

ALLA RICERCA DELLA FONTE DI REGOLAZIONE DELLA GIUSTIZIA  
CONSENSUALE DIGITALE. IL CASO DELLE *ONLINE DISPUTE  
RESOLUTION*\*

**SIMONE BARBARESCHI\*\***

**Sommario**

1. Premessa. – 2. Le ODR come sviluppo delle ADR: la giustizia fuori dalle Corti. – 2.1. Le ODR come strumenti complementari alla giustizia nelle Corti. – 3. Vantaggi e rischi per i diritti fondamentali dei cittadini. – 4. Auto-, etero- e co-regolazione. – 5. La co-regolazione della giustizia consensuale digitale.

**Abstract**

*The essay examines justice outside the Courts, focusing on Online Dispute Resolution (ODR) and the suitable source to regulate these devices. In addition to reforming the process and ways in which parties present their claims, technologies accentuate the tendency of private individuals to identify alternative devices of resolving cases. Furthermore, an inclination towards inclusion in judicial systems of these instruments can also be noted. The essay is therefore divided into three parts: the first part focuses on the different types of ODR; the second part examines the advantages and risks for fundamental rights in ODR, with attention to the processing of personal data and the protection of the right of defence; finally, the last pages support the need for co-regulation, as the alternative between a private digital justice system and one regulated by public institutions could be unsatisfactory.*

**Suggerimento di citazione**

S. BARBARESCHI, *Alla ricerca della fonte di regolazione della giustizia consensuale digitale. Il caso delle Online Dispute Resolution*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1/2024. Disponibile in: <http://www.osservatoriosullefonti.it>

\* Il presente contributo costituisce la rielaborazione della relazione presentata al Convegno finale del Progetto PRIN 2017 *Self- and Co-regulation for Emerging Technologies: Towards a Technological Rule of Law* (SE.CO.R.E TECH) tenutosi a Firenze l'8 e 9 febbraio 2024 e organizzato dal Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università degli Studi di Firenze.

\*\* Ricercatore a tempo determinato di tipo in Istituzioni di diritto pubblico nell'Università degli Studi Roma Tre.

Contatto: [simone.barbareschi@uniroma3.it](mailto:simone.barbareschi@uniroma3.it)

### 1. Premessa

Il presente contributo intende soffermarsi sulla giustizia resa al di fuori dalle Corti per il tramite delle forme di soluzione privata delle controversie e, nello specifico, delle cc.dd *Online Dispute Resolution*.

È fin troppo noto, infatti, che la digitalizzazione sta impattando fortemente sulle modalità di risoluzione delle controversie, tanto per ciò che concerne il loro lato esteriore, andando a ridisegnare il rito del processo e le modalità con cui le parti fanno valere le loro pretese, quanto per ciò che attiene ai procedimenti e ai criteri che conducono alle decisioni. A ciò si aggiunga che la tecnologia (definita da taluni come “quarta parte” della controversia giuridica<sup>1</sup>) consente anche ai privati di “creare” strumenti di composizione delle cause, alternativi a quelli istituzionali, nazionali o sovranazionali. Tra l’altro, oggi, si assiste all’affermazione di una tendenza all’inclusione, all’interno dei sistemi giudiziari, di strumenti alternativi di composizione delle controversie, anche di natura digitale.

Pertanto, constatato il carattere irreversibile della diffusione delle nuove tecnologie nel settore della giustizia, obiettivo di questo contributo è quello di indagare le forme alternative di risoluzione delle cause, di più recente affermazione, dal punto di vista della auto-regolazione e della eteroregolazione, domandosi quale sia il tipo di fonte più adeguata a regolare tali dispositivi.

Invero, come si vedrà, l’alternativa tra una giustizia consensuale digitale del tutto privata e una regolata in modo eteronomo dalle istituzioni pubbliche potrebbe risultare insoddisfacente, poiché le opzioni risultano non adeguate rispetto alle peculiarità di tali tecnologie.

