

ORIENTAMENTI

ENRICO MAESTRI*

Giustizia digitale Tecnologia cyber-giudiziaria e accesso alla giustizia nell'era della digitalizzazione

Questo articolo sostiene che le attuali riforme giuridiche sul processo telematico stanno trascurando ogni riflessione sulla effettiva partecipazione pubblica, giusta ed equa al processo. Ciò ha causato rilevanti conseguenze negative sulla effettiva legalità dei processi virtuali e sul rapporto tra democrazia e accesso alla giustizia. Sebbene i sostenitori della giustizia digitale sostengano che le tecnologie informatico-giudiziarie miglioreranno l'efficienza e la partecipazione pubblica del processo, al contempo la giustizia digitale potrebbe aumentare in modo significativo l'ingiustizia e oscurare i principi fondamentali del sistema giuridico penale, compreso paradossalmente l'accesso alla giustizia.

Digital Justice. Judiciary Cyber Technology and Access to Justice in the Era of Digitalization

This paper claims that the current legal reforms on the telematics legal trial are neglecting any analysis on public, just, and equitable participation in the judicial process. This has caused several negative consequences on the effective legality of virtual trials and the relationship between democracy and access to justice. Although advocates of digital justice argue that ICT will improve the efficiency and public involvement of the judicial process, at the same time digital justice could significantly increase injustice and obscure the fundamental principles of the criminal legal system, including paradoxically, access to justice.

«Le profezie di ciò che faranno effettivamente i tribunali e nulla di più ambizioso, è ciò che io intendo per diritto» (Holmes, Collected Legal Papers, 1920)

Sommario: 1. Introduzione - 2. Nostalgie pre-internet: il corpo del reato - 3. Incubi post-internet: il caso dell'algoritmo lombrosiano - 4. Le ICT nelle aule giudiziarie - 5. Soggetti e principio di efficienza processuale - 6. Voci smarrite 1: la presenza virtuale degli imputati - 7. Voci smarrite 2: prove testimoniali online - 8. Colpevolezza online - 9. Accesso ai tribunali online - 10. Conclusione

1. *Introduzione.* L'immissione di molteplici innovazioni tecnologiche in ambito informatico ha iniziato a modificare in modo definitivo il paradigma della prassi giudiziaria: la documentazione elettronica, i file di casi digitali e di sistemi di gestione dei casi, l'implementazione di collegamenti audio e video da

* Professore associato di Filosofia del diritto presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Ferrara.

remoto e lo sviluppo dei sistemi di patteggiamento online sono il prodotto dell'era della connettività e della digitalizzazione.

Ammettiamolo, la professione forense si trova sull'orlo dell'abisso: lo sconvolgimento tecnologico-informatico degli ultimi anni ha fatto sì che il diritto si trovi ad affrontare un punto cruciale del suo sviluppo. La professione legale sta cambiando e sta cercando di tenere il passo con nuove tecnologie e con *smart devices* che implementano poteri, permessi, divieti, obblighi e prove digitali. Le tecnologie digitali stanno assoggettando la procedura legale sia civile sia penale, imponendo una radicale metamorfosi dei meccanismi probatori e procedurali¹.

L'automazione dei processi operativi, il predominio di applicazioni digitali e di intelligenza artificiale (AI) sollevano questioni critiche riguardanti l'uso dei dati, la privacy, la proprietà intellettuale digitale, la sicurezza cibernetica, i diritti umani e il rispetto dell'etica in ambito digitale.

Questo articolo affronta la questione della trasformazione tecnologica legale (*legal tech*), più precisamente approfondisce l'implementazione della giustizia virtuale nelle aule giudiziarie. A ben vedere, mentre sono stati condotti una serie di studi autorevoli sull'impatto della tecnologia informatica sul futuro della professione legale², meno attenzione è stata dedicata all'esame dell'impatto delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione (ICT) sulle pratiche forensi e sui procedimenti giudiziari. Quali sono le conseguenze delle innovazioni digitali sui tribunali al fine di ottimizzare la partecipazione pubblica nell'amministrazione della giustizia? Qual è l'impatto dell'informatica sull'accesso alla giustizia, in particolare per le classi sociali tradizionalmente emarginate e prive di potere³?

Sebbene sia un dato di fatto che la struttura organizzativa dei tribunali debba riflettere gli sviluppi della società, viceversa proprio i tribunali e, in misura minore, la professione forense si dimostrano recalcitranti nell'adottare la tecnologia informatica per migliorare l'attività giudiziaria e la pratica legale⁴.

Negli ultimi anni, questa situazione ha iniziato a mutare definitivamente con

¹ MURPHY, *Databases, Doctrine, and Constitutional Criminal Procedure*, in *Fordham Urban Law Journal*, 2010, 37, 803.

² SUSSKIND, *The Future of Law*, Oxford, 1996; SUSSKIND, *The End of Lawyers? Rethinking the Nature of Legal Services*, Oxford, 2010; SUSSKIND, *Tomorrow's Lawyers: An Introduction to Your Future*, Oxford, 2013.

³ REED JR., *Without Justice for All. The New Liberalism and Our Retreat from Racial Equality*, Oxford, 1999.

⁴ DIXON, *The Evolution of a High Technology Courtroom*, in *Future Trends in State Courts*, Virginia, 2011.

la diffusione delle tecnologie comunicative e informatiche in tutti i tribunali della maggior parte dei paesi europei e negli Stati Uniti.

Una serie di progressi tecnologici correlati tra loro (tra cui il *cloud computing*, l'intelligenza artificiale, gli algoritmi di *machine learning*, i *big data analytics*, la tecnologia *smart* e i social media) sta rivoluzionando irreversibilmente le modalità in cui i tribunali conducono le loro attività. In particolare, le potenzialità delle tecnologie di accelerare i processi e le procedure, altrimenti farraginose e interminabili, sono state considerate come uno dei principali vantaggi di una crescente digitalizzazione⁵. Tuttavia, una maggiore innovazione tecnologica nelle aule giudiziarie solleva molte domande urgenti e determina risposte difficoltose per i sistemi di giustizia. In particolare si è messo in discussione se le nuove strutture e i dispositivi tecnologici migliorino, piuttosto che diminuire, la partecipazione in sede processuale, il consolidamento dei diritti degli imputati e la giustizia.

