

Caratteristiche e criticità della comunicazione da remoto in tema di giustizia*

di Maurizio Mensi**

23 settembre 2020

Sommario: 1. La comunicazione come strumento di efficienza e qualità del sistema. – 2. E-Justice/Cyberjustice. – 3. La videoconferenza. – 4. Aspetti tecnici e profili problematici. – 5. Udienze virtuali ed emergenza Covid-19. Un quadro internazionale poco omogeneo. – 6. La sfida della tecnologia. – 7. Il parere del Garante Privacy del 19 maggio 2020. – 8. Riflessioni conclusive.

1. La comunicazione come strumento di efficienza e qualità del sistema

“Publicity is the very soul of justice. It is the keenest spur to exertion and the surest of all guards against improbity. It keeps the judge himself while trying under trial”, J. Bentham.

Tale citazione del filosofo inglese richiama l'articolo 6, *Diritto a un equo processo*, della Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali, 1950: “[...] *La sentenza deve essere resa pubblicamente, ma l'accesso alla sala d'udienza può essere vietato alla stampa e al pubblico durante tutto o parte del processo nell'interesse della morale, dell'ordine pubblico o della sicurezza nazionale in una società democratica, quando lo esigono gli interessi dei minori o la protezione della vita privata delle parti in causa, o, nella misura giudicata strettamente necessaria dal tribunale, quando in circostanze speciali la pubblicità possa portare pregiudizio agli interessi della giustizia*”. Lo stesso principio è sancito dall'*Human Rights Act* del Regno Unito del 1998¹.

* Intervento svolto al convegno “*Il processo a distanza nelle esperienze delle Alte Corti e le prospettive nel giudizio di legittimità*” - Corte di Cassazione - Aula virtuale, 30 giugno 2020.

** Professore di Diritto dell'economia alla Scuola Nazionale dell'Amministrazione e di Diritto dell'informazione e della comunicazione alla Luiss Guido Carli; direttore esecutivo del Centro di formazione MENA OCSE di Caserta.

¹ Così Thomas de la Mare QC, *Coronavirus and Public Civil Hearings*, Blackstone Chambers, 30/3/2020, p. 1.

Sebbene la salute pubblica non sia espressamente indicata quale specifica ragione suscettibile di legittimare una restrizione alla pubblicità della giustizia, è stato ritenuto che consentire il suo esercizio secondo le ordinarie modalità avrebbe potuto mettere in pericolo la salute dei cittadini e quindi pregiudicare gli stessi interessi della giustizia; di qui gli interventi con cui, in vario modo, conformemente al citato articolo 6, diversi Paesi durante l'emergenza sanitaria hanno disciplinato le modalità di svolgimento delle udienze, consentendo videoconferenze da remoto e prevedendo varie restrizioni.

Nel nostro paese ciò è avvenuto a partire dal decreto-legge n. 11 dell'8 marzo 2020, a cui ne sono seguiti altri.

1.A. Open Justice

In questi casi è in questione il principio normalmente qualificato come *Open Justice*, cardine di ogni sistema giudiziario, che ha tre dimensioni principali: la capacità di partecipare alla giustizia, di osservare come viene esercitata e di contribuire, se del caso, alla elaborazione del prodotto finale, vale a dire la sentenza (accessibilità).

L'emergenza sanitaria ha rappresentato una sfida soprattutto ai due primi profili, anche se occorre riconoscere come la comunicazione da remoto, lungi dal qualificarsi come una limitazione del principio dell'*Open Justice*, in realtà sia stata un mezzo per continuare ad assicurare durante l'emergenza l'accesso alla giustizia e la fruizione dei servizi ad essa inerenti.

Il che ci ricorda come la qualità e l'efficienza, insieme all'indipendenza, siano elementi essenziali di ogni sistema giudiziario, fondamentali in quanto alla base dello Stato di diritto e dei valori sui quali si fonda l'Unione europea. Disporre di sistemi giudiziari efficienti è infatti fondamentale per la piena attuazione del diritto europeo. Lo ribadisce la comunicazione della Commissione europea sul "*Quadro di valutazione UE della giustizia 2019*" del 26 aprile 2019², che fornisce una panoramica annuale degli indicatori rilevanti per l'indipendenza, la qualità e l'efficienza dei sistemi giudiziari, che poggiano sui dati forniti dalla Commissione per la valutazione dell'efficienza della giustizia del Consiglio d'Europa (CEPEJ), cui la Commissione ha chiesto di svolgere uno specifico studio annuale.

1.B. Comunicazione ed efficienza

Al riguardo la comunicazione, in presenza o da remoto, abilitata dalla tecnologia, contribuisce in modo significativo al funzionamento e all'efficienza del sistema giudiziario, come l'emergenza sanitaria ha dimostrato.

² Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, alla Banca centrale europea, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, Bruxelles, 26 aprile 2019 COM(2019) 198 final. Si veda anche *Toolkit for supporting the implementation of the Guidelines on how to drive change towards Cyberjustice*, European Commission for the efficiency of justice, CEPEJ(2019)7, Strasburgo, 14 giugno 2019.

Ma il messaggio cambia a seconda dello strumento utilizzato per trasmetterlo così come in relazione al contesto in cui ciò avviene. Quando un destinatario riceve un messaggio dal mittente deve tradurlo in parole o simboli che può comprendere. La comunicazione raggiunge il suo obiettivo solo quando il destinatario decodifica il messaggio e comprende il significato inteso dal mittente. La decodifica è un processo complesso e nessuna attività di comunicazione, anche quella più semplice, è priva di barriere (fisiche, culturali e semantiche). Ciò è tanto più vero per la comunicazione a distanza, da remoto.

