

Udienza preliminare - Formazione del fascicolo per il dibattimento - Possibilità di inserire i verbali utilizzati per le contestazioni in sede di incidente probatorio - Esclusione.
(C.p.p., artt. 392 ss., 431, 500, 503)

La valutazione sull'acquisibilità o meno degli atti utilizzati per le contestazioni nel corso dell'esame svoltosi in sede di incidente probatorio, incide sulla consistenza del patrimonio probatorio e deve considerarsi oggetto di autonomo incidente di prova da celebrarsi necessariamente nel dibattimento, non essendo altrimenti previsto dal codice di rito. L'inserimento dei verbali utilizzati per le contestazioni nel fascicolo del dibattimento congiuntamente agli atti dell'incidente probatorio costituirebbe una surrettizia forma di acquisizione dei medesimi, aggirando ed elidendo il potere del giudice del dibattimento di effettuare la sua autonoma valutazione sulla loro acquisizione.

Sulla possibilità di inserire nel fascicolo per il dibattimento, in sede di formazione dello stesso, i verbali utilizzati per le contestazioni nel corso dell'incidente probatorio.

Con il provvedimento che si annota, il G.u.p. ha respinto la richiesta, avanzata dalla difesa, di inserire nel fascicolo per il dibattimento i verbali utilizzati per le contestazioni nel corso dell'interrogatorio, avvenuto in sede di incidente probatorio.

L'art. 431 comma 1 c.p.p. prescrive che il giudice, subito dopo l'emissione del decreto che dispone il giudizio, provveda, nel contraddittorio delle parti, alla formazione del fascicolo per il dibattimento. Su istanza di parte, tale incombenza può essere rinviato ad una nuova udienza, che si deve tenere non oltre 15 giorni. La seconda parte del comma citato elenca, in modo tassativo, gli atti che devono essere inseriti nel fascicolo, tra cui, alla lettera e), sono indicati i verbali degli atti assunti nell'incidente probatorio. È previsto, inoltre, che, su accordo delle parti, possano confluire nel fascicolo dibattimentale gli atti contenuti nel fascicolo del pubblico ministero, nonché la documentazione relativa alle indagini difensive.

La formulazione originaria della norma in esame disponeva che fosse la cancelleria a formare il fascicolo per il dibattimento, seguendo le prescrizioni impartite dal giudi-

ce (1), ritenute essenziali in considerazione della rilevanza che gli atti in esso contenuti avrebbero potuto assumere nella fase dibattimentale (2).

Proprio poiché non si tratta di un adempimento meramente formale, ma di attività che coinvolge le parti, è oggi prevista la necessità del contraddittorio (3).

Gli atti diversi da quelli indicati nell'art. 431 c.p.p. confluiscono, ai sensi dell'art. 433 c.p.p., nel fascicolo del pubblico ministero.

Lo scopo che il legislatore si è prefissato, con la previsione del c.d. *regime del doppio fascicolo*, è la non contaminazione della valutazione del giudice dibattimentale con gli elementi acquisiti dal pubblico ministero e dal difensore (4). Mentre gli atti raccolti nel fascicolo per il dibattimento, infatti, possono acquistare valore di prova ai fini della decisione, gli atti inclusi nel fascicolo del p. m. ed in quello del difensore sono utilizzabili dalle parti ai fini della ricostruzione dei fatti e della strategia processuale, ma non sono, almeno di regola, acquisibili al dibattimento (5).

Tutto ciò lascia chiaramente intendere quanto sia importante e delicata la selezione, affidata al G.u.p., degli atti da inserire nel fascicolo di cui all'art. 431 c.p.p., in considerazione del fatto che il giudice dibattimentale deve poter trarre gli elementi del suo convincimento, in forma originale, dall'assunzione dei mezzi di prova in dibattimento (6).

La sola circostanza di mettere a disposizione del giudice la documentazione degli atti svolti nella fase delle indagini preliminari può, difatti, condizionare, se non altro psicologicamente, il giudizio del giudice, orientandone la decisione (7).

Con riferimento all'acquisibilità dei verbali utilizzati per le contestazioni nel corso di incidente probatorio, la lettera dell'art. 431 c.p.p. nulla specifica.

