

CAPITOLO I

FORMAZIONE DELLA PROVA DICHIARATIVA E TECNOLOGIA DIGITALE

SOMMARIO: 1. I metodi tradizionali di formazione della prova dichiarativa: l'oralità e la scrittura. – 2. La tecnologia digitale come nuovo metodo di formazione della prova dichiarativa. – 3. La formazione digitale della prova dichiarativa tramite l'esame a distanza. – 4. L'obiettivo della ricerca: un'interpretazione della disciplina dell'esame a distanza conforme alla Costituzione e alle fonti sovranazionali.

1. *I metodi tradizionali di formazione della prova dichiarativa: l'oralità e la scrittura.*

Uno studio sulla formazione digitale delle prove dichiarative esige, *in apicibus*, di chiarire che cosa si intenda con l'espressione *prova dichiarativa*, prendendo le mosse dalla nozione stessa di *dichiarazione*.

In senso etimologico *declarare* significa “rendere chiaro”. Ma tale prima precisazione terminologica non consente ancora di cogliere il tratto essenziale del concetto di prova dichiarativa dal punto di vista processuale. Questa attività di chiarificazione può avere gli oggetti e gli scopi più diversi. Il termine “dichiarazione” è, in particolare, impiegato dal codice di procedura penale in almeno due accezioni distinte.

– A volte esso designa enunciati linguistici che non sono in sé veri o falsi, ma che compiono un'azione: domande, esclamazioni, ordini, desideri, concessioni¹. Basti pensare alla “dichiarazione” di incompeten-

¹ I c.d. enunciati “performativi” nella terminologia di J.L. AUSTIN, *Come fare cose con parole*, Marietti, Genova, 1987, p. 7 s. V. pure F. CAPRIOLI, *Palingenesi di un divie-*

za² o di ricusazione³ del giudice, oppure alla “dichiarazione” di costituzione di parte civile⁴.

– In altre occasioni il termine indica asserzioni relative all’esistenza di determinati fatti valutabili in termini di verità o di falsità⁵. Lo impiegano in questo senso le numerose prescrizioni che disciplinano l’audizione delle persone – testimoni, periti, imputati – chiamate nel processo a descrivere eventi garantendone la corrispondenza a realtà.

Che solo le dichiarazioni del secondo genere siano idonee a divenire “prova” ai fini processuali deriva dalla definizione contenuta nell’art. 187 c.p.p.: costituiscono «oggetto di prova» *fatti storici*, ossia eventi reali la cui verità deve essere accertata dal giudice.

Prove dichiarative sono dunque unicamente le dichiarazioni finalizzate ad asserire la verità di fatti rilevanti per il processo⁶. La prova dichiarativa nel significato moderno del termine nasce quando i testimoni, da *coniuratores* chiamati a giurare di fronte a Dio sull’innocenza dell’accusato, diventano persone a cui si chiede di raccontare gli avvenimenti a cui hanno assistito⁷.

Così intese, le prove dichiarative possono distinguersi sulla base del contesto in cui nascono. È consentito differenziare le dichiarazioni procedurali da quelle extraprocedurali, a seconda che siano raccolte appositamente in vista di un processo o che esistano indipendentemente da esso⁸.

to probatorio. La testimonianza indiretta del funzionario di polizia nel rinnovato assetto processuale, in AA.VV., *Il giusto processo, tra contraddittorio e diritto al silenzio*, a cura di R.E. Kostoris, Giappichelli, Torino, 2002, p. 77 s.

² Artt. 22 s. c.p.p.

³ Art. 38 c.p.p.

⁴ Art. 78 c.p.p.

⁵ Ossia gli enunciati “constativi”, sempre per impiegare le parole di J.L. AUSTIN, loc. ult. cit.

⁶ V., tra i molti, F. CORDERO, *Procedura penale*, VIII ed., Giuffrè, Milano, 2006, p. 581 s., 669 s.; P. FERRUA, *‘Il giusto processo’*, III ed., Zanichelli, Bologna, 2012, p. 63; M. TARUFFO, *La prova fatti giuridici*, Giuffrè, Milano, 1992, p. 439.

⁷ Cfr. N. NICOLINI, *Della procedura penale nel Regno delle Due Sicilie*, vol. I, parte II, Mansi, Livorno, 1843, p. 321 s.

⁸ Si pensi alla narrazione di un evento contenuta in un documento, oppure captata mediante un’intercettazione telefonica.