Il lavoro è, quindi, così strutturato: nella prima parte ci si sofferma sulle ODR come sviluppo delle tradizionali *Alternative Dispute Resolution*, provando pure a tracciare una distinzione tra le diverse tipologie di ODR attualmente in circolazione. In questo frangente sono presenti altresì delle riflessioni sulla inclinazione degli ordinamenti giuridici a inglobare i meccanismi digitali di cui si discorre. La seconda parte del contributo ha ad oggetto, invece, i vantaggi e i rischi per i diritti fondamentali insiti nelle ODR, con particolare riferimento al trattamento automatizzato dei dati personali e alla tutela del diritto di difesa. Infine, dopo una disamina delle possibili forme di regolazione delle piattaforme digitali, ci si interroga sulla necessità di una co-regolazione degli strumenti digitali di risoluzione alternativa delle controversie.

<sup>1</sup> Cfr. E. KATSH, *Dispute Resolution without Borders: Some Implications for the Emergence of Law in Cyberspace*, in *First Monday*, n. 2/2007, 97 ss.

## 2. Le ODR come sviluppo delle ADR: la giustizia fuori dalle Corti

Come testimonia il mito di Antigone, sin dalle origini della cultura occidentale il rapporto tra legge e giustizia viene caratterizzando il mondo giuridico per una tensione ineliminabile, in cui il necessario carattere ordinante del diritto insegue perennemente le nuove istanze di tutela<sup>2</sup>.

Se è pacifico che tale fenomeno segni il diritto sostanziale, rispetto al quale i giudici si fanno sempre più carico di un onere di integrazione e adattamento al cangiante panorama dell'esistente, si può constatare una non troppo dissimile tendenza con riferimento alle *forme* di risoluzione delle controversie, per mezzo dell'incessante affermazione di nuove modalità di pacificazione.

Questa fuga dal processo non è certamente un fenomeno recente, bensì radicato ormai da alcuni decenni (e in particolare a partire dagli anni '70 del secolo scorso) nella cultura giuridica occidentale, che – specie dall'altra parte dell'Atlantico – ha visto dapprima l'emersione e poi l'affermazione di metodi alternativi di risoluzione delle controversie giuridiche, le cc.dd. *Alternative Dispute Resolution*<sup>3</sup>.

Alla base dello sviluppo delle ADR vi sono soprattutto le esigenze degli operatori economici di contenere i costi e ridurre i tempi di definizione delle cause, rispetto a quelli propri dei processi davanti ai giudici ordinari; allo stesso tempo, «[l]a fiducia nei nuovi mezzi di composizione della disputa è dovuta alla loro capacità di prevenire l'aggravarsi del conflitto preservando la qualità delle relazioni future»<sup>4</sup>.

Pertanto, l'affermazione di strumenti come la mediazione, la conciliazione e l'arbitrato è dovuta a un'esigenza di efficientamento, sentita innanzitutto dalla società civile e dagli attori economici, che rifuggono dalla ritualità e dall'appesantimento degli apparati pubblici e, quindi, dal *processo*, che dello Stato è quintessenza. Ciò spiega anche perché le ADR si siano affermate soprattutto negli Stati Uniti, ove da sempre il costituzionalismo pone al centro i principi di libertà e di autonomia privata<sup>5</sup>.

<sup>2</sup> Sul mito di Antigone si veda M. CARTABIA – L. VIOLANTE, *Giustizia e mito. Con Antigone, Edipo e Creonte*, Il Mulino, Bologna, 2018, cap. II.

<sup>3</sup> Sul punto si veda M. CAPPELLETTI, *Alternative Dispute Resolution Processes within the Framework of the World-Wide Access-to-Justice Movement*, in *The Modern Law Review*, n. 56/1993, *passim*. Cfr. T.E. FROSINI, *Un diverso paradigma di giustizia: le Alternative Dispute Resolution*, in *Rivista AIC*, n. 2/2011, 2 ss., il quale – oltre ad un chiaro indirizzo di politica legislativa e giudiziaria – individua principalmente due fattori alla base dello sviluppo di una cultura delle ADR: il contro-culturalismo, avverso alle modalità consolidate di risoluzione delle controversie, poiché intrise di coercizione, e la critica dell'ipertrofia giuridica.