Va premesso che, in seguito alla recente riformulazione dell'art. 500 c.p.p. (8), avalata dalla Corte Costituzionale (9), gli atti utilizzati per le contestazioni nel corso

(1) Il testo attuale dell'art. 431 c.p.p. è stato così sostituito dall'art. 26 L. 16 dicembre 1999 n. 479. Per un commento sulla vecchia disciplina si veda: M. GAMBARDILLA, *Sub art. 431. Fascicolo per il dibattimento, in Codice di procedura penale, rassegna di giurisprudenza e dottrina*, a cura di G. Lattanzi, L. Lupo, Giuffrè, 1997, p. 628 e segg.; G. FRIGO, *Commento all'art. 431 c.p.p.*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da M. Chiavario, IV, Utet 1990, p. 712 e segg..

(2) A. SCAGLIONE, *Udienza preliminare*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. 32, Roma, 1990, p. 6.

(3) A. A. DALIA, M. FERRAIOLI, *Manuale di diritto processuale penale*, 4° ed., Cedam, 2001, p. 626.

(4) A. A. DALIA, M. FERRAIOLI, *op. cit.*, p. 640.

(5) F. M. MOLINARI, *Sui limiti di utilizzabilità degli atti di individuazione fotografica e personale compiuti dalla polizia giudiziaria*, in *Cass. pen.*, 1996, p. 195.

(6) A. A. DALIA, M. FERRAIOLI, *op. cit.*, p. 641. Sulla necessità di interpretare in senso restrittivo l'art. 431 c.p.p., poiché limitativo del principio dell'oralità, si veda: *Cass.*, sez. I, 3 marzo 1997, n. 5366, in *Cass. pen.*, 1999, p. 248; *Cass.*, sez. I, 7 settembre 1994 (ud. 15 giugno 1994), Sannino, in *Giust. pen.*, 1995, III, p. 273.

(7) G. FRIGO, *op. cit.*, p. 714.

(8) L'art. 500 c.p.p. è stato da ultimo modificato dall'art. 16 L. 1 marzo 2001 n. 63, sul giusto processo. Pare opportuno ricordare che ai sensi dell'art. 26 della medesima legge, le dichiarazioni rese nel corso delle indagini preliminari o dell'udienza preliminare, se già acquisite al fascicolo per il dibattimento, sono valutate a norma dei commi 3, 4, 5 e 6 del previgente articolo 500 c.p.p..

(9) Corte Costituzionale, ordinanza 14 — 26 febbraio 2002 n. 36, in *Guida diritto*, n. 11/2002, pag. 76 e segg., con nota di R. BRICCHETTI. Il giudizio di legittimità costituzionale dell'art. 500, commi 2 e 7, c.p.p., era stato promosso da diversi giudici, le cui censure ruotavano attorno a tre argomenti principali: l'elusione del principio di non dispersione dei mezzi di prova, individuato dalla Corte Cost. con la nota sentenza

dell'esame testimoniale non possono più essere acquisiti al fascicolo per il dibattimento (10), e sono privi di efficacia probatoria, potendo, tutt'al più, « neutralizzare » l'efficacia delle dichiarazioni rese in dibattimento dal teste non credibile (11), salve le deroghe previste dai commi 4, 6 e 7 della medesima disposizione. Le dichiarazioni contenute nel fascicolo del pubblico ministero possono, infatti, essere tuttora inserite nel fascicolo disciplinato dall'art. 431 c.p.p. qualora sussistano elementi concreti per ritenere che il testimone sia stato sottoposto a violenza, minaccia, offerta o promessa di denaro o di altra utilità affinché non deponga o deponga il falso; ovvero quando vi sia l'accordo delle parti. Inoltre, possono confluire nel fascicolo per il dibattimento, le dichiarazioni assunte dal giudice nell'udienza preliminare in sede di attività di integrazione probatoria, a norma dell'art. 422 c.p.p..