La recente emersione di nuove modalità tecnologiche ha suscitato un crescente interesse scientifico e un dibattito su come gli strumenti e le innovazioni digitali possano migliorare le tradizionali prassi processuali.

La pervasività del governmento tecnocratico e del razionalismo economico neoliberale all'interno del panorama istituzionale non considera che le modalità di accesso dei cittadini alle istituzioni e ai processi rendono i tribunali una vera e propria arena a garanzia della partecipazione pubblica, degli esiti equi dei processi e dell'accesso democratico alla giustizia⁶.

2. *Nostalgie pre-internet: il corpo del reato.*

Tribunale penale di Neuchâtel, 6 febbraio 1962. Friedrich Dürrenmatt assiste ad una udienza di un processo penale dove l'imputato è accusato di aver ucciso la moglie, di averne fatto salsicce e di averle mangiate tutte, tranne una. L'accusato viene condannato e l'ultimo desiderio che esprime è quello di poter mangiare il corpo del reato, cioè l'ultima salsiccia ricavata dal corpo della moglie che ha avanzato. Il giudice acconsente, ma la salsiccia, posata su un piatto proprio davanti a lui, plasticamente viva - così Dürrenmatt la descrive:

«la salsiccia ha un odore gradevole [...] la pelle è ruvida [...] la salsiccia è morbida [...] la salsiccia è calda [...] la sua forma è soffice - è incomprendibilmen-

⁵ SHAPIRO, *No Speed Limit. Three Essays on Accelerationism*, Minnesota, 2015.

⁶ DONOGHUE, *The Rise of Digital Justice: Courtroom Technology, Public Participation and Access to Justice*, in *The Modern Law Review*, 2017, 6, 995-1025.

te sparita; gli spettatori presenti in aula e il condannato stesso guardano allibiti il giudice: gli occhi del condannato sono spalancati. Dentro, c'è una domanda. La domanda è terribile. Fluisce nella sala. Cala sul pavimento. S'affigge alle pareti. Si rannicchia alta sul soffitto. S'impadronisce d'ognuno. La sala si dilata. Il mondo diventa un immenso punto interrogativo»⁷.

Qual è la domanda? A un primo livello, essa è banale (tutti si chiedono chi abbia fatto sparire la salsiccia), ma ha anche a che vedere con l'effettiva esistenza della giustizia divina: il sospetto che il giudice stesso abbia divorato la salsiccia non viene tacitato. È ad un secondo livello che emerge la vera profondità della domanda: si tratta di quel *perché* a cui l'uomo non sa più trovare risposta.

Dov'è finita la salsiccia? La domanda che aleggia nell'aula implica ovviamente che qualcuno abbia preso la salsiccia e se la voglia mangiare, costituendo quasi una sorta di chiamata in correità plurisoggettiva, ossia di un soggetto universale: il *chiunque*. La situazione si fa drammatica e paradossale perché, *prima facie*, sembrerebbe essere il giudice stesso il responsabile della sparizione: la salsiccia era collocata di fronte a lui ed appare impossibile che non si sia accorto che gli è stata sottratta da sotto il suo naso. Però, parrebbe più probabile che colui che ha sottratto la salsiccia sia stato davvero un *chiunque*, il quale sembrerebbe essere quindi passibile della stessa condanna appena irrogata all'imputato. Se poi dovessimo accettare come più verosimile l'ipotesi secondo cui è il giudice ad essere responsabile, ciò sarebbe ancor più emblematico. Paradossalmente, in quella aula plumbea e severa tutti hanno raggiunto razionalmente il proprio obiettivo: lo hanno raggiunto gli spettatori e, con loro, anche il giudice e il condannato.

Il *condannato*: ha comunque ucciso e mangiato la moglie (anche se non tutta);

Il *giudice*: ha condannato il responsabile identificabile e identificato;

Il *chiunque* (l'uditorio tutto): ha provato l'ebbrezza del proibito e l'ha fatta franca perché non è stato identificato.

In maniera ancora più paradossale, ciascuno di loro è rimasto nel proprio mondo, costituito da ragioni differenti intese come giustificazioni per agire, tutte, però, a loro modo razionali:

il *condannato* per un motivo ignoto, seppur giuridicamente rilevante;

il *giudice* per fare giustizia;

⁷ DÜRRENMATT, *La salsiccia*, in *Racconti*, Milano, 2011, 11-12.

il *chiunque* per il gusto del proibito.

3. *Incubi post-internet: il caso dell'algoritmo lombrosiano.*

Corte circondariale di Cleveland, 31 agosto 2020. Hercules Shepherd Jr. si è avvicinato al banco del giudice in un'aula del tribunale di Cleveland, vestito con una tuta arancione. Due notti prima un agente lo aveva arrestato a una fermata di linea con un piccolo sacchetto di cocaina e lo aveva arrestato.

Il giudice Jimmy Jackson Jr., guardando Shepherd, ha posato la sua attenzione verso il monitor del computer su cui compariva il fascicolo del diciottenne e la probabilità che il giovane potesse diventare recidivo. Il risultato dell'algoritmo predittivo evidenziava due su sei probabilità di commettere un altro crimine e una su sei di non comparire in giudizio. I punteggi contrassegnavano Shepherd come primo candidato per il rilascio preliminare con una bassa cauzione.

«Chiediamo alla corte di prendere tutto questo in considerazione», ha affermato il difensore di Shepherd, David Magee.

Non molto tempo prima, il giudice Jackson avrebbe deciso il futuro a breve termine di Shepherd sulla base di una lettura dei fascicoli del tribunale e della sua intuizione. Ma a Cleveland e in un numero crescente di altri tribunali locali e statali i giudici sono ora guidati da algoritmi informatici prima di decidere se gli imputati possono tornare alla vita quotidiana o rimanere rinchiusi in attesa del processo.