<sup>4</sup> G. PERUGINELLI, *Le Online Dispute Resolution: un'evoluzione delle Alternative Dispute Resolution*, in *Informatica e diritto*, Vol. XVI/2007, 477 s.

<sup>5</sup> Cfr., ancora, T.E. FROSINI, *Un diverso paradigma di giustizia: le Alternative Dispute Resolution*, cit., 4. Sul punto si tornerà *infra*.

La locuzione *Alternative Dispute Resolution* è un esempio tipico di “ombrella term”, ossia di un’espressione a cui sono ascrivibili diversi significati, e quindi istituti, tutti accomunati dall’aver un carattere alternativo rispetto al processo *in Court*<sup>6</sup>. Tuttavia, i meccanismi di ADR si differenziano in ordine alla loro struttura giuridica e per il diverso grado di autonomia delle parti, che risulta massima nella negoziazione, in cui la soluzione individuata ha natura marcatamente contrattuale<sup>7</sup>. Nella mediazione, invece, si tenta di risolvere il conflitto o prevenire la sua insorgenza mediante il ricorso ad un soggetto terzo e imparziale, scelto liberamente dai privati, il conciliatore, il cui compito è quello di mettere in comunicazione e assistere i litiganti, i quali – in assenza di un accordo – potranno comunque intraprendere un’azione giudiziaria<sup>8</sup>.

Come si può notare, allora, la stessa presenza di un soggetto equidistante dagli interessi dei singoli non è un elemento imprescindibile delle procedure di ADR, poiché esistono strumenti che non lo contemplan, come la transazione e la negoziazione assistita, e altri, viceversa, che gli assegnano un ruolo centrale, che può spaziare dal semplice compito di facilitatore del dialogo – il caso della mediazione facilitativa – sino a quello di vero e proprio decisore, come nel caso dell’arbitrato<sup>9</sup>.

Gli elementi comuni a questi meccanismi di distacco dalla giurisdizione e dalle sue tradizionali forme di espressione<sup>10</sup> devono essere dunque rivenuti nel carattere informale delle procedure e nella loro natura consensuale, che si esprime tanto nella fase di attivazione delle stesse (*an*), quanto in sede di definizione del loro contenuto (*quomodo*)<sup>11</sup>. È evidente, quindi, lo iato ri-

<sup>6</sup> Cfr. E. SILVESTRI, *Risoluzione delle controversie e alternative al processo: un’introduzione teorica*, in Id. (a cura di), *Forme alternative di risoluzione delle controversie e strumenti di giustizia riparativa*, Giappichelli, Torino, 2020, 1 ss.

<sup>7</sup> Cfr. T.E. FROSINI, *Un diverso paradigma di giustizia: le Alternative Dispute Resolution*, cit., 6. Si tratta di uno strumento incentivato dalle recenti riforme della giustizia e segnatamente dalla c.d. Riforma Cartabia (decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 149), che ha previsto la possibilità di ricorrere alla negoziazione assistita nelle controversie di lavoro, in alternativa alle tradizionali sedi conciliative (si veda sul punto l’articolo di G. FALASCA, *Negoziazione assistita alternativa alla conciliazione in sede protetta*, in *Il Sole 24 Ore*, 21 marzo 2023).

<sup>8</sup> Cfr. T.E. FROSINI, *op. cit.*, 6; G. PERUGINELLI, *Le Online Dispute Resolution: un’evoluzione delle Alternative Dispute Resolution*, cit., 479 s.

<sup>9</sup> Cfr. L. MINGARDO, *Amministrare la giustizia online: luci e ombre della diffusione globale delle ODR*, in *Amministrazione in cammino*, 4 dicembre 2020, 2; F. REGGIO, *Concordare la norma. Gli strumenti consensuali di soluzione della controversia in ambito civile: una prospettiva filosofico-metodologica*, CLEUP, Padova, 2017, 35 ss.

