994, 1995; Tranchina, *L'investigazione difensiva*, in *Diritto processuale penale*, 4^a ed., II, Milano, 2001, 161; Id., *L'intervento dell'organo giurisdizionale durante lo svolgimento delle attività investigative*, *ivi*, 137; Triggiani, *Le investigazioni difensive*, Milano, 2001; Valentini, *Cronaca di una morte annunciata: l'incidente probatorio e il diritto alla prova*, in *Arch. pen.*, 2013, 267; Vitale, *L'incidente probatorio per l'esame dei coimputati e degli imputati connessi o collegati*, in *Cass. pen.*, 2000, 1893.