1.C. Il locus modifica il focus

La circostanza che un processo avvenga, in tutto o in parte, a distanza, tramite gli strumenti che offre la tecnologia, altera la dinamica dell'interazione fra i protagonisti del processo stesso e vi introduce (e sottrae) elementi estranei alla ordinaria dialettica procedimentale.

I livelli di comunicazione sono quello verbale e non verbale, che corrispondono a due distinti processi. Il linguaggio del corpo è identificato formalmente come *kinesics*. L'uso degli occhi, la testa, la postura, e la posizione trasmettono significati che a volte possono rivelarsi in antitesi con il messaggio verbale.

Chi opera come giudice o pubblico ministero riconosce le sottili sfumature trasmesse attraverso la comunicazione non verbale in una valutazione complessiva che poi lo induce a decidere per l'arresto e la condanna per l'autore del reato. Si tratta dell'antico adagio "non è solo importante quello che dici, ma come lo dici". Questa è una delle ragioni per cui soprattutto nel processo penale l'udienza, alla presenza fisica dei suoi protagonisti, è così importante.

2. E-Justice/Cyberjustice

Il tema della modalità della comunicazione nel settore della giustizia ha assunto un rilievo decisivo con lo sviluppo della cd giustizia elettronica (*e-Justice* o *Cyberjustice*).

Questa si avvale delle tecnologie digitali, delle informazioni, delle comunicazioni e delle tecniche di gestione della conoscenza per migliorare l'accesso dei cittadini alla giustizia, garantendo al contempo efficienza ed efficacia.

Consente infatti lo scambio di conoscenze e l'automazione dei procedimenti civili, penali e amministrativi tramite l'interazione da remoto. Si tratta di un sistema fatto di *software* e *hardware* che facilita la gestione dei casi, l'archiviazione elettronica, la programmazione delle udienze, di cui fanno parte anche il sistema di notifica elettronica e gli stessi siti web di informazione per il pubblico. In tal senso la giustizia elettronica consente a tutti gli attori rilevanti di agire virtualmente, agevolando

l'accesso a documenti e informazioni in tempo reale, in qualsiasi momento e da ovunque.

Tutto ciò è ben evidenziato nelle Linee guida su come guidare il cambiamento verso la Cyberjustice, elaborato dalla Commissione europea per l'efficienza della giustizia del Consiglio d'Europa (CEPEJ), il 7 dicembre 2016³.

Si ritiene che applicazioni della *Cyberjustice* attengano a quattro categorie principali: accesso alla giustizia, comunicazione tra tribunali e professionisti, amministrazione giudiziaria e assistenza diretta per il lavoro del giudice.

2.A. L'accesso alla giustizia

Questa nozione, fra tutte la più rilevante per importanza, comprende sia l'accesso alle informazioni *online* sui diritti sia l'accesso alle procedure di risoluzione delle controversie.

La risoluzione n. 2054 (2015) dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa, Commissione per l'uguaglianza e la non discriminazione, "*Uguaglianza e non discriminazione nell'accesso alla giustizia*", indica che il concetto ampio di accesso alla giustizia riguarda elementi quali informazioni su diritti e procedure, assistenza legale, rappresentanza legale, posizione giuridica o accesso generale ai tribunali. E' l'accesso alla giustizia alla base dell'uso di strumenti digitali volti ad aumentare la quantità di informazioni o la qualità dei servizi disponibili per gli utenti dei tribunali o ridurre le barriere (i costi) per l'accesso ai servizi.

In tal senso, nel consentire viepiù comunicazioni da remoto la tecnologia dell'informazione agevola l'accesso alla giustizia, naturalmente a condizione che i cittadini stessi siano connessi a internet.

Qui entra in gioco l'elemento tecnologico. E' infatti fondamentale che i sistemi giudiziari siano in grado di investire in strumenti avanzati, siano disposti a ridefinire la propria organizzazione così da meglio calibrare le proprie competenze e trarre pieno vantaggio dai servizi digitali offerti alle parti in causa e ai cittadini.

3. La videoconferenza

Strumento essenziale è la videoconferenza, che consente di evitare di recarsi di persona in tribunale e che è stata sistematicamente introdotta in molti Paesi, anche a fini di cooperazione giudiziaria.

Secondo la Corte europea dei diritti dell'uomo, "*sebbene la partecipazione del convenuto al procedimento mediante videoconferenza non sia in quanto tale contraria*

³ Commissione europea per l'efficienza della giustizia del Consiglio d'Europa, (CEPEJ), Linee guida su come guidare il cambiamento verso Cyberjustice, sulla base dei lavori preparatori di Harold Epineuse, esperto scientifico (Francia), adottato nella ^{28a} riunione della CEPEJ il 7 dicembre 2016 a Strasburgo.

*alla Convenzione, spetta alla Corte assicurarsi che il ricorso a questa misura in ogni caso specifico abbia uno scopo legittimo*⁴ (Marcello Viola c. Italia, 5 ottobre 2006).

Ne risulta un invito rivolto ai tribunali che usano la videoconferenza a continuare a migliorare la qualità della videoconferenza ed applicare la crittografia del segnale video per evitare intercettazioni.