<sup>10</sup> Cfr. F. MANOLITA, *Dalle ADR offline alle procedure di online dispute resolution*, in *Judicium*, 5 agosto 2015, 2.

<sup>11</sup> Cfr. L. MINGARDO, *Amministrare la giustizia online: luci e ombre della diffusione globale delle ODR*, in *Amministrazione in cammino*, 4 dicembre 2020, 1. Cfr. F. REGGIO, *Giustizia dialogica: luci e ombre della restorative justice*, FrancoAngeli, Milano, 2010.

spetto ad alcuni principi costituzionali in materia di processo, a fondamento di numerosi ordinamenti democratici ed esemplificati dalla formulazione del nostro art. 111 Cost., che, tra le altre cose, fa riferimento al giusto processo regolato dalla legge e alla terzietà e imparzialità del giudice.

Con riferimento invece al loro ambito di applicazione, tradizionalmente si ricorre alle ADR per la composizione di controversie di modesta entità economica, di natura commerciale o dal carattere fortemente privatistico<sup>12</sup>.

Ad ogni modo, come si è già accennato, le ADR sono sintomatiche di un fenomeno globale di trasformazione degli ordinamenti, statali e non solo, in cui si va affermando una «giustizia resa fuori dalla corti» ovvero una soluzione delle controversie senza il rito del processo<sup>13</sup>.

È in questo contesto che devono essere collocate le *Online Dispute Resolution* (ODR)<sup>14</sup>, che – almeno per ora – si possono qualificare come degli strumenti alternativi per la risoluzione delle controversie, il cui tratto distintivo risiede nell'impiego delle *Information and Communication Technologies*. Così, se le ADR segnano una fuoriuscita dalle *forme* tradizionali di composizione, le ODR imprimono a questa tendenza l'accelerazione e il cambiamento tipici della tecnologia: dopo aver trasformato l'economia, la società e finanche le modalità di produzione del diritto, la c.d. Quarta rivoluzione industriale<sup>15</sup> e scientifica<sup>16</sup> muta anche le forme di estrinsecazione della giusti-

<sup>12</sup> G. PERUGINELLI, *Le Online Dispute Resolution: un'evoluzione delle Alternative Dispute Resolution*, cit., 478, la quale sostiene che le aree di conflitto a cui tradizionalmente sono applicate le ADR sono quelle delle mediazioni familiari, delle vertenze sindacali e delle dispute commerciali.

<sup>13</sup> Cfr. E. LONGO, *Giustizia digitale e Costituzione. Riflessioni sulla trasformazione tecnica della funzione giurisdizionale*, FrancoAngeli, Milano, 2023, 209.

<sup>14</sup> Sulle quali si veda R. SUSSKIND, *Online Courts and the Future of Justice*, Oxford University Press, Oxford, 2019, spec. 66 ss.

<sup>15</sup> Cfr. K. SCHWAB – P. PYKA, *Die Vierte Industrielle Revolution*, Pantheon, Monaco, 2016.

<sup>16</sup> Cfr. L. FLORIDI, *La quarta rivoluzione. Come l'infosfera sta trasformando il mondo*, Raffaello Cortina Editore, Milano, 2017. Sull'impatto della tecnologia sulla società, in una prospettiva di diritto costituzionale, si veda anche C. COLAPIETRO, *Circolazione dei dati, automatizzazione e regolazione*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2021, 832 ss.; F. LAVIOLA, *Algoritmico, troppo algoritmico: decisioni amministrative automatizzate, protezione dei dati personali e tutela delle libertà dei cittadini alla luce della più recente giurisprudenza amministrativa*, in *BioLaw Journal – Rivista di Biodiritto*, n. 3/2020, 389 ss.