Gli esperti dicono che l'uso di queste valutazioni del rischio potrebbe essere il più grande cambiamento nel processo decisionale, e ciò da quando i giudici hanno ammesso le prove di esperti più di un secolo fa. I critici, tuttavia, temono che tali algoritmi possano finire per soppiantare il convincimento dei giudici e forse anche perpetuare pregiudizi in una forma apparentemente neutra. L'intelligenza artificiale riceve molta attenzione per i lavori che elimina. Non sta succedendo ai giudici, almeno non ancora; ma, come in molte altre professioni, l'intelligenza artificiale sta rimodellando, se non eliminando, alcuni dei compiti più basilari dei giudici, molti dei quali possono ancora avere enormi conseguenze per le persone coinvolte.

Stati come Arizona, Kentucky e Alaska hanno adottato questi strumenti, che mirano a identificare le persone che hanno maggiori probabilità di fuggire o commettere un altro crimine. Per gli imputati che ricevono punteggi bassi viene raccomandato ai giudici il rilascio sotto la loro supervisione.

Tra le altre cose, l'algoritmo mira a ridurre quelle sentenze falsate che po-

trebbero essere influenzate dalla razza, dal sesso o dall'abbigliamento di un imputato, o forse anche da quanto potrebbe sentirsi irritabile un giudice dopo aver saltato la colazione. I nove fattori di rischio utilizzati per valutare un imputato includono l'età e le condanne penali passate, ma escludono razza, sesso, storia lavorativa e dove vive una persona. Molti esperti temono che gli algoritmi renderanno il giudizio più automatico e meccanico nel tempo e che, invece di eliminare i pregiudizi, potrebbe perpetuarli sotto la maschera dell'oggettività guidata dai dati, esercitando una vera attrazione gravitazionale sui responsabili delle decisioni ed è ingenuo pensare che le persone semplicemente non vi facciano affidamento.

E, se ciò accadesse, i giudici - come tutte le persone - potrebbero trovare facile abbandonare le proprie capacità di pensiero critico qualora venga loro presentata quella che potesse sembrare una risposta più facile. La soluzione è rifiutarsi di costruire contenitori che diano risposte preconfezionate: ciò di cui i giudici hanno veramente bisogno è la creazione di contenitori che diano non solo risposte ma anche spiegazioni e che contestualmente consentano la libertà di poter discutere se c'è qualcosa che si vuole cambiare.

Prima del suo arresto, il 29 agosto, Hercules Shepherd non aveva precedenti penali.

4. *Le ICT nelle aule giudiziarie.* La tecnologia dei tribunali è stata definita come qualsiasi sistema che utilizza la tecnologia sotto forma di dispositivi elettronici finalizzati a garantire un indiscusso beneficio al processo giudiziario⁸.

Più precisamente, le varie tecnologie utilizzate in tribunale possono includere devices informatici hardware e software, come computer portatili, tablet, registrazioni, trascrizioni e tecnologie di videoconferenza e di audioconferenza, software come i sistemi di gestione dei casi, sistemi di archiviazione elettronica, biblioteche elettroniche, indici di giurisprudenza e i sistemi di supporto alle decisioni (*Decision System Support*). Da tempo ormai molte giurisdizioni internazionali hanno integrato ed esteso le procedure di giustizia digitale nell'ambito dei loro sistemi giudiziari, dando così luogo a mutamenti sostanziali nelle architetture normative dei tribunali digitali⁹.

Con la diffusione della tecnologia informatica, i tribunali non possono più essere visti come un'entità secondaria bensì come una parte centrale di più

⁸ REILING, *Technology for Justice. How Information Technology can support Judicial Reform*, Amsterdam, 2009.

⁹ MAESTRI, *Lex informatica. Diritto, persona e potere nell'età del cyberspazio*, Napoli, 2015.

ampi strati tecnologici e giuridici interconnessi. La diffusione dell'internet delle cose, derivante dall'integrazione dei dispositivi mobili, insieme alle telecomunicazioni integrate, ha ineluttabilmente portato a una maggiore assimilazione tecnologica nella governance giudiziaria del materiale probatorio¹⁰. Anche la riduzione dei costi tecnologici ha causato un più esteso impiego degli strumenti di supporto tecnologico nei tribunali.

Come per altre giurisdizioni internazionali, la razionalizzazione economica è stata la prima causa della nuova policy giudiziaria: l'accento è stato posto sulla necessità di sostituire tribunali inefficienti e sottoutilizzati implementando progetti informatici in grado di far fronte a ritardi e a costi eccessivi. Tuttavia, implementare pienamente la tecnologia del sistema giudiziario e persino definire la buona riuscita rispetto al cambiamento tecnologico, non è una questione semplice, soprattutto quando il programma di modernizzazione è motivato principalmente da una logica di efficienza, di esternalizzazione e di riduzione dei costi, piuttosto che da un'applicazione di principio della tecnologia digitale (spesso ideologicamente orientata). L'utilizzo delle tecnologie deve quindi essere declinato sul piano deontologico, così da potenziare, piuttosto che compromettere, la partecipazione dell'utente al processo, sostenendo al tempo stesso i principi giuridici fondamentali come l'equità, l'imparzialità e l'accesso alla giustizia¹¹.

5. *Soggetti e principio di efficienza processuale.* Gli studiosi hanno riconosciuto una serie di benefici associati ad una maggiore partecipazione pubblica sia nel diritto sia nella governance delle pratiche giudiziarie¹². Il coinvolgimento di tutti i soggetti processuali, come alternativa alle più tradizionali procedure burocratiche, svela l'orientamento a concettualizzare la partecipazione pubblica in termini di maggiore trasparenza e decisione; il che, a ben vedere, fornisce una risposta alle effettive carenze da parte della pubblica amministrazione. Inoltre, l'effettiva partecipazione implica l'utilizzo di meccanismi di coinvolgimento del cittadino (compreso l'accesso all'informazione, alla consultazione e alla risoluzione delle controversie): il contributo di una più ampia

¹⁰ KLOOSTERMAN et al., *The interface between forensic science and technology: how technology could cause a paradigm shift in the role of forensic institutes in the criminal justice system*, in *Philosophical Transactions B*, 2015, 1-10.