Nel suo parere n. (2011) 14 su "*Giustizia e tecnologie dell'informazione*" (IT) il Consiglio consultivo dei giudici europei (CCJE) sottolinea che l'introduzione dell'IT nei tribunali in Europa non dovrebbe tuttavia compromettere i volti umani e simbolici della giustizia. Se la giustizia viene percepita dagli utenti come puramente tecnica, senza la sua funzione reale e fondamentale, rischia di essere disumanizzata. La giustizia è e dovrebbe rimanere umana in quanto tratta principalmente delle persone e delle loro controversie.

3.A. Il giudice

Al centro di tutto vi è sempre il giudice, a cui compete valutare la condotta delle parti e dei loro testimoni, esercizio svolto normalmente in un'aula di tribunale.

Occorre altresì considerare che non tutti i cittadini hanno accesso alle tecnologie dell'informazione. Il che comporta che anche laddove, in ipotesi, la comunicazione da remoto sostituisca quella in presenza, i tradizionali mezzi di accesso alle informazioni (quali per esempio gli *help desk* e le altre forme di assistenza all'interno dei tribunali) non dovrebbero essere aboliti, proprio per continuare a consentire che la giustizia sia accessibile a tutti (comprese le persone vulnerabili e meno avvezze all'uso degli strumenti elettronici).

A ciò si aggiunge la necessità di proteggere sistemi, reti e dati dagli attacchi informatici, tenendo conto che le vulnerabilità dei due sistemi, in presenza e in modalità digitale (vale dire mediante la trasmissione di dati) sono completamente diverse. Il che significa che occorre tutelare sistemi e reti garantendo integrità ai dati che vi sono veicolati e conservati, in primis tramite il rispetto delle norme vigenti in tema di protezione dei dati personali (il regolamento UE 2016/679 e il codice in materia di protezione dei dati personali, d.lgs. n. 196/2003) e sicurezza cibernetica (d. lgs. n. 65/2018 e legge n. 133/2019).

3.B. La guida alle buone pratiche sull'uso del collegamento video

⁴ CEDU, *Marcello Viola c. Italia*, 5 ottobre 2006, domanda n. 45106/04, §67. Diritto a un equo processo. La presenza dell'imputato nel procedimento riveste importanza essenziale ai fini di un processo penale equo e giusto.

La *Guida alle buone pratiche sull'uso del collegamento video* nell'ambito della Convenzione sulle prove⁵, recentemente aggiornata, affronta il tema dell'uso della tecnologia del collegamento video nell'assunzione transfrontaliera delle prove.

Per collegamento-video o videoconferenza si intende la tecnologia che consente di interagire fra due o più luoghi simultaneamente mediante trasmissione video e audio bidirezionale. Il termine "*video-link*" fa riferimento alle tecnologie impiegate per consentire la videoconferenza, i collegamenti video a distanza o qualsiasi altra forma di presenza in video.

Si tratta di una pratica che è stata gradualmente prevista nelle procedure e nei meccanismi di cooperazione giuridica transfrontaliera e che è oggetto di diverse definizioni giuridiche.

Nell'ambito dei procedimenti giudiziari, poiché il "*video-link*" non è vincolato ai confini tradizionali, consente alle parti, ai loro rappresentanti e/o a un testimone di comparire e/o testimoniare innanzi a un tribunale da un'altra località all'interno dello stesso territorio del tribunale, in una diversa unità territoriale dello stesso Stato, o all'estero.

Il collegamento consente una riduzione dei tempi, dei costi, dei disagi e dell'impatto ambientale del trasferimento al tribunale. E' un mezzo volto ad ovviare all'impossibilità di una o più persone di partecipare al procedimento. Ciò è particolarmente vantaggioso nel caso dei testimoni ed esperti, la cui mancata disponibilità può spesso causare ritardi nella programmazione delle udienze⁶.

L'uso della videoconferenza può anche consentire maggiore flessibilità nella gestione dei procedimenti, così come nell'ascoltare testimoni in determinate condizioni fisiche o mentali, o quelli che sarebbero intimiditi da una comparizione personale in tribunale, migliorando così l'accesso alla giustizia. Tutti questi fattori contribuiscono a rendere più efficienti i procedimenti giudiziari.

3.C. I tribunali online

Negli Stati Uniti la tecnologia video bidirezionale è entrata in aula quasi 50 anni fa.

Lo Stato dell'Illinois ha usato per la prima volta un videotelefono per le udienze su cauzione nel 1972; nel decennio successivo, la città di Filadelfia e la contea di Dade in Florida hanno adottato sistemi televisivi a circuito chiuso per gli arretrati, secondo il *National Center for State Courts*. Verso la metà degli anni '90, alcuni tribunali trasmettevano video sulle reti locali (LAN) dei PC, altri tramite cavi a fibre ottiche mediante il sistema telefonico e altri tramite trasmissione satellitare.

⁵ Convenzione sull'assunzione delle prove all'estero in materia civile o commerciale adottata a L'Aja il 18 marzo 1970, ratificata con legge 24 ottobre 1980, n. 745.

⁶ "*La disponibilità di periti è stata identificata come una delle cause dei ritardi*", Guida alla videoconferenza nei procedimenti transfrontalieri, Consiglio dell'Unione europea, Lussemburgo, Ufficio delle pubblicazioni dell'Unione europea, 2013, pag. 6.

Lo stato del Michigan ha creato un modello di tribunale *online* per trattare cause commerciali del valore superiore ai venticinquemila dollari. Allo stesso modo, ci sono tribunali che da tempo operano in un ambiente tecnologicamente avanzato e con ausili digitali, come quello della Florida.