Nel caso, invece, di esame di parte privata, possono essere acquisiti, *ex art. 503 c.p.p.*, gli atti utilizzati per le contestazioni, qualora si tratti di dichiarazioni assunte dal pubblico ministero, o dalla polizia giudiziaria su delega del p. m., alle quali il difensore aveva il diritto di assistere; dichiarazioni rese avanti al giudice in sede di interrogatorio della persona sottoposta a misura cautelare personale, o quando debba valutarne la revoca o la sostituzione; oppure, ancora, dichiarazioni assunte nell'udienza di convalida;

255/1992, la violazione del principio di ragionevolezza e la vanificazione dell'obbligo di motivazione e del principio di libero convincimento del giudice. (Si veda anche Trib. Firenze, Sez. II, ord. 6 aprile 2001, in *Cass. pen.*, 2001, n. 1667, con nota di A. Maneschi.) La Corte, dichiarando manifestamente infondate le questioni, ha ricordato come l'art. 111 Cost. abbia espressamente attribuito rilievo costituzionale al principio del contraddittorio, anche nella prospettiva della impermeabilità al processo, quanto alla formazione della prova, rispetto al materiale raccolto in assenza della dialettica tra le parti. Ciò, ad avviso della Corte, spiega l'esigenza di impedire che l'istituto delle contestazioni divenga un meccanismo di acquisizione illimitato ed incondizionato, e rende legittima la scelta operata dal legislatore. In dottrina, per il superamento del c.d. principio di non dispersione della prova ad opera della normativa sul giusto processo, si veda per tutti, E. AMODIO, *Giusto processo, diritto al silenzio e obblighi di verità dell'imputato sul fatto altrui*, in *Cass. pen.*, 2001, p. 3587 e segg.

(10) L'art. 500 c.p.p. vigente riproduce quasi fedelmente la versione originaria del codice Vassalli, dichiarato incostituzionale con la sentenza 3 giugno 1992 n° 255, nella parte in cui non prevedeva l'acquisizione nel fascicolo per il dibattimento delle dichiarazioni rese precedentemente dal testimone e contenute nel fascicolo del pubblico ministero, se utilizzate per le contestazioni. (Per un commento critico sulla sentenza, tra gli altri, F. M. IACOVIELLO, *Prova e accertamento del fatto nel processo penale riformato dalla Corte Costituzionale*, in *Cass. pen.*, 1992, p. 2028 e segg., n. 1073; P. FERRUA, *La sentenza costituzionale n. 255 del 1992: declino del processo accusatorio*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1992, p. 1455; P. GAETA, *Controriforma o etica della verità nel processo penale? Note sulla valenza probatoria delle deposizioni extradibattimentali difformi*, in *Giur. it.*, I, 1, p. 1858.) Sulla scorta della citata sentenza, il legislatore modificò l'art. 500 c.p.p., con la L. 7 agosto 1992 n. 356, tentando, però, di tornare un po' indietro rispetto alla stessa, e introducendo una differenziazione, sul piano della valenza probatoria, tra dichiarazione dibattimentale e dichiarazione resa durante le indagini preliminari e contestata nel dibattimento (così, M. D'ANDRIA, *Sub art. 500. Contestazioni nell'esame testimoniale*, in *Codice di procedura penale, rassegna di giurisprudenza e dottrina*, a cura di G. Lattanzi, L. Lupo, Giuffrè, 1997, p. 187). Tale norma veniva, invece, interpretata in senso ampio dalla Suprema Corte, che opinava per l'acquisibilità al fascicolo per il dibattimento delle dichiarazioni utilizzate per le contestazioni nella loro interezza e non solo limitatamente alla parte oggetto della contestazione (cfr. *Cass.*, sez. I, 1 febbraio 1996, n. 2224, Buzzone, in *Cass. pen.*, 1997, p. 3471; *Cass.*, sez. VI, 3 marzo 1998, n. 4089, Masone, in *Cass. pen.*, 1999, p. 2231).

(11) R. BRICCHETTI, *La consulta difende il contraddittorio dalle contaminazioni di atti unilaterali*, in *Guida al diritto*, n. 11/2002, p. 80.

e, infine, nel corso dell'udienza preliminare in sede di attività di integrazione probatoria disposta dal giudice (12).

In dottrina, sulla possibilità per il g.u.p. di inserire nel fascicolo dibattimentale gli atti utilizzati per le contestazioni in sede di incidente probatorio, sono state sostenute entrambe le tesi.