Ai fini di questo scritto si veda soprattutto G. LISELLA, *Corti digitali e giustizia civile progressiva*, in *Il giusto processo civile*, n. 1/2020, 270, il quale evidenzia come il livello di permeazione della tecnologia possa essere qualificato sulla base di tre passaggi progressivi: il c.d. *supportive technology*, in cui la tecnica svolge una funzione di supporto dei soggetti coinvolti (ad esempio nella ricerca dei precedenti); il *replacement technology*, in cui la tecnologia si sostituisce ad alcune attività umane (ad esempio nell'esecuzione delle notifiche telematiche); infine, la *disruptive technology*, che muta la struttura stessa dell'attività giurisdizionale.

zia, non solo per il tramite di elementi di digitalizzazione del processo tradizionale, bensì anche incentivando meccanismi di surrogazione di questo<sup>17</sup>.

Si è di fronte a una pluralità di dispositivi, alcuni dei quali consentono “solo” di cancellare la distanza materiale tra gli utenti delle ADR; in altri, invece, è il *computer* ad individuare la soluzione della disputa giuridica.

Invero, sebbene agli albori dello sviluppo di questi strumenti si speculasse soprattutto sulla possibilità di dotare le macchine della capacità di tenere in debita considerazione lo stato emotivo delle parti<sup>18</sup>, oggi – anche in ragione di quelli che sono stati gli effettivi sviluppi della tecnica – si distingue, abbastanza pacificamente, tra ODR di prima generazione, dette *online ADR*, e ODR di seconda generazione, qualificate usualmente come *cyber ADR*<sup>19</sup>. Tale dicotomia si fonda sull’apporto tecnologico nella risoluzione della controversia e, quindi, sui (residui) margini di intervento dell’uomo: nella prima tipologia le tecnologie hanno principalmente la funzione di mettere in collegamento le parti e di coadiuvare chi individua la decisione, così che quest’ultima rimane *human based*; viceversa, le ODR di seconda generazione sono *machine based*, nel senso che è la tecnologia a proporre una soluzione, rendendo possibile l’incontro delle diverse posizioni su un terreno comune<sup>20</sup>.

<sup>17</sup> *Amplius* sul punto M. PALMIRANI – S. SAPIENZA (a cura di), *La trasformazione digitale della giustizia nel dialogo tra discipline. Diritto e intelligenza artificiale*, Giuffrè, Milano, 2023, nonché il già citato E. LONGO, *Giustizia digitale e Costituzione. Riflessioni sulla trasformazione tecnica della funzione giurisdizionale*, cit., *passim*.

<sup>18</sup> Cfr. G. PERUGINELLI, *Le Online Dispute Resolution: un’evoluzione delle Alternative Dispute Resolution*, cit., 485 ss. (spec. 491 ss.), la quale – al momento nella stesura del contributo (2007) – evidenziava che «[l’]applicazione delle tecniche di *affective computing* (calcolo emotivo) ai sistemi O.D.R. potrebbe incidere in modo interessante sulla valutazione della volontà delle parti nella controversia, che adesso è prerogativa esclusiva della volontà dell’uomo».

<sup>19</sup> Si veda però G. LISELLA, *Corti digitali e giustizia progressiva*, cit., 274 s., che differenzia invece tra *Instrumental* e *Principal ODR* (nel primo modello l’IA avrebbe una funzione di ausilio alle parti e al decisore, mentre nel secondo assumerebbe funzioni decisionali e conciliative), nonché tra *ODR tool* e *ODR system* (per cui nelle prime il digitale si inserisce nell’ambito degli schemi “classici” di risoluzione delle controversie, mentre nelle secondo costituirebbe lo strumento principe per la risoluzione della causa). Ben si evidenzia nello scritto come tali qualificazioni, rispetto al medesimo meccanismo di ODR, possano coesistere.