Un esempio interessante di tribunale via internet è quello realizzato in Israele con il sistema "*Net Hamishpat*", basato sul concetto di "causa elettronica" e noto anche come tribunale senza carta. Il sistema, tra l'altro, consente di avviare una causa per via elettronica, con l'avvocato che direttamente carica i files dal suo ufficio senza consegnare nulla al cancelliere. Tutto avviene *online*, i documenti possono essere scannerizzati e così le istanze, i ricorsi, le scadenze fissate e le decisioni adottate dal tribunale⁷.

4. Aspetti tecnici e profili problematici

Come evidenzia Lauren Kirchner nel suo articolo *How fair is Zoom-Justice*, in The Markup del 9 giugno 2020, i collegamenti video sono per lo più utilizzati per le cosiddette udienze su cauzione, al fine di risparmiare costi e rischi del trasporto degli imputati dalla prigione al tribunale.

I ricercatori della Northwestern University hanno studiato l'ammontare delle cauzioni in denaro stabilite prima e dopo l'avvento del video e hanno scoperto che il passaggio dalle audizioni di persona a quelle audizioni video è coinciso con un aumento del 51% degli importi della cauzione, in media.

Talora la trasmissione video ha un effetto disumanizzante, in quanto può mettere gli imputati in posizione di svantaggio visivo e uditivo, secondo la ricerca. Le persone perdono la loro umanità quando sono viste attraverso uno schermo e questo incide sull'esito del processo. Lo studio ha dimostrato che, nelle udienze in tema di immigrazione, se le persone compaiono in video è più probabile che vengano espulse rispetto a quando compaiono di persona e lo stesso accade per coloro che chiedono asilo.

Altrettanto importante è ciò che le persone in tribunale possono vedere e sentire. La funzione audio di alcune tecnologie di videoconferenza utilizza un filtro a larghezza di banda media che taglia le frequenze vocali basse e alte, che sono in genere utilizzate per trasmettere le emozioni (questo emerge da un rapporto finanziato dal Dipartimento di Giustizia del 2015 in tema di audizioni video).

"*Che tu sia davanti a un giudice o davanti a una giuria, è la tua credibilità ad essere giudicata*", ha dichiarato Peter Kratsa, presidente dell'Associazione degli

⁷ Cfr. Doron Menashe, *A critical analysis of the online court*, 39 U. Pa. J. Int'l L. 921, 2018, <https://scholarship.law.upenn.edu/jil/vol39/iss4/1>, p. 934.

avvocati della difesa penale della Pennsylvania, *"e il modo di giudicare la credibilità di qualcuno è essere nel stanza con lui, non osservarlo attraverso la telecamera"*.

4.A. Vantaggi e svantaggi

Ma tale sistema consente ai difensori di risparmiare denaro non dovendo prendere l'aereo per audire i testimoni, così come ad avvocati ed esperti di comparire in più tribunali in diverse giurisdizioni lo stesso giorno.

Un problema rilevante è poi quello dell'accesso alla giustizia per coloro che non hanno un computer o non lo sanno usare o non dispongono di una linea telefonica in grado di supportare un collegamento video. Naturalmente, le persone possono sempre partecipare a videoconferenze con una normale linea telefonica, ma non essere in grado di vedere cosa sta succedendo le pone e in una situazione di svantaggio e imbarazzo rispetto a coloro che sanno come funziona il sistema e hanno esperienza in tema. Per esempio, chi testimonia attraverso la videoconferenza tende a guardare lo schermo per vedere l'altra persona piuttosto che fissare la telecamera.

Poiché l'uso del collegamento video non sempre risulta praticabile laddove una persona deve comparire e/o testimoniare davanti a un tribunale, negli Stati Uniti continua ad essere considerato un elemento complementare (ma non sostitutivo) dei metodi tradizionali di ottenimento delle prove (cioè la presenza personale in aula).

Ciò è dovuto principalmente al fatto che il livello di interazione personale con il testimone è inevitabilmente inferiore a quello che si verifica quando il testimone è fisicamente presente in aula.

4.B. Profili problematici

Da remoto la capacità di valutare il contegno e la credibilità del testimone può risultare compromessa, in particolare laddove la tecnologia e la mancanza di prossimità non consentono di valorizzare sfumature altrimenti percepibili in presenza e talora accentuano le differenze di lingua o cultura.

Per esempio, uno studio condotto da varie corti d'appello degli Stati Uniti ha evidenziato che i giudici fanno meno domande quando esaminano un testimone tramite collegamento video.

A ciò si aggiunge un ulteriore elemento, che potremmo definire simbolico. La giustizia viene esercitata all'interno dei tribunali, spazi emblematici in cui si celebrano rituali in cui si sostanzia il potere del diritto e la forza della legge. Tutto ciò esercita un impercettibile effetto su coloro che vi operano, ivi compreso il testimone che, attraverso il giuramento e i simboli che lo circondano, viene reso partecipe della funzione a cui contribuisce e delle responsabilità correlate alle sue affermazioni.

In tal senso la testimonianza video non può ritenersi equivalente a quella resa in tribunale. La testimonianza in video attenua infatti i vantaggi espressivi della presenza in aula, che risulta mediata dal mezzo trasmissivo.

4.C. Giustizia e simboli

Una persona che testimonia da casa lo fa in un ambiente sicuro e familiare sul quale esercita il controllo. Sono diverse le condizioni per chi invece testimonia in tribunal. Il contesto sostanzia il potere della legge e la struttura simbolica dell'aula di tribunale simboleggia valori, trasmette un messaggio di rigore e solennità.