¹¹ DONOGHUE, *op. cit.*, 1001.

¹² HERIAN et al., *Public Participation, Procedural Fairness, and Evaluations of Local Governance: the Moderating Role of Uncertainty*, in *Journal of Public Administration Research and Theory*, 2012, 22, 815.

gamma di partecipanti ottimizza il risultato sostanziale della regolamentazione e migliora anche la qualità delle decisioni¹³.

La natura della partecipazione pubblica nei processi digitali è inscindibilmente conformata con l'accesso alla giustizia, perché quest'ultima si basa su una concezione contestuale della legge che va oltre un'interpretazione sottile (*thin*) di «accesso», quella cioè fondata unicamente sulla disponibilità di assistenza legale. Tuttavia, nell'individuazione di strumenti tali da garantire un accesso esteso a diritti e libertà, il concetto di «accesso» opera in modo più analitico, superando gli ostacoli di ordine sociale, culturale ed economico¹⁴.

Ecco allora che «accedere alla giustizia» significa disporre di assistenza legale e, nel rispetto del principio ad un equo processo, significa garantire rappresentanza e partecipazione della parte processuale, assicurando così compartecipazione alla giustizia¹⁵.

La qualità della partecipazione è quindi un fattore decisivo per comprendere come le distribuzioni di potere e le disuguaglianze esistenti incidano sulle potenzialità e sui limiti della giustizia digitale. La partecipazione degli attori ai processi digitali assicura ai cittadini un più ampio accesso alla giustizia, anche nell'ottica di rendere più efficace la funzione euristica della fase decisionale.

Tuttavia, la diffusione della tecnologia digitale induce a pensare ai processi sulla base della loro efficacia al raggiungimento di «buoni risultati» piuttosto che in base alla loro capacità di servire la giustizia: indotto dalla facilità di accesso alle banche dati il giudice viene persuaso a creare rapidamente la motivazione, senza controllare attentamente l'intero testo della sentenza¹⁶.

La disparità tra i principi processuali e i buoni risultati è stata sottolineata da Summers, che osserva come i «valori processuali» denotano degli standard (*formal features of legal system*) in base ai quali possiamo definire formalmente giusto un processo, tralasciando l'eventuale e la sostanziale «efficacia dei buoni risultati» che potrebbe avere¹⁷.

Il processo possiede un'intrinseca e positiva attitudine sia a rappresentare il mezzo per ottenere buoni risultati sia a rappresentare lo strumento per realizzare i valori fondamentali che dovrebbe incarnare, come la *governance* partecipativa, la razionalità procedurale, la pubblicazione, l'intelligibilità, la non

¹³ DRYZEK, *The Politics of the Earth*, Oxford, 1997.

¹⁴ CAPPELLETTI, *Alternative Dispute Resolution Processes within the Framework of the World Wide Access to Justice Movement*, in *The Modern Law Review*, 1993, 56, 282.

¹⁵ WALZER, *Spheres of Justice. A Defense of Pluralism and Equality*, London, 1984.

¹⁶ BELLUCCI, *A onor del vero. Fondamenti di linguistica giudiziaria*, Torino, 2002, 314-317.

¹⁷ SUMMERS, *Evaluating and Improving Legal Processes - A Plea for Process Values*, in *Cornell Law Review*, 1974, 60, 1-3.

contraddittorietà e i diritti fondamentali.

6. *Voci smarrite 1: la presenza virtuale degli imputati.* In molte giurisdizioni le tecnologie di collegamento video sono sempre più utilizzate per consentire agli imputati di comparire in tribunale dalle carceri e dalle stazioni di polizia¹⁸ e per consentire alle vittime e ai testimoni vulnerabili di fornire prove e di registrare le loro testimonianze in un ambiente sicuro, appropriato e meno traumatico¹⁹.

In alcuni paesi la magistratura si avvale di questa forma di tribunale virtuale per le udienze preliminari e per la fase preliminare decisionale del procedimento penale; ciò ha portato a un significativo ricorso ai sistemi informatici interattivi. Le udienze preliminari dei tribunali virtuali possono avere luogo in relazione a qualsiasi capo d'imputazione e le valutazioni sull'idoneità degli imputati a comparire tramite collegamento video sono effettuate dai giudici di sorveglianza.

Il medium digitale tende ad allentare – perché economico, conveniente e vantaggioso – i criteri di valutazione utilizzati dai giudici di sorveglianza per dichiarare o meno l'idoneità degli imputati a comparire tramite link video da remoto.

Spesso sono gli imputati stessi a prediligere la tecnologia del collegamento video al fine di evitare i ritardi e gli sconvolgimenti associati ai viaggi da e verso il tribunale²⁰, anche se una tale modalità di partecipazione può mettere in discussione il grado di credibilità della partecipazione stessa²¹.

Questo aspetto è tanto più indicativo laddove si abbia a che fare con imputati vulnerabili a causa di problemi di salute mentale, di difficoltà di comprensione intellettuale o di impedimenti fisici. In questi casi, la garanzia di un'adeguata

¹⁸ HORAN, MAINE, *Criminal Jury Trials in 2030: A Law Odyssey*, in *Journal of Law and Society*, 2014, 41, 551.

¹⁹ LEADER, *Closed-circuit television testimony: Liveness and truth-telling*, in *Law, Text, Culture*, 2010, 14, 1.

²⁰ GIBBS, *Transform Justice. Defendants on video - conveyor belt justice or a revolution in access*, London, 2017.