<sup>20</sup> Cfr. F. MINGARDO, *Amministrare la giustizia online: luci e ombre della diffusione globale delle ODR*, cit., 2 s., secondo cui un esempio di ODR di prima generazione può essere considerata la piattaforma ODR dell’Unione europea per le controversie di e-commerce (attivata a seguito della Dir. 2013/11/UE e del Reg. (UE) n. 524/2013); viceversa, esempi di ODR di seconda generazione sono i c.d. *blind offer system*, che risolvono controversie di carattere meramente pecuniario sulla base di offerte e controfferte “cieche”; G. PERUGINELLI, *op. cit.*, 485 ss. (490), la quale – nell’esemplificare le ODR di seconda generazione – richiama il modello delle offerte *online* (modello cieco), che giungono ad una soluzione quando tra offerta e domanda vi è uno scarto molto limitato (comunque non superiore al 30%); E. LONGO, *Giustizia digitale e Costituzione. Riflessioni sulla trasformazione tecnica della funzione giurisdizionale*, cit., 214, il quale evidenzia come nelle ODR di prima generazione rimanga in piedi la «formula triadica tradizionale (fatta delle due parti e del mediatore)». L’A. individua come esempio di ODR originarie il servizio di *online mediation*

Infine, nell'ambito delle ODR di più recente sviluppo si devono annoverare le cc.dd. *smart ODR*, che si basano sulla tecnologia *blockchain* e gli *smart contract* per assicurare l'esecuzione delle prestazioni<sup>21</sup>.

Ad ogni modo, si tenga conto che, a causa del rapido e continuo sviluppo tecnologico, non è possibile inquadrare rigidamente le ODR, la cui nozione «deve essere intesa ormai dinamicamente»<sup>22</sup>, ricomprendendo in essa ogni strumento di *ICT* che consenta di *bypassare* i Tribunali e la mediazione umana.

### 2.1. Le ODR come strumenti *complementari* alla giustizia nelle Corti

Ormai da qualche anno, i principali studiosi della materia inquadrano la tematica delle *Online Dispute Resolution* nell'ambito di una generale tendenza degli ordinamenti statali verso la digitalizzazione dell'amministrazione della giustizia, sollecitata anche dalla pandemia da Coronavirus.

In particolare, si è assistito – da parte di numerosi Stati – ad un «innesto delle ODR nei loro sistemi giudiziari», delimitandone tuttavia l'ambito di operatività alle controversie di minore valore economico<sup>23</sup>. Tale fenomeno, in cui le ODR assumono una posizione *complementare*<sup>24</sup> rispetto alla giustizia resa dai tribunali, dà luogo ad una “riscrittura” delle loro funzioni e dei loro connotati, così da renderle dirompenti in relazione tanto agli ordinari strumenti di risoluzione alternativa delle controversie (ADR), quanto ad un connotato meramente privatistico.

Insomma, come vedremo a breve, quando entrano “*in the Courts*” e assumo carattere pubblico, le ODR “mutano pelle”, mostrando anche una linea di tendenza dei nostri sistemi giudiziari.

Volgendo lo sguardo alle esperienze di altri ordinamenti<sup>25</sup>, si può innanzitutto richiamare quella canadese, ove un ODR *Tribunal*, il *British Colum-*

di Ebay; mentre, si dovrebbe ricondurre alla categoria delle ODR di seconda generazione l'algoritmo utilizzato ad Amazon per i rimborsi o la sostituzione della merce.

<sup>21</sup> Cfr. F. MINGARDO, *Amministrare la giustizia online: luci e ombre della diffusione globale delle ODR*, cit., 3.

<sup>22</sup> N. POSTERARO, *Dalle Alternative Dispute Resolution alle Online Dispute Resolution: modelli, vantaggi e rischi con uno sguardo rivolto all'Italia*, in *www.irpa.eu*, 1 giugno 2021.

<sup>23</sup> Cfr. F. MINGARDO, *Amministrare la giustizia online: luci e ombre della diffusione globale delle ODR*, cit., 4 s.

<sup>24</sup> Il termine è di E. LONGO, *Giustizia digitale e Costituzione. Riflessioni sulla trasformazione tecnica della funzione giurisdizionale*, cit., 218. Sul punto si veda anche N.W. VERMEYS – K. BENYKHELEF, *ODR and the Courts*, in A. WAHAB – E. KATSH, D. RAINEY, *Online Dispute Resolution Theory & Practice*, Eleven, London, 2011, 307 ss.