Per esempio, le persone si alzano quando il giudice entra in aula e, negli Stati Uniti, il giudice si siede al di sopra di tutti gli altri presenti, con la bandiera nazionale che trasmette il senso dell'autorità. L'aula del tribunale induce spesso un senso di soggezione nel testimone e si ritiene che ciò contribuisca a dissuaderlo dal rendere false dichiarazioni⁸.

Un ulteriore problema è quello del rischio di problemi tecnici nel corso della videoconferenza, da fronteggiare tramite la disponibilità di strutture, attrezzature e supporto adeguati.

Un pur minimo problema tecnico relativo al collegamento può infatti incidere su aspetti fondamentali del procedimento come il diritto a un processo equo o il principio di immediatezza, tale da limitare o compromettere un pieno esercizio dei diritti del cittadino e la stesso accesso alla giustizia.

I tribunali devono quindi verificare caso per caso se l'uso della videoconferenza sia davvero utile.

4.D. Aspetti tecnici – A) Le reti

Nella maggior parte dei paesi le reti più comunemente utilizzate per le trasmissioni video-link sono la *Integrated Services Digital Network* (ISDN) e l'*Internet Protocol* (IP). L'ISDN, che inizialmente era il mezzo più diffuso per il collegamento video, assicura la comunicazione digitale su una linea telefonica e non risulta sia più molto utilizzata. Al contrario, l'IP, che utilizza internet per la trasmissione, è diventata la rete predominante per le videoconferenze, in quanto fornisce una maggiore larghezza di banda, consentendo una migliore qualità video e audio.

Nel contesto dell'ISDN non esiste un unico standard globale e quindi vi sono diverse tecnologie. Tuttavia, i sistemi di videoconferenza che utilizzano l'ISDN si sono convertiti ad uno standard comune, stabilito nella raccomandazione ITU-T H.320. La conversione non è stata invece necessaria per l'IP, in quanto lo standard della comunicazione via internet è globale. Al riguardo l'ITU-T ha adottato la raccomandazione H.323, standard applicato in molti Stati.

B) La banda trasmissiva

La disponibilità di un'adeguata larghezza di banda è uno degli elementi più importanti (e sia in genere più costose) dei servizi di collegamento video. A seconda

⁸ Cfr. Doron Menashe, *A critical analysis of the online court*, 39 U. Pa. J. Int'l L. 921, 2018, <https://scholarship.law.upenn.edu/jil/vol39/iss4/1>, p. 949.

della rete, la larghezza di banda consigliata è attualmente un minimo di 1,5-2 megabit al secondo per le reti IP (o almeno 384 kilobit al secondo per le reti ISDN).

I sistemi video-link dovrebbero essere progettati tenendo presente questo aspetto, garantendo la massima capacità di banda possibile, anche se la larghezza di banda può essere limitata in seguito, in pratica, dalle specifiche capacità di banda della rete o di internet.

Allo stesso modo, anche per i sistemi che dispongono della massima capacità, occorre considerare l'affidabilità e le prestazioni della connessione di rete, poiché la minima interruzione o incoerenza può inibire la capacità del sistema di fornire un buon servizio.

C) La crittografia

Mentre di norma può sembrare rilevante solo nei procedimenti penali, anche le trasmissioni video in materia civile e commerciale dovrebbero essere rese sicure da intercettazioni illegali da parte di terzi, utilizzando mezzi proporzionati alla delicatezza del caso.

L'uso di un *firewall* e/o di una rete ISDN può ridurre al minimo il rischio di accesso illegale alla trasmissione anche se – come rilevato - le connessioni IP hanno per o più sostituito l'ISDN. L'ISDN garantiva tuttavia una maggiore sicurezza, mentre per le reti IP è necessaria un'attenta verifica della loro messa in opera che preveda l'adozione di adeguate misure quali la cifratura del canale, l'identificazione dell'utente, ecc.

D) Le procedure

Nel nostro Paese di recente è stata introdotta la procedura accelerata di cui all'art. 75 (*Acquisti per lo sviluppo di sistemi informativi per la diffusione del lavoro agile e di servizi in rete per l'accesso di cittadini e imprese*) del d.l. Cura Italia del 17 marzo, convertito in legge n. 27 del 24 aprile 2020, che consente alle pubbliche amministrazioni di acquistare beni, servizi informatici, servizi di connettività, preferibilmente basati sul modello *Cloud SaaS (software as a service)*, prevedendo, qualora ricorrano esigenze di sicurezza pubblica, sistemi di conservazione, processamento e gestione dei dati localizzati sul territorio nazionale. Peraltro la scelta di un SaaS come Microsoft Teams, Cisco Webex (o Zoom) potrebbe non essere del tutto opportuna per lo svolgimento di processi telematici, laddove la disponibilità di tecnologie o prodotti *opensource* installate e gestite in datacenter pubblici dedicati è tale da consentire un maggior controllo.

L'art. 68 del Codice dell'amministrazione digitale (d.lgs n. 82/2005) prevede che la pubblica amministrazione effettui una valutazione comparativa tra diverse soluzioni, incluse quelle in *opensource* e *Cloud*. Significativa al riguardo l'esperienza della rete Garr che interconnette università, centri di ricerca, biblioteche, musei, scuole altri soggetti pubblici e privati su tutto il territorio nazionale che ha messo a disposizione

server sui propri *datacenter* per consentire a chiunque di attivare sessioni in videoconferenza gratuite.

5. Udienze virtuali ed emergenza Covid-19. Un quadro internazionale poco omogeneo

Il confronto internazionale in tema di giustizia digitale ha mostrato diversi livelli di maturità tecnologica e normativa.

Alcuni tribunali nazionali (in Australia, Inghilterra e Galles, Emirati Arabi Uniti e Austria) peraltro già prima dell'emergenza sanitaria disponevano della tecnologia necessaria per tenere udienze virtuali, anche se in misura diversa.

Una cosa è infatti avere un'infrastruttura efficiente dedicata e operante presso i tribunali, altra cosa è garantire che l'infrastruttura possa funzionare senza problemi con il giudice che si collega da casa. Vi sono peraltro una serie di esperienze molto positive, con magistrati (per esempio dei tribunali di Inghilterra e Galles) che in gran parte hanno dimostrato non solo di essere disposti ad affidarsi alla tecnologia, ma anche ad aggiornarsi su come utilizzarla.

5.A. Spagna e Austria

In molte giurisdizioni, invece, i tribunali si sono semplicemente fermati durante l'emergenza. Ciò ha riguardato non solo Paesi con infrastrutture giudiziarie meno sofisticate (per esempio, alcuni sistemi giudiziari africani, del Sud-Est asiatico e dei Caraibi), ma anche alcuni Stati membri dell'UE. In Spagna, per esempio, non sono state segnalate udienze virtuali gestite dalla magistratura durante le prime otto settimane di vigenza delle severe misure di confinamento che sono state imposte. In Spagna, infatti, la legislazione d'emergenza per consentire le udienze virtuali è stata approvata solo il 28 aprile e la prima udienza virtuale si è svolta il 5 maggio 2020.

In Austria, mentre i tribunali utilizzano le udienze virtuali da diversi anni, non vi sono regole o linee guida stabilite a livello centrale. È il giudice a disporre del potere discrezionale, caso per caso, di stabilire la procedura applicabile. Anche se può sembrare sorprendente che, alla luce di COVID-19, la comunità giuridica austriaca non abbia ritenuto di abbandonare questo approccio empirico per passare a un sistema più formalizzato per le udienze a distanza, in pratica non sembra che ciò abbia comportato particolari problemi⁹.

5.B. Inghilterra e Galles

⁹ Così Jean-Pierre Douglas-Henry and Ben Sanderson, *Virtual Hearings*, DLA Piper, 14 maggio 2020, p. 5. Di particolare interesse lo studio, che esamina e mette a confronto diverse esperienze di udienze virtuali a livello internazionale.

La risposta dei tribunali di Inghilterra e Galles è stata interessante. Il 19 marzo 2020, tre giorni prima dell'adozione di misure di blocco totale, il Lord Chief Justice dei tribunali di Inghilterra e Galles ha dato indicazioni per gestire tutte le udienze, con uno o più partecipanti, a distanza.

Secondo Lord Burnett di Maldon è stato fatto un gran lavoro per mantenere il sistema giudiziario in funzione e la tecnologia è stata utilizzata in modo creativo. Tuttavia, poiché non tutto ha potuto essere svolto a distanza, i tribunali sono stati mantenuti in funzione¹⁰.

Il servizio *HM Courts and Tribunals Service* ("HMCTS") ha elaborato una *Guida alle udienze telefoniche e video durante l'epidemia di coronavirus*, aggiornata periodicamente, che tratta una serie di questioni, tra cui come utilizzare le udienze telefoniche e video, l'utilizzo della tecnologia, come assicurare l'*Open Justice*, l'accesso dei media ai procedimenti, le modalità di partecipazione a un'udienza audio o video, così come i giuramenti o le dichiarazioni da rendere.

5.C. Il Coronavirus Act 2020 - UK

Il 25 marzo 2020 è entrato in vigore il Coronavirus Act 2020. L'articolo 55 della legge è intitolato "*Partecipazione del pubblico ai procedimenti condotti in video o in audio*" mentre l'allegato 25 apporta modifiche alla legge sui tribunali del 2003 in relazione alle registrazioni audio o video delle udienze.

Ai sensi del nuovo articolo 85A della legge del 2003, se il procedimento si svolge interamente in video o in audio, il tribunale può ordinare che il procedimento sia trasmesso e che siano effettuate registrazioni¹¹. E' peraltro considerato reato la registrazione o la trasmissione non autorizzata di un'immagine o di un suono. In pratica, ciò significa che le udienze non possono essere caricate su piattaforme di condivisione audio o video.

Il governo e la magistratura inglese si sono peraltro resi conto che i cambiamenti previsti nel modo di gestire le udienze, i processi e gli appelli comportano problemi rilevanti¹² in termini di:

A). Sicurezza della tecnologia. Sono emersi problemi sulla sicurezza di Zoom, un'applicazione di videoconferenza molto popolare utilizzata per condurre udienze a distanza (e che avrebbe registrato un aumento esponenziale del 535% del traffico giornaliero). È fondamentale che sia mantenuta la riservatezza, data la natura altamente sensibile di alcune udienze in tribunale, così come è necessaria una valutazione accurata da parte degli esperti informatici circa i vantaggi e gli svantaggi di ogni piattaforma online.

¹⁰ Jean-Pierre Douglas-Henry and Ben Sanderson, *Virtual Hearings*, DLA Piper, 14 maggio 2020, p. 6.

¹¹ Così Jane Colson - Ravinder Thukral, *Alert: yes we can. Remote Justice. The New Norm?* Brown Rudnick, 2020, p. 4.

¹² Cfr. Jane Colson - Ravinder Thukral, *Alert: yes we can. Remote Justice. The New Norm?* Brown Rudnick, 2020, p. 7.

B) *Open Justice*. Le nuove disposizioni dovrebbero essere affinate per garantire il rispetto del principio costituzionale della giustizia aperta ("partecipazione", "osservazione" e "accessibilità").

C). Accesso alla giustizia. Scarse competenze digitali, accesso limitato alla tecnologia e bassi livelli di alfabetizzazione e conoscenze giuridiche possono aumentare le barriere all'accesso ai nuovi servizi digitali.

5.D. *La giustizia arbitrale*

Si tratta di un settore che ha retto bene l'onda d'urto dell'emergenza. L'autonomia delle parti e la flessibilità della procedura arbitrale aveva peraltro consentito di offrire servizi su misura per le udienze a distanza ben prima dell'emergenza.

Esempi degni di nota sono la collaborazione tra il Centro Internazionale di Arbitrato di Singapore (SIAC) e la Maxwell Chambers per creare un servizio di ADR virtuale così come la piattaforma di videoconferenza offerta dal Centro Internazionale per la risoluzione delle controversie in materia di investimenti (ICSID) e la piattaforma di mediazione EndisputeTM offerta da JAMS¹³.

L'Hong Kong International Arbitration Centre (HKIAC) ha visto un aumento significativo della domanda dei suoi servizi di *e-hearing*. Nell'aprile e nel maggio 2020, circa l'85% di tutte le udienze hanno richiesto servizi di audizione virtuale, in tutto o in parte.

6. La sfida della tecnologia

Internet è stata la più grande rivoluzione recente, ma il suo pieno potenziale nel settore della giustizia non è stato ancora esplorato del tutto. Al riguardo l'emergenza COVID-19 potrebbe essere l'occasione per farlo.

Molte audizioni pubbliche, così come udienze della Corte d'Appello e della Corte Suprema in Inghilterra e Galles sono state trasmesse in diretta *streaming* per consentire un maggiore accesso al pubblico.

Il che pone nuove sfide, anche di carattere tecnologico. Si consideri il caso di una limitata larghezza di banda. Limitare l'accesso all'udienza può compromettere la possibilità per una parte in causa di parteciparvi, con un pregiudizio che si ripercuote sulla stessa correttezza procedurale.

Il tema della partecipazione del pubblico alle udienze è importante: si tratta di un mezzo per facilitare la trasparenza, tuttavia occorre evitare che le udienze possano essere registrate e ri-trasmesse. Un problema particolare si pone per le camere di consiglio nel nostro Paese (per esempio, innanzi al TAR e al Consiglio di Stato) dove il pubblico non è ammesso. In tal caso sarebbe opportuno trovare un sistema per

¹³ Così Jean-Pierre Douglas-Henry and Ben Sanderson, *Virtual Hearings*, DLA Piper, 14 maggio 2020, p. 7.

garantire che l'avvocato si colleghi da solo, senza il cliente (oppure eliminare il vincolo del pubblico, oggi esistente).

6.A. Zoom e Microsoft Teams

La tecnologia a nostra disposizione si presenta in molte forme e altre saranno senza dubbio presto disponibili. Zoom sembra essere la piattaforma preferita a livello internazionale, nonostante le preoccupazioni di sicurezza abbiano indotto alcuni tribunali a limitarne o in alcuni casi a proibirne l'uso. A parte Skype, privo di adeguate funzionalità, BlueJeans e Microsoft Teams (quest'ultima scelta dal Ministero della giustizia in Italia) sono stati gli altri strumenti per lo più utilizzati.

Peraltro in alcune giurisdizioni non è possibile condurre audizioni virtuali utilizzando determinati sistemi tecnologici. In particolare, molte piattaforme di videochiamata sono bloccate in Medio Oriente e in Cina ove, per esempio, non è garantita la libertà di accesso a tutti i fornitori di servizi online. È poi necessario, a seconda del Paese, tenere conto di aspetti legati alle licenze d'uso e alla specifica regolamentazione vigente.

6.B. Il fattore tempo

Nei tribunali olandesi, come in altre giurisdizioni di *civil law*, le udienze *online* tendono ad essere molto più brevi e meno teatrali, in quanto i testimoni svolgono un ruolo meno rilevante rispetto a quanto avviene in Inghilterra o negli Stati Uniti. In tali paesi gli avvocati possono trovare la transizione alle udienze virtuali molto più facile rispetto ai loro omologhi negli altri sistemi.

Tuttavia la tendenza pare essere quella di un consenso tacito di tribunali, avvocati e parti ad udienze più brevi e più focalizzate sulle questioni chiave della controversia.

A ciò si aggiunge anche il fatto che le udienze sono un elemento costoso nell'ambito di un contenzioso e il passaggio a udienze più brevi e in modalità virtuale potrebbe servire a ridurre i costi e rendere più efficiente il processo di risoluzione delle controversie.

Naturalmente, nelle giurisdizioni di *civil law* le udienze tendono ad essere più brevi rispetto a quelle di *common law*, ove la dialettica processuale comporta argomentazioni orali e un esame incrociato dei testimoni. Come accennato, il passaggio progressivo alle udienze virtuali potrebbe tuttavia indurre gli avvocati di *common law* a rivalutare l'importanza delle udienze, costringendoli a concentrarsi solo sugli aspetti più importanti del caso.