²¹ Come è noto, tale modalità di partecipazione non trova spazio nel nostro ordinamento: né il processo civile (se non in eccezionali ipotesi) né quello penale consentono alla parte processuale di prescindere dalla nomina di un procuratore/difensore di fiducia ovvero assegnato d'ufficio. Nel processo penale, laddove l'indagato non vi abbia provveduto, già nella fase d'indagine la Procura individua un nominativo dalle liste d'ufficio (ad es, quando debba procedere a un sequestro o a una perquisizione). Nel processo civile la redazione e la sottoscrizione di un atto idonei a esplicare effetti processuali è consentita solo a chi sia abilitato all'esercizio della professione forense.

consulenza legale diventa particolarmente importante, soprattutto per quanto riguarda la valutazione previa dell'idoneità fisica e mentale dell'imputato²² a partecipare a procedimenti in videoconferenza con collegamento in diretta.

La decisione finale di procedere mediante collegamento online spetta discrezionalmente al tribunale, alla luce dei fatti di causa. I criteri in base ai quali l'autorità giudiziaria stabilisce se le prove tramite video link (*e-discovery*) debbano o meno essere ammesse sono spesso relativamente poco chiari: la comunicazione mediata da computer comporta importanti implicazioni che comprendono l'influenza normativa tra gli attori in gioco e il relativo confronto linguistico interazionale²³, eppure i tribunali si limitano a decidere contingentemente in base al caso concreto senza affrontare la questione adottando un approccio globale ed esaurientemente strutturato.

Attualmente, non si sono elaborati criteri ermeneutici su come la discrezionalità giudiziaria debba essere esercitata in riferimento ai molteplici fattori che potenzialmente influiscono sull'idoneità dell'imputato a partecipare a procedimenti di collegamento in diretta. Nel considerare la possibilità di effettuare un collegamento in streaming, i tribunali si sono preoccupati dei possibili ritardi e dei costi di opportunità che potrebbero derivare dal rifiuto di fornire prove online²⁴ piuttosto che concentrarsi sui fattori relativi all'idoneità della parte processuale di partecipare a un procedimento in collegamento da remoto e alla qualità della sua partecipazione²⁵.

Nonostante il fatto che la tecnologia necessaria per stabilire un collegamento video sia abbastanza semplice, è essenziale investire sull'uso di strumenti video di alta qualità: una pessima qualità del collegamento influisce negativa-

²² Per quanto riguarda il nostro ordinamento, rinvio all'art. 70 c.p.p. che prevede l'espletamento di una perizia e l'eventuale sospensione dei termini di indagine (laddove la fase di indagine ancora non si sia conclusa). Se ne deduce che la valutazione circa l'incapacità naturale o meno può collocarsi cronologicamente prima del processo, inibendo momentaneamente l'esercizio dell'azione penale da parte del P.M. Rinvio anche all'art. 71 c.p.p. che disciplina l'ipotesi di sospensione del procedimento post perizia nel caso in cui lo stato mentale dell'imputato non ne consentirebbe la cosciente partecipazione: qui, invece, siamo già nella fase processuale in senso stretto e l'azione penale è già stata esercitata. Vorrei però evidenziare l'inciso «sempre che non debba essere pronunciata sentenza di proscioglimento o di non luogo a procedere»: il legislatore impone al giudice di effettuare una valutazione prognostica circa il probabile esito del giudizio, autorizzandolo a disporre la sospensione del processo solo qualora sia ragionevole che si concluderà con una condanna. Nelle more della sospensione il giudice può comunque assumere prove che depongano in favore del proscioglimento, qualora sia il curatore speciale (nominato *ad hoc* per l'imputato infermo di mente) a richiederlo. Per il monitoraggio delle condizioni dell'imputato e la ripresa del processo, rinvio al termine semestrale di cui all'art. 72 c.p.p.

²³ FOGG, *Persuasive Technology*, San Diego, 2003.

²⁴ *Polanski v Conde Nast Publications Ltd*, UKHL, 2005, 10.

²⁵ DONOGHUE, *op. cit.*, 1005.

mente sugli effetti processuali delle prove testimoniali, sulla valutazione della condotta processuale delle parti, sull'attendibilità di una testimonianza e sull'esame di elementi importanti per pervenire a una sentenza di proscioglimento o di condanna. In tutti questi casi, la credibilità e l'affidabilità diventano fattori essenziali dell'interazione uomo-computer, specie quando il prodotto informatico è l'esito di una raccolta di diversi atti processuali e di dati giudiziari. Per fare un esempio, se la tecnologia informatica è scadente e quindi non affidabile, allora non sarà possibile apprezzare la gravità o la lievità di eventuali lesioni visibili sul corpo dell'imputato, della vittima o della persona danneggiata dal reato.

Grazie ad una serie di osservazioni empiriche, gli studiosi²⁶ hanno concluso che l'esclusione fisica dell'imputato dallo «spazio più dignitoso» dell'aula di tribunale può minare il principio di legittimo affidamento sulla credibilità e sulla legittimità della giustizia, soprattutto per quei procedimenti che si concludono con una sentenza di condanna.

Dato il grado di penetrazione digitale nell'amministrazione della giustizia, è indubitabile che la tecnologia continuerà a far parte delle politiche pubbliche dei prossimi anni e, in ogni caso, diventerà un elemento ubiquo nelle aule giudiziarie. Nonostante i miglioramenti tecnologici siano evidentemente necessari per comprendere le condizioni di utilizzo delle tecnologie da remoto è importante essere consapevoli delle conseguenze processuali prodotte dalla digitalizzazione, in particolare la trasformazione dei parametri esistenti di interazione sociale e i rituali comunicativi nei procedimenti digitali; diversamente, la partecipazione processuale non soddisferà mai i canoni di equità.

Di conseguenza, l'importante funzione simbolica del palazzo di giustizia come sede e amministrazione della giustizia viene erosa e si perde la comunicazione efficace tra le parti e l'importanza dei gesti non verbali (sebbene manchino prove che gli indizi non verbali - come le risposte emotive - offrano una base affidabile per determinare la verità o le menzogne)²⁷.

In tutte le giurisdizioni nazionali e internazionali attualmente non esistono procedure standard per rendere testimonianza da remoto: vi è in pratica una significativa variazione tra i tribunali per quanto riguarda il modo in cui le parti che partecipano al processo a distanza dovrebbero comparire sullo scher-

²⁶ BELLONE, *Private Attorney-Client Communications and the Effect of Videoconferencing in the Courtroom*, in *Journal of International Commercial Law and Technology*, 2013, 8, 24.