Volendo incentrare l'indagine sulla *formazione digitale* delle prove dichiarative, conviene rivolgere l'attenzione sulle prime, poiché solo in rapporto ad esse il legislatore ha il dovere di prestabilire un *metodo di formazione*: vale a dire le forme espressive del linguaggio da utilizzare per rendere le dichiarazioni, e le modalità con cui il dichiarante deve essere stimolato affinché renda la propria narrazione dei fatti.

Il più naturale e risalente strumento di manifestazione del linguaggio è la voce umana. Le prove dichiarative nel senso più antico del termine sono, dunque, narrazioni orali: il dichiarante racconta in giudizio a viva voce le sue percezioni dei fatti.

Attraverso l'oralità la prova dichiarativa si manifesta nella dimensione più pura, concretizzandosi in una trasmissione di conoscenze mediante il linguaggio che non viene mediata da nessun'altro strumento comunicativo al di fuori della voce del dichiarante.

Il ricorso esclusivo a prove dichiarative orali è, tuttavia, una prerogativa dei sistemi processuali delle società primitive⁹. Con l'invenzione della scrittura il linguaggio trova una nuova forma espressiva, con la quale le dichiarazioni possono essere fissate su un supporto cartaceo e, quindi, venire percepite anche a distanza di tempo.

La prova dichiarativa scritta, a differenza di quella orale, possiede una configurazione ibrida. Alla componente dichiarativa si aggiunge una componente di tipo indiziario: il documento o il verbale procedimentale in cui sono riportate le affermazioni del dichiarante, da cui l'esistenza delle medesime va inferita attraverso un ragionamento critico in grado di attestarne l'autenticità¹⁰.

L'oralità non scompare mai del tutto¹¹. È inevitabile, però, che i si-

⁹ Così già N. NICOLINI, *Della procedura penale*, cit., vol. I, parte II, p. 377.

¹⁰ Sulla natura ibrida delle prove dichiarative scritte cfr., tra i molti, F. CAPRIOLI, *Colloqui riservati e prova penale*, Giappichelli, Torino, 2000, p. 298 s. La dimostrazione dell'autenticità pone meno difficoltà quando ha ad oggetto un documento cartaceo sottoscritto dallo stesso dichiarante o dal pubblico ufficiale che l'ha redatto (come avviene per le prove dichiarative scritte di tipo procedimentale). Può divenire molto più complessa, arrivando in certi casi a richiedere l'intervento di un esperto, quando manca un'attestazione di paternità, oppure quando concerne un documento elettronico. Sulla tematica v. L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, III ed., Utet, Torino, 2010, p. 419 s.

¹¹ Cfr. W.J. ONG, *Oralità e scrittura*, trad. it., Il Mulino, Bologna, 1986, p. 26 s.: «in tutti i mondi meravigliosi aperti dalla scrittura risiede ancora, e vive, l'espressione ora-

stemi processuali moderni fruiscano dei benefici della scrittura, ricorrendo anche a prove dichiarative scritte. È il grado di combinazione tra oralità e scrittura a variare, contribuendo a determinare le specificità dei vari ordinamenti¹².

Nel sistema processuale congegnato dal legislatore delegante del 1987 l'oralità nella formazione della prova occupa senz'altro un ruolo di primo piano¹³. Né si trascurano le condizioni affinché l'oralità possa produrre il miglior risultato conoscitivo: l'esame incrociato, ossia l'estrinsecazione del principio del contraddittorio; l'immediatezza, ovvero la diretta percezione da parte del giudice dell'emissione vocale delle dichiarazioni; la concentrazione delle attività procedimentali, essenziale perché non trascorra un tempo eccessivo tra la commissione del fatto, la deposizione dei dichiaranti e la decisione del giudice¹⁴.

Al di là di queste enunciazioni di principio, la disciplina processuale, fin dalla sua versione originaria, ha dovuto contemplare non poche ipotesi in cui dichiarazioni scritte assunte nella fase anteriore al dibattimento, talora anche unilateralmente dalle singole parti, affiancano o addirittura sostituiscono le dichiarazioni orali¹⁵.

Le eccezioni all'oralità, più di recente, sono state autorizzate dalla stessa Costituzione. Alla necessità di attuare il principio del contraddittorio (art. 111 comma 4 Cost.) si unisce la possibilità di recupero dei verbali delle dichiarazioni raccolte prima del giudizio quando vi è il consenso dell'imputato, oppure quando l'escussione orale del dichiarante risulta impossibile o contaminata da una condotta illecita (art. 111 comma 5 Cost.).