Si è affermato che, se gli atti adoperati per le contestazioni sono quelli che il codice di rito indica come acquisibili, la loro documentazione vada allegata al verbale dell'incidente probatorio (13), in seguito legittimamente inserito nel fascicolo per il dibattimento ex art. 431 comma 1 lett. e) c.p.p.. Ciò perché l'incidente probatorio è una proiezione anticipata del discorso probatorio dibattimentale, le cui regole vanno rispettate appieno nella pratica dell'istituto *de quo* (14).

Tale rilievo è stato criticato da chi, invece, sostiene che l'allegazione vada esclusa in considerazione della diversa ampiezza del contraddittorio ravvisabile nell'incidente probatorio e nel dibattimento. Si evidenzia, infatti, come gli artt. 500 e 503 c.p.p. costituiscano una eccezione al principio di irrilevanza probatoria degli atti compiuti nella fase delle indagini preliminari, facendo acquisire alle dichiarazioni in essi contenute il rango di prova piena. Altro riscontro viene individuato nel dato testuale della norma, che menziona solo i « verbali degli atti assunti nell'incidente probatorio ». (15)

Anche nel provvedimento commentato viene accolta un'interpretazione restrittiva dell'art. 431 c.p.p. fondata sulla lettera della norma, ove si afferma che la valutazione sull'acquisibilità degli atti utilizzati per le contestazioni debba essere celebrata necessariamente nel dibattimento « *non essendo altrimenti previsto dal codice di rito* ». In secondo luogo, si sostiene che l'inserimento di tali atti nel fascicolo *de quo* costituirebbe una forma ingiustificata di allegazione dei medesimi, con ciò elidendo il potere del giudice dibattimentale di effettuare la sua autonoma valutazione sulla loro acquisizione.

Gli argomenti addotti, sia dalla dottrina sia dal giudice nel caso di specie, per motivare la non allegabilità al fascicolo dibattimentale degli atti utilizzati per le contestazioni non convincono.

Se è pur vero che, nella fase delle indagini preliminari, solo il pubblico ministero conosce tutti gli atti di indagine ed ha una visione a « 360 gradi » della vicenda, anche le altre parti possono conoscere le dichiarazioni già rese dalla persona da esaminare, ai sensi dell'art. 398 comma 3 c.p.p., ed utilizzarle *cognita causa* per le contestazioni, essendo così garantito un contraddittorio, seppure non « pieno » come quello dibattimentale. Inoltre, la tesi secondo cui la lettera dell'art. 431 comma 1 lett. e) c.p.p. impedirebbe di allegare al fascicolo per il dibattimento gli atti impiegati per le contestazioni è meramente formale e non spiega perché gli stessi atti, se utilizzati in

(12) Come osservato in dottrina, per le dichiarazioni predibattimentali delle parti private, vige un sistema di valutazione probatoria differenziato: a seguito delle contestazioni, le dichiarazioni acquisite al fascicolo per il dibattimento ai sensi dell'art. 503 commi 5 e 6 c.p.p. acquistano pieno valore di prova, quelle rese al di fuori di tali ipotesi, ossia davanti alla p. g. ex art. 350 comma 7 c.p.p. o al p. m. a norma dell'art. 374, invece, possono servire solo per stabilire la credibilità della persona esaminata (così, M. D'ANDRIA, *La formazione della prova. Metamorfosi del nuovo c.p.p.*, Nuove ricerche, 1996, p. 66 e segg.).

(13) A. NAPPI, *Guida al codice di procedura penale*, 8° ed., Giuffrè, 2001, p. 322. Per un'opinione conforme, si veda G. ESPOSITO, *Contributo allo studio dell'incidente probatorio*, Jovene (1989), p. 130.

(14) G. ESPOSITO, *op. cit.*, p. 138.

(15) M. BARGIS, *Incidente probatorio*, in *Digesto disc. pen.*, vol. VI, Utet, 1992, p. 355-356.

giudizio, potrebbero, invece, essere acquisiti al fascicolo (16). Per superare tale argomento testuale, basta osservare che l'art. 431 c.p.p. si riferisce solo ai verbali dell'incidente perché, in genere, quando un documento presenta degli allegati, è sufficiente indicare il primo per riferirsi anche ai secondi (17).