<sup>25</sup> Per un'analisi più dettagliata si rinvia, oltre al più volte citato libro di ERIK LONGO, al lavoro di G. LISELLA, *Corti digitali e giustizia civile progressiva*, cit., 277 ss., i quali si soffermano altresì su due prototipi non trattati nel corpo di questo lavoro: le *Intelligent e Internet Court* cinesi (di quest'ultime si evidenzia come il loro sviluppo sia strettamente collegato alla nascita dei colossi

*bia Civil Resolution Tribunal*<sup>26</sup>, è del tutto incardinato nel sistema giudiziario statale e deputato alla risoluzione di controversie condominiali, bagatellari e derivanti da sinistri statali.

È interessante notare come si tratti di uno strumento nella piena disponibilità dei cittadini, che hanno accesso al CRT a tutte le ore e a tutti i giorni della settimana, potendo ricorrere ad esso anche tramite un'app, che consente alle parti di raggiungere velocemente ed economicamente soluzioni preventive del processo<sup>27</sup>.

Parimenti, si deve evidenziare che – a seguito dell'istanza di un cittadino ad un *Solution Explorer* – il CRT fa ricorso alla negoziazione elettronica al fine di dirimere la controversia, sollecitando in questo modo una soluzione amichevole e collaborativa del conflitto<sup>28</sup>.

Per quanto concerne i Paesi europei, emblematica dell'innesto delle ODR degli ordinamenti nazionali è l'esperienza del Regno Unito e del Galles, ove già nel 2015 l'*ODR Advisory Group* aveva avanzato una proposta di inclusione dei meccanismi online di risoluzione alternativa delle controversie nel *HM Court&Tribunals Service*<sup>29</sup>.

Tra i diversi meccanismi oggi presenti nell'ordinamento inglese si deve ricordare il *Money Claim Online* (MCOL) – utilizzato per le controversie monetarie di modico valore – il cui *design* è funzionale a un'accelerazione e a una semplificazione nel sistema giustizia.

A tal proposito, in dottrina si è posto l'accento su alcune caratteristiche strutturali di questo strumento: attraverso un modulo web si acquisiscono – oltre alle generalità dei cittadini – gli elementi essenziali alla base del reclamo, ossia la somma di denaro dovuta e causale, e le parti comunicano per mezzo di risposte standardizzate. Anche i meccanismi di pagamento, delle

cinesi del commercio *online* e il carattere *human based* della decisione), nonché il progetto pilota avviato nel 2016 nello Utah dal *Judicial Council*.

<sup>26</sup> Cfr. S. SALTER – D. THOMPSON, *Public-Centred Civil Justice Redesign: a case study of British Columbia Civil Resolution Tribunal*, in *McGill Journal of Dispute Resolution*, Vol. 3 (2016-2017), 113 ss.; K. SYKES – R. DICKSON – S. EWART – C. FOULKES – M. LANDRY, *Civil Revolution: User Experiences with British Columbia's Online Court*, in *37 Windsor Y B Access Just*, 2020, 161 ss.; G. LISELLA, *Istituzionalizzazione della giustizia digitale: il caso paradigmatico del civil resolution tribunal*, in *i-lex. Scienze Giuridiche, Scienze Cognitive e Intelligenza Artificiale*, 2019, 125 ss.

<sup>27</sup> Cfr. F. MINGARDO, *Amministrare la giustizia online: luci e ombre della diffusione globale delle ODR*, cit., 4.

<sup>28</sup> Cfr. E. LONGO, *op. cit.*, 219, il quale evidenzia come si tratti comunque di un modello virtuoso, poiché, anche laddove le parti non riescano ad individuare una soluzione in sede di negoziazione elettronica, comunque avranno acquisito una maggiore conoscenza dello stato dei fatti, delle preferenze altrui e delle opportunità esistenti, così da rendere più agevole il successivo contenzioso giudiziario. Inoltre, si deve evidenziare che l'A. richiama l'esperienza dello *Judicial Council* della Utah (Utah State Court's Online Dispute Resolution