Si può discutere sulla portata di queste deroghe, e sul modo in cui

le: tutti i testi scritti, per comunicare, devono essere collegati, direttamente o indirettamente, al mondo del suono, l'*habitat* naturale della lingua».

¹² V., per tutti, G. CONSO, voce *Accusa e sistema accusatorio, diritto processuale penale*, in *Enc. dir.*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1958, p. 336 s.

¹³ Si veda l'art. 2 n. 2 l. 16 febbraio 1987, n. 81.

¹⁴ Così l'art. 2 n. 66 e 73 l. n. 81 del 1987. Cfr. al riguardo, da ultimo, O. MAZZA, *Le insidie al primato della prova orale rappresentativa. L'uso dibattimentale di materiale probatorio preconstituito*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, p. 1514 s.

¹⁵ Si pensi, ad esempio, all'utilizzabilità probatoria delle dichiarazioni assunte con l'incidente probatorio (art. 392 s. c.p.p.), oppure divenute successivamente non ripetibili in dibattimento (art. 512 c.p.p.).

esse dovrebbero essere attuate dal legislatore ordinario¹⁶. Ma non si può fare a meno di considerarle fisiologiche se si tiene conto del fatto che il processo, nella società contemporanea, non è più in grado di realizzare in modo rigoroso il principio di concentrazione, ma tende a dilatarsi in una molteplicità di attività preparatorie alla pronuncia della decisione di merito¹⁷.

Il trascorrere del tempo, oltre ad affievolire i ricordi degli eventi percepiti, incrementa il rischio che il dichiarante non possa più essere esaminato in dibattimento, oppure che venga soggetto a condotte di coartazione tali da falsarne la deposizione. In tali evenienze il recupero delle dichiarazioni scritte rese in precedenza è indispensabile per non perdere il contributo conoscitivo¹⁸.

Il consenso dell'imputato all'utilizzo dei verbali delle dichiarazioni raccolte nel corso delle indagini, dal canto suo, opera quale strumento di deflazione procedimentale a cui non è realisticamente consentito rinunciare¹⁹.

2. La tecnologia digitale come nuovo metodo di formazione della prova dichiarativa.

Il tradizionale binomio oralità-scrittura deve ora confrontarsi con gli apporti della tecnologia, che hanno generato una nuova modalità espressiva del linguaggio e, conseguentemente, un nuovo metodo di formazione delle dichiarazioni procedimentali.

¹⁶ In merito alle implicazioni dell'art. 111 comma 5 Cost. si rinvia agli autori citati *infra*, cap. II, sez. 2, § 1.

¹⁷ La riduzione dell'ambito operativo dell'oralità causato dalla perdita della concentrazione si acuisce nella misura in cui, come avviene nel nostro ordinamento, il problema dei tempi assume una dimensione patologica, come emerge in modo inequivocabile dalle statistiche dei ricorsi alla Corte europea dei diritti dell'uomo: nel periodo ricompreso tra il 1959 e il 2010 l'Italia ha subito 1617 condanne (solo la Turchia ne ha riportate di più, arrivando a 2245), il 57% delle quali dovuto alla violazione del diritto alla ragionevole durata previsto dall'art. 6 § 1 C.e.d.u. Si vedano i dati riportati in <http://www.echr.coe.int>.

¹⁸ V. *infra*, cap. II, sez. 2, § 1.

¹⁹ Cfr. sempre *infra*, cap. II, sez. 2, § 1.

Si allude alla c.d. rivoluzione digitale, determinata dalla diffusione su larga scala dei *computers*, delle reti e dei supporti informatici, il quale ha creato la possibilità di trasmettere in tutto il globo, in modo rapido ed anche in tempo reale, masse ingenti di informazioni, tra cui le immagini e i suoni.

Questa opportunità non è nata con l'avvento del digitale. Le precedenti apparecchiature di tipo analogico, però, si basavano su una tecnologia più rudimentale e costosa, e quindi meno accessibile. Oggi, tramite gli strumenti digitali²⁰, le riprese audiovisive sono maggiormente immuni alle interferenze, occupano una minore quantità di banda dei canali di comunicazione e sono sempre più economiche e realistiche²¹.

La tecnologia digitale acquisisce un rilevante spazio operativo ai fini della formazione delle prove dichiarative perché consente, se utilizzata nel modo corretto, di creare un convincente simulacro elettronico del linguaggio, permettendo di raccogliere dichiarazioni indipendentemente dal luogo in cui si trova il dichiarante²².