Quanto alla seconda argomentazione fornita nel provvedimento in esame, questa potrebbe risultare vincente qualora il giudice dibattimentale godesse di un ampio potere discrezionale nella scelta sull'acquisibilità o meno di un atto utilizzato per le contestazioni. Deve, invece, ritenersi che, una volta verificati i requisiti formali previsti dal codice di rito o la sussistenza dell'accordo delle parti, il giudice del dibattimento sia tenuto ad inserire tale atto nel fascicolo disciplinato dall'art. 431 c.p.p..

Pare, peraltro, più opportuno che il giudice che sta assistendo all'incidente probatorio si assuma l'incombente di verificare, nella « immediatezza del fatto », quali atti sono stati effettivamente utilizzati per le contestazioni e, altresì, di allegarli al verbale di incidente probatorio.

Dall'altro canto, se la finalità del c.d. *regime del doppio fascicolo* è la non contaminazione della valutazione del giudice dibattimentale, è di certo più rischioso che l'acquisizione degli atti utilizzati per le contestazioni venga richiesta, a norma dell'art. 491 c.p.p., in sede di questioni preliminari (18). Al giudice dibattimentale, infatti, potrebbero essere sottoposti atti diversi da quelli effettivamente utilizzati, e, anche qualora l'errore fosse prontamente rinvenuto e l'atto non acquisito, il giudice, ormai, avrebbe preso cognizione del contenuto dell'atto ed il suo giudizio potrebbe risulterne influenzato.

Un ultimo rilievo. Si tenga sempre presente che gli atti inseriti nel fascicolo per il dibattimento non assumono automaticamente piena rilevanza probatoria ai fini della decisione finale (19). La mera allegazione di un atto o di un documento al fascicolo previsto dall'art. 431 c.p.p. ha, infatti, una funzione meramente strumentale rispetto alla formazione della prova e non equivale alla acquisizione del contenuto dell'atto o del documento medesimo. Questi ultimi sono solo suscettibili di acquistare piena efficacia probatoria, e ciò avverrà nel momento in cui il giudice ne disponga la lettura, o manifesti comunque la decisione di volersene avvalere (20).

CHIARA M. ZANOTTI

(16) M. SCAGLIOLA, *Il diritto alle contestazioni nell'incidente probatorio*, in *Giur. Cost.*, 1991, nota 5, p. 2412.

(17) M. SCAGLIOLA, *op. cit.*, p. 2412.

(18) Nel senso che le questioni concernenti il contenuto del fascicolo per il dibattimento sono precluse se non sollevate nel termine di cui all'art. 491 c.p.p.: Cass., sez. IV, 12 aprile 2000, n. 5863, in *Cass. pen.*, 2001, p. 2420; Trib. Treviso, ud. 3 giugno 1991, Rocchetta, in *Cass. pen.*, 1991, p. 764 e segg., n. 274, con nota critica di A. NAPPI. *Contra*, F. CORDERO, *Procedura penale*, 3° ed., Giuffrè, 1995, p. 800-801; Trib. Cassino, 10 ottobre 1991, in *Foro. it.*, 1992, II, p. 174.

(19) P. DUBOLINO, T. BAGLIONE, F. BERTOLINI, *Il nuovo codice di procedura penale illustrato per articolo*, Piacenza, 1988, p. 740.

(20) G. FRIGO, *op. cit.*, p. 733; G. LO VECCHIO, *L'accertamento tecnico irripetibile ex art. 360 c.p.p.: note minime su schemi normativi e utilizzazione dibattimentale di una specie di consulenza pre - processuale del magistrato requirente*, in *Cass. pen.*, 1995, p. 325-326. In giurisprudenza si veda: Cass., sez. I, 11 giugno 1992 (ud. 11 maggio 1992), n. 6932, rv. 190592, in *Cass. pen.*, 1993, p. 2886, n. 1724; Cass., sez. III, 17 maggio 1995 (ud. 11 aprile 1995), n. 5593, rv. 202880, in *Cass. pen.*, 1996, p. 3433, n. 1926.