²⁷ SPORER, SCHWANDT, *Moderators of non-verbal indicators of deception: A meta-analytic synthesis*, in *Psychology, Public Policy and Law*, 2007, 13, 1.

mo²⁸. Una serie di fattori, tra cui i parametri per individuare il tipo di inquadratura utilizzata per i diversi testimoni (vista a tutto corpo o a mezzo busto), la portata e la distanza della telecamera dall'imputato e la presenza dell'avvocato della difesa in aula o in un luogo da remoto, sono variabili chiave che influenzano le modalità delle interazioni processuali che si svolgono nei procedimenti a distanza. Quando si ha a che fare con agenti processuali fisici si può interrompere il processo persuasivo per chiedere spiegazioni, controbattere, discutere o negoziare. Al contrario quando il medium è digitale, è il computer che controlla l'andamento della interazione: lo svolgimento di procedimenti in streaming influisce sulla natura sostanziale delle interazioni sociali in aula.

Una nuova fenomenologia dei rapporti sociali si impone mettendo in crisi l'effettiva tutela dei diritti delle parti processuali in quanto la tecnologia digitale produce un «condizionamento operante» che intralcia il grado di comunicare in modo efficace e confidenziale: quando gli avvocati non sono in grado di interagire personalmente con il loro cliente, vi è la possibilità che possano risultare compromesse eventuali valutazioni su quanto accade in aula a carico del cliente, soprattutto se la tecnologia utilizzata è inadeguata o di scarsa qualità.

L'aula giudiziaria smette di essere un luogo per diventare uno spazio (un non-luogo) in cui la qualità della partecipazione è una componente critica per comprendere come le distribuzioni esistenti di potere e le disimmetrie informative incidano sulle potenzialità e sui limiti dei processi di giustizia digitale. La comunicazione in aula è mediata da un collegamento da remoto: l'aula si distribuisce spazialmente e le relazioni comunicative tra i partecipanti vengono rimodellate. In conclusione, nella fase di progettazione e di implementazione delle tecnologie a distanza i progettisti (*kings of code*) dovrebbero tener conto delle reali esperienze interattive di partecipazione a distanza tra tutte le parti processuali (*legal process by design*), piuttosto che limitarsi a concepire sintetiche affermazioni sulla natura architettonica di tale partecipazione e sulla mera qualità tecnica della comunicazione che questa tecnologia consente²⁹.

7. *Voci smarrite 2: prove testimoniali online.* L'uso crescente dei dispositivi di

²⁸ SMITH, *Remote Testimony and Related Procedures Impacting a Criminal Defendant's Confrontation Rights*, in *Administration of Justice Bulletin*, 2013, 2, 1.

²⁹ SUSSKIND, SUSSKIND, *The Future of the Professions: How Technology Will Transform the Work of Human Experts*, Oxford, 2015.

trasmissione video sia in modalità sincrona sia asincrona riguarda, naturalmente, anche le vittime di reati e i testimoni vulnerabili, permettendo loro di fornire testimonianze video preregistrate.

Mentre da un lato la registrazione delle prove prima del processo offre notevoli vantaggi ai singoli testimoni e ai procedimenti di accertamento della verità, dall'altro lato emergono nuove sfide probatorie, in particolare quando, nei sistemi di common law, l'interrogatorio investigativo è usato come prova in capo³⁰ o quando l'esame incrociato preregistrato è condotto in una data posticipata rispetto alla prova in capo. Il principio del contraddittorio amplifica queste difficoltà anche se a ben vedere non è ancora possibile trarre conclusioni generalizzabili sul fatto che, nei soli sistemi di common law, l'esame incrociato preregistrato pregiudichi la forza del capo d'accusa in termini di percezione dei giurati, di valutazione delle prove al processo e di impatto sui tassi di condanna. Nonostante queste incertezze sarà imprescindibile un radicale allontanamento dallo stile tradizionale di *advocacy*. La tecnologia informatica permette di sfruttare l'influenza normativa per aumentare la possibilità che una persona (una parte processuale) adotti o non adotti un determinato comportamento. Il principio dell'influenza normativa implica che gli avvocati devono adattarsi al testimone, non il contrario: non possono insistere su un presunto diritto «di esporre il proprio caso» o su precedenti dichiarazioni incoerenti di un testimone. Se davvero esiste il diritto di «esporre il proprio caso», esso deve essere rimodulato a favore dei testimoni vulnerabili. È perfettamente possibile garantire che i giudici siano messi a conoscenza del caso della difesa e delle incoerenze significative senza intimidire un testimone³¹.

In sintesi, la partecipazione a distanza e la ricezione della testimonianza attraverso la tecnologia del collegamento video hanno indubbiamente dei vantaggi, tra cui la riduzione delle spese e dei disagi associati al trasporto dei detenuti da e per il tribunale. In questo caso, le tecnologie digitali di alta qualità diventano un dispositivo necessario per sfruttare efficacemente i miglioramenti nella conduzione dei procedimenti digitalizzati e le attuali iniziative politiche

³⁰ Ovviamente, non in tutti gli ordinamenti giuridici gli elementi acquisiti in fase d'indagine vengono acquisiti automaticamente al processo. Nel nostro ordinamento opera una cesura netta tra indagini e processo vero e proprio (post rinvio a giudizio), sicché non è possibile acquisire i verbali di interrogatorio come prova, se non per darne lettura (salvo altri casi davvero residuali, ad esempio il decesso del teste prima dell'udienza deputata all'esame incrociato) e per eventuali contestazioni. Rimando agli artt. 511, 512, 513 e 514 c.p.p.