Come l'impiego della scrittura, anche l'utilizzo della tecnologia digitale genera una prova di natura mista: i suoni e le immagini prodotte dai collegamenti audiovisivi costituiscono una prova indiziaria delle dichiarazioni, della quale potrebbe essere necessario verificare la genuinità²³.

²⁰ Per gli *standards* tecnici si rinvia alle indicazioni dell'Agenzia delle Nazioni Unite per le tecnologie di informazione e comunicazione (ITU). V. in particolare il *report Telepresence: High-Performance Video Conferencing* del novembre 2007, in http://www.itu.int/dms_pub/itu-t/oth/23/01/T23010000020002PDFE.pdf.

²¹ Cfr. J.C. DE MARTIN, *Un "servizio" tecnologico tra presente e futuro*, in AA.VV., *Nuove tecnologie e processo penale*, a cura di M. Chiavario, Giappichelli, Torino, 2006, p. 95 s.; S. RICCOBENE, *Videoconferenza e sicurezza*, in AA.VV., *L'esame e la partecipazione a distanza nei processi di criminalità organizzata*, a cura di E. Zappalà, Giuffrè, Milano, 1999, p. 164 s.

²² Si pensi alle tecniche di videoripresa in alta definizione e tridimensionali, che assicurano una visione dettagliata e un'adeguata sincronizzazione tra i suoni e i movimenti delle labbra delle persone: cfr. J.C. DE MARTIN, *Un "servizio" tecnologico*, cit., p. 96 s. In riferimento al sistema statunitense, v. J. BROOKS, *Two-way Video Testimony and the Confrontation Clause: Protecting Vulnerable Victims After Crawford*, in 8 *Stan. J.C.R. & C.L.*, 2012, p. 196 s.; F. LEDERER, *The Legality And Practicality of Remote Witness Testimony*, in *The Practical Litigator*, september 2009, p. 20 s.

²³ Una struttura analoga contraddistingue le intercettazioni telefoniche: v. P. FERUA, *Il 'giusto processo'*, cit., p. 65.

3. La formazione digitale della prova dichiarativa tramite l'esame a distanza.

Nel nostro sistema la piattaforma normativa per un'applicazione della tecnologia digitale ai fini della raccolta di dichiarazioni procedimentali è rappresentata dall'art. 147 *bis*²⁴ commi 2-5 disp. att. c.p.p., il quale consente l'assunzione di prove dichiarative tramite un collegamento audiovisivo.

Il legislatore chiama *esame a distanza* questa modalità probatoria²⁵. Non ci sono ragioni per non adottare tale espressione anche nel presente lavoro, con la consapevolezza che essa ormai indica la formazione digitale della prova dichiarativa.

Le disposizioni in questione sono state introdotte nel 1992²⁶, e successivamente novellate nel 1998²⁷, nel 2001²⁸ e nel 2010²⁹. Ad esse fanno inoltre rinvio, aggiungendo ulteriori ipotesi di esame a distanza, l'art. 205 *ter* disp. att. c.p.p.³⁰, nonché l'art. 7 comma 8 d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159 (c.d. codice antimafia). Infine un'ulteriore ipotesi di esame a distanza è stata inserita nell'art. 146 *bis*³¹ comma 1 *bis* disp. att. da parte del d.l. 22 dicembre 2011, n. 211³².

Nonostante tali modifiche ed interpolazioni, l'istituto continua a rimanere relegato in una posizione topografica marginale³³. Il legislatore sem-

²⁴ Il quale, nel presente lavoro, da ora in poi sarà indicato come art. 147 *bis*.

²⁵ Si veda il comma 2 dell'art. 147 *bis*.

²⁶ D.l. 8 giugno 1992, n. 306, convertito in l. 7 agosto 1992, n. 356.

²⁷ L. 7 gennaio 1998, n. 11. Quest'ultima aveva limitato, all'art. 6, l'efficacia della disciplina in questione al 31 dicembre 2000. In seguito l'art. 147 *bis* ha ottenuto efficacia temporalmente illimitata in forza dell'art. 3 l. 23 dicembre 2002, n. 279.

²⁸ D.l. 18 ottobre 2001, n. 374, convertito in l. 15 dicembre 2001, n. 438.

²⁹ L. 13 agosto 2010, n. 136.

³⁰ Introdotto dalla l. 5 ottobre 2001, n. 367.

³¹ Da ora in poi art. 146 *bis*.

³² Convertito in l. 17 febbraio 2012, n. 9.