7. Il parere del Garante *Privacy* del 19 maggio 2020

Il Garante per la protezione dei dati personali ha reso un parere favorevole su uno schema di decreto del Presidente del Consiglio di Stato che fissa le regole tecniche per

l'attuazione del processo amministrativo telematico, come modalità di trattazione della causa, alternativa a quella unicamente scritta, durante l'emergenza Covid19, nel periodo che va dal 30 maggio al 31 luglio 2020.

Lo schema di decreto, mancando allo stato una disciplina tecnica specifica, stabilisce le modalità di collegamento, quelle di partecipazione dei difensori e dei magistrati, i tempi di discussione, le garanzie di sicurezza del sistema informativo, nonché lo svolgimento da remoto delle camere di consiglio dei magistrati.

La celebrazione del processo in videoconferenza, prevista in alternativa al contraddittorio cartolare, può essere chiesta dalle parti o disposta d'ufficio in qualsiasi udienza pubblica o camerale.

Nel parere in questione il Garante ha ritenuto positivo, in particolare, il fatto che non sia consentita la registrazione delle udienze. Questo dovrebbe impedire infatti al *provider*, che offre il servizio di videoconferenza, di acquisire dati personali al di fuori dei "metadati" necessari per il collegamento video da remoto (identificativi per l'autenticazione coincidenti con gli indirizzi email, indirizzi IP delle postazioni, data e ora della connessione)¹⁴.

Il ricorso alla videoconferenza, inoltre, sarebbe limitato alle sole udienze con presenza dei difensori essendo invece le camere di consiglio decisorie svolte di norma in "audioconferenza".

L'Autorità, pur prendendo atto delle soluzioni prospettate per fronteggiare l'attuale emergenza, auspica tuttavia che, una volta che questa sia cessata, si adotti una piattaforma interna, gestita dagli organi di Giustizia amministrativa o sotto il loro stretto controllo.

La disponibilità di *software open source* del tutto comparabili per affidabilità e accuratezza ai migliori prodotti industriali, offrirebbe peraltro il vantaggio di prestarsi a "realizzazioni" direttamente su datacenter e reti della giustizia amministrativa, o comunque su infrastrutture gestite collettivamente da o con altre pubbliche amministrazioni.

Tale soluzione eviterebbe *in nuce* il rischio di flussi transfrontalieri interni o esterni all'Unione europea legati a soluzioni "cloud" di aziende extra-europee (compresa l'applicazione del *Cloud Act* USA). Il parere richiama inoltre l'attenzione del Consiglio di Stato sull'esigenza di adottare ogni opportuna iniziativa volta alla formazione del personale sull'uso dei sistemi, anche per evitare inconvenienti, quali, ad esempio, l'ascolto delle udienze e delle camere di consiglio da parte di soggetti non autorizzati a partecipare.

¹⁴ Cfr. Garante per la protezione dei dati personali, *Parere su uno schema di decreto presidenziale recante le regole tecnico-operative per l'attuazione del processo amministrativo telematico* – 19 maggio 2020 [9347280].

8. Riflessioni conclusive

Appare evidente come in futuro la modalità a distanza continuerà ad essere utilizzata per le udienze anche dopo l'emergenza sanitaria, affiancandosi a quella ordinaria in presenza. Il confronto internazionale dimostra peraltro che non tutte le questioni possano essere trattate e gestite tramite udienze *online*. Per esempio le complesse controversie edilizie possono richiedere una presentazione tecnica dettagliata e modelli che mal si conciliano con una trattazione tramite videoconferenza.

La disomogeneità procedimentale che ha finora caratterizzato tale esperienza nei vari Paesi, compreso il nostro, induce a ritenere opportuno che con l'udienza virtuale non ci si limiti a trasporre su piattaforma informatica l'udienza tradizionale (con la salvaguardia del contraddittorio e dell'effettiva partecipazione delle parti) ma siano valorizzati i profili peculiari dell'interazione virtuale (con il connesso risparmio di tempo e di denaro per tutti i soggetti coinvolti). Di qui l'opportunità di disciplinare il processo telematico prevedendo un autonomo e unitario procedimento *online* (fatte salve le debite differenze fra civile, penale, amministrativo e tributario), affinché sia dotato di una propria compiuta disciplina giuridica, allineata ai principi e alle regole dell'ordinamento. In tal senso appare opportuno individuare specificamente i casi da trattare *online*, stabilendo se il procedimento sia di tipo obbligatorio o volontario, mantenendo tuttavia in parallelo la possibilità di ricorrere al sistema tradizionale (magari prevedendo il ricorso a tale modalità su motivata richiesta di parte).

Occorre altresì affrontare il problema del *Digital Divide*, che riguarda una gran parte della popolazione che non dispone o non ha dimestichezza con gli apparati digitali, così da evitare che il ricorso all'udienza telematica, più in generale alla videoconferenza, non comprometta il diritto di tutti all'accesso alla giustizia.

La tecnologia non è neutra - come rilevato - ed esercita rilevanti effetti sul procedimento giurisdizionale e la scelta di uno specifico sistema presenta delicate implicazioni, anche in termini di sovranità digitale. Occorre pertanto scegliere con cura la piattaforma per la videoconferenza, verificando anche quali siano le modalità di raccolta e conservazione dei dati.

Al riguardo appare preferibile privilegiare *software open source* e piattaforme pubbliche (in tal senso appare meritevole di menzione la scelta francese di ricorrere ad una piattaforma nazionale, in mano pubblica, volta a garantire affidabilità e continuità al servizio). Importante altresì che il sistema sia gestito da personale specificamente preparato e che siano previsti i più elevati standard di sicurezza a protezione di reti, sistemi e dati.