³¹ Nel nostro ordinamento, ad esempio, sono vietate domande nocive o suggestive sia nell'esame diretto, che nel controesame e riesame, mentre sono consentite le domande suggestive nel solo controesame. Rinvio agli artt. 498 e 499 c.p.p.

sembrano tener conto della necessità di investimenti in questo senso. Resta urgente la necessità di valutare l'impatto dei procedimenti a distanza sullo status partecipativo e sui rituali comunicativo-processuali. L'uso di tecnologie informatiche a distanza di alta qualità dovrebbe quindi essere suffragato da una sufficiente formazione dei professionisti del diritto (tecnici legali, ingegneri giuridici) nei procedimenti con mediazione video, al fine di sviluppare la familiarità con le nuove modalità di lavoro digitalizzate e di sviluppare consapevolezza dell'impatto dei procedimenti a distanza sulla partecipazione dei cittadini al processo. Purtroppo, tali disposizioni sono attualmente assenti dalle proposte politiche dei legislatori per una equa e sostenibile modernizzazione digitale.

8. *Colpevolezza online*. La giustizia digitale è destinata a favorire gli imputati perché consente una più rapida risoluzione del caso ma, al contrario, è possibile che la convenienza, anche emotiva, di evitare il processo formale nell'aula del tribunale possa indurre l'imputato ad ammissioni di responsabilità anche in assenza di colpa o responsabilità oggettiva, con un conseguente aumento delle dichiarazioni di colpevolezza nei tribunali online.

Occorre stabilire se le persone che si dichiarano colpevoli siano pienamente consapevoli e se comprendono le gravi implicazioni di una condanna penale. È pertanto fondamentale che i sistemi giudiziari online siano sostenuti da adeguate garanzie procedurali, considerata la possibilità che gli imputati siano svantaggiati in virtù di nuovi processi di patteggiamento e di condanne online. Una ulteriore problematicità è data dal fatto che gli imputati possono sentirsi spinti a dichiararsi colpevoli benché la condotta incriminata sia stata commessa in presenza di una causa di giustificazione³². Il sistema di patteggiamento online per il perseguimento dell'evasione fiscale rappresenta un esempio paradigmatico di come queste dinamiche possano manifestarsi. Tutti coloro che sono perseguiti per evasione fiscale sono incoraggiati a presentare il ricorso online e le cause sono discusse in assenza dell'imputato da un unico magistrato a porte chiuse. Le ammende derivanti da un'ammissione di colpevolezza possono essere elevate e non è chiaro se gli imputati che si dichiarano colpevoli siano pienamente consapevoli e comprendano che le conseguenze patrimoniali possono essere sproporzionate rispetto alla gravità del reato commesso.

³² GIBBS, *Justice Denied: Unrepresented Defendants in the Criminal Courts*, London, 2016.

I giuristi hanno iniziato a ipotizzare che le priorità preesistenti alla base del sistema giudiziario, come l'efficienza, il controllo del crimine e la riduzione dei falsi negativi, possano accrescere gli svantaggi dei procedimenti penali online, soprattutto in considerazione del modo disomogeneo e asimmetrico in cui la giustizia digitale si sta diffondendo³³. La creazione di sistemi processuali online per perseguire i reati meno gravi fornisce poche garanzie e può in realtà servire solo a problematizzare la questione di un'adeguata consulenza legale³⁴.

9. *Accesso ai tribunali online*. La possibilità per i cittadini di avere un accesso effettivo alla giustizia al fine di rivendicare i loro diritti è un principio fondamentale coerente con un sistema giudiziario equo e regolarmente operante.

I tribunali digitali, i dispositivi di videoconferenza, la consulenza legale virtuale e i sistemi giuridici online possono quindi offrire l'opportunità di migliorare rapidamente i procedimenti giudiziari³⁵.

Cionondimeno, l'accesso alla giustizia dovrebbe garantire anche l'accesso fisico agli edifici dove si amministra la giustizia, pur rendendo al contempo conveniente la partecipazione ai processi giudiziari digitali, come ad esempio le testimonianze in collegamento video e i sistemi online per la condanna e il pagamento di multe. Prese isolatamente, le modifiche architettoniche digitali³⁶ dell'ambiente giudiziario tradizionale non saranno sufficienti a garantire l'intera gamma di benefici riconosciuti alle vittime, ai testimoni, agli imputati e alle parti in causa, generalmente intesi. L'informatica giudiziaria sarà in grado di facilitare una corretta partecipazione al processo solo quando sarà accompagnata da un più ampio impegno a tutelare una adeguata rappresentanza e consulenza legale. A questo proposito, i vantaggi associati alla giustizia digitale sono fortemente condizionati dalla presenza di un progetto politico inadeguato, in cui le riforme dell'assistenza legale hanno comportato gravi ostacoli all'ottenimento di una appropriata rappresentanza legale.

Sarà, infatti, una sfida da affrontare l'implementazione di servizi privati online per alcuni dei più comuni problemi legali nei settori del welfare, del debito,

³³ ROTH, Trial by Machine, in *Georgetown Law Journal*, 2016, 104, 1245.

³⁴ DONOGHUE, *op. cit.*, 1018.

³⁵ BAILEY, BURKELL, REYNOLDS, *Access to Justice for All: Towards an "Expansive Vision" of Justice and Technology*, in *Windsor Yearbook of Access to Justice*, 2013, 31, 181-202.