³³ Stigmatizza l'infelice collocazione della norma in questione A. MELCHIONDA, *Art. 147 bis*, in AA.VV., *Commento al codice di procedura penale*, coord. da M. Chiavario, II agg., Utet, Torino, 1993, p. 311 s.

bra proseguire a concepire la formazione digitale delle prove dichiarative come un'evenienza eccezionale, da confinare a situazioni specifiche.

Ciò è dovuto, anzitutto, ad una ragione storica. L'esame a distanza è stato originariamente introdotto in un momento in cui la tecnologia digitale non era ancora sufficientemente diffusa, e il legislatore si preoccupava principalmente di fronteggiare l'emergenza della criminalità mafiosa. Le modifiche successive si sono inserite nel solco di questo primo intervento, senza mutare la visione settoriale dell'istituto.

Si aggiunga che, come si vedrà nel corso della nostra analisi, la formazione digitale delle prove dichiarative pone non pochi problemi di contemperamento tra valori di rango costituzionale. Con ogni probabilità, anche la difficoltà di questa opera di bilanciamento ha indotto il legislatore ad un'estrema prudenza, dosandone il più possibile l'impiego.

4. *L'obiettivo della ricerca: un'interpretazione della disciplina dell'esame a distanza conforme alla Costituzione e alle fonti sovranazionali.*

Oggi, a seguito delle ricordate innovazioni tecnologiche, una concezione restrittiva dell'esame a distanza non ha più ragione d'essere. Non si può, al contempo, trascurare che la formazione digitale della prova dichiarativa pone in crisi i principi che tradizionalmente operano in questa materia, imperniati sulla *fisicità* dell'escussione dei dichiaranti.

Muovendo da queste premesse, l'indagine si svilupperà attraverso una serie di passaggi.

– Si dovrà, in primo luogo, stabilire se e a quali condizioni l'esame a distanza possa trovare una propria compatibilità con le indicazioni che discendono dalla *Costituzione* e dalla *Convenzione europea dei diritti dell'uomo*³⁴.

– Una volta fissato il perimetro costituzionale dell'istituto, si potrà focalizzare l'attenzione sulla disciplina dei *presupposti* e dello *svolgimento* dell'esame a distanza.

³⁴ Da ora in poi C.e.d.u.

– Successivamente si dovrà considerare la disciplina dell'esame a distanza nella prospettiva della *cooperazione giudiziaria* tra gli Stati, vagliandone le implicazioni ai fini della repressione dei reati a dimensione transnazionale.

– Le regole della formazione digitale della prova dichiarativa saranno, infine, analizzate in chiave *patologica*, differenziando le conseguenze che discendono dalla loro violazione (delle quali la giurisprudenza non sempre sembra essere consapevole).

L'obiettivo del presente lavoro è di delineare gli spazi e i limiti applicativi dell'esame a distanza attraverso un'*interpretazione* dell'attuale normativa *conforme* alla Costituzione e alla C.e.d.u.³⁵, senza trascurare le potenzialità ermeneutiche che discendono dalle fonti dell'Unione europea rinvenibili in tema di prova dichiarativa.

Questo approccio è volto a tracciare le possibilità operative della formazione digitale delle prove dichiarative sulla base delle norme *in vigore*, senza dover necessariamente attendere gli interventi di un legislatore che non pare ancora avere pienamente compreso l'importanza dell'istituto, ed evitando il ricorso allo strumento della declaratoria di illegittimità costituzionale³⁶.

Le opportunità offerte dalla tecnologia digitale in questa materia aprono una serie di scenari di cui non è ancora consentito prevedere tutte le implicazioni. È auspicabile che, nel momento in cui si troveranno a fronteggiarli, gli operatori siano già forniti di tutti i necessari strumenti giuridici, risultando al contempo consapevoli dei limiti all'impiego di questa modalità probatoria che discendono dal dovere di conciliare i valori in gioco.

³⁵ Ciò anche nell'ottica – indefettibile alla luce degli impegni internazionali da tempo stipulati dall'Italia ma anche, al contempo, ragionevolmente limitata dalla necessità di preservare le peculiarità del nostro ordinamento – di «interazione con le fonti europee» «in una prospettiva di rilettura del nostro sistema secondo criteri di conformità convenzionale»: R.E. KOSTORIS, *Modello accusatorio, cultura inquisitoria, scenari europei, tra presente e futuro del processo penale*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, p. 534.

³⁶ La quale, spesso, a causa del vincolo al *petitum* insito nel giudizio di costituzionalità, non è capace di eliminare tutti i profili di irragionevolezza della norma censurata, necessitando così di ulteriori interventi da parte del legislatore.