³⁶ MAESTRI, *Lex Informatica e soft law. Le architetture normative del cyber-spazio in Tecnodiritto. Temi e problemi di informatica e robotica giuridica*, a cura di Moro, Sarra, Milano, 2017, 157-177.

dell'alloggio, dell'immigrazione e del diritto di famiglia, per i quali l'assistenza legale è un'utopia. Attualmente, la generale assenza di servizi online standardizzati per questo tipo di casi può essere spiegata in parte perché il loro mercato è meno remunerativo, soprattutto se si considera che le parti coinvolte in tali azioni si trovano spesso in posizioni economicamente precarie e socialmente vulnerabili. Al presente, i regolatori pubblici stanno lavorando per sviluppare nuovi strumenti legali e nuovi servizi giudiziari digitali ma, nonostante ciò, la partecipazione degli avvocati alla prestazione di servizi digitali è limitata dalla natura commercializzabile della professione legale e dalla difesa del modello di business forense esistente e dei relativi margini di profitto³⁷. L'attenzione dei governi si concentra invece sugli investimenti nell'architettura digitale dei tribunali e nelle tecnologie che ne aumenteranno l'efficienza: l'introduzione di «dispositivi» tecnologici atti a migliorare la partecipazione e l'equità nel processo giudiziario sono utilizzati per le loro proprietà simboliche e comunicative. La finalità, evidentemente, è quella di favorire un processo rappresentativo inclusivo e di fornire legittimità a nuove iniziative che si suppone siano orientate ad una forma di «giustizia aperta»³⁸. Le innovazioni digitali, se progettate e ingegnerizzate in modo appropriato, hanno la capacità di sfruttare i vantaggi dell'implementazione esponenziale dell'accesso agli obiettivi della giustizia, anche se, in ultima analisi, dipendono pur sempre dall'esistenza di un quadro politico ancora rudimentale e impreparato ad affrontare l'impatto delle nuove tecnologie dirompenti sulle attuali strutture giurisdizionali³⁹.

10. *Conclusioni*. A ben vedere, le concezioni della giustizia digitale e dei tribunali virtuali sono a tutt'oggi considerate un'utopia se associate al sistema giuridico, a cui spetta tradizionalmente adempiere alle funzioni dell'efficienza, dell'accessibilità e della risoluzione delle controversie⁴⁰. Stabilito che la fiducia nel sistema legale dipende da un rapporto di prossimità tra crimine e punizione, il potenziamento dell'efficienza dei tribunali non è solo una questione di economia del lavoro, ma di più ampi benefici sociali in termini di raffor-

³⁷ LEWIS, *Litigation Costs and Before-the-Event Insurance: The Key to Access to Justice?*, in *The Modern Law Review*, 2011, 74, 272.

³⁸ DONOGHUE, *op. cit.*, 1023.

³⁹ MAESTRI, *C'è un giudice nel cyberspazio? Problemi di teoria della giurisdizione in Internet*, in *Democrazia e diritto*, 2019, 1, 59-85.

⁴⁰ MOHR, CONTINI, *Reassembling the Legal: "The Wonders of Modern Science" in Court-Related Proceedings*, in *Griffith Law Review*, 2011, 20, 994.

zamento della legalità e della fiducia nell'esecuzione della giustizia. La garanzia della giustizia in tempi ragionevoli è, quindi, giustamente una preoccupazione legittima per l'esecutivo, per la magistratura e per il pubblico in generale.

Un sistema giudiziario inefficiente e «caotico» non sarà in grado di funzionare in modo ottimale⁴¹. Tuttavia, il fenomeno della digitalizzazione giudiziaria tende a «sovradeterminare» il valore dell'efficiente produttività del tribunale a discapito di una considerazione generale sui valori sostanziali – tra cui la partecipazione e l'equità – che informano il sistema giudiziario⁴². La consapevolezza del tipo e della qualità della partecipazione delle parti ai processi digitali è avulso dal discorso della modernizzazione: ad oggi, la ricerca governativa sulle nuove tecnologie giudiziarie ha misurato principalmente la «buona efficacia dei risultati» dei processi in termini di costi e di velocità, ma non ha fornito stime sul più ampio risultato dei processi in relazione all'accesso alla giustizia e alla parità di trattamento davanti alla legge. Sebbene il miglioramento della qualità delle tecnologie digitali giudiziarie sia una condizione necessaria per migliorare le pratiche digitali, la preoccupazione più pertinente deve essere quella di comprendere le condizioni in cui la tecnologia a distanza può funzionare per servire gli interessi della giustizia, garantendo che le procedure digitali siano progettate per facilitare l'effettiva partecipazione alla comunicazione in aula e ai rituali sociali interattivi⁴³. L'incremento del cambiamento tecnologico e delle tecnologie giudiziarie sia a livello nazionale sia internazionale non è stato accompagnato da un sufficiente riscontro dell'impatto della tecnologia sulla partecipazione processuale, né da un'analisi rigorosa delle conseguenze normative o sociali di queste riforme giudiziarie. La comprensione delle questioni etiche relative all'uso delle tecnologie informatiche è in notevole ritardo rispetto ai progressi tecnologici informatici⁴⁴. La giustizia digitale pretende un cambiamento radicale nel modo in cui ci avviciniamo all'uso della tecnologia nei tribunali: ciò richiede un nuovo orientamento degli attuali approcci politici per garantire che venga prestata la giusta attenzione allo sviluppo di una maggiore conoscenza e formazione delle dinamiche partecipative e comunicative delle tecnologie informatiche a garanzia del giusto grado di

⁴¹ JACOBSON, HUNTER, KIRBY, *Structured Mayhem: Personal Experiences of the Crown Court*, London, 2015.

⁴² LASTOWKA, *Virtual Justice. The New Laws of Online Worlds*, New Haven, 2010.

⁴³ CORDELLA, CONTINI, *Digital Technologies for Better Justice. A Toolkit for Action*, New York, 2020.

⁴⁴ MARSHALL, *Has Technology Introduced New Ethical Problems?*, in *Journal of Business Ethics*, 1999, 89-90.

progettazione e di implementazione delle future riforme⁴⁵.

Una carente concettualizzazione teorico-giuridica della giustizia digitale comporterà una deflazione dei principi fondamentali del sistema giudiziario, compresi l'equa partecipazione e l'accesso alla giustizia. Questa è la sfida che i riformatori e i progettisti dei tribunali digitali devono affrontare: in assenza di un indirizzo politico volto a favorire una maggiore partecipazione e un più ampio accesso all'assistenza giudiziaria, la giustizia digitale rimarrà una vana e ingannevole promessa⁴⁶.

⁴⁵ EUROPEAN COMMISSION FOR THE EFFICIENCY OF JUSTICE (CEPEJ), *Guidelines on how to drive change towards Cyberjustice*, Strasbourg, 2016.

⁴⁶ DONOGHUE, *op. cit.*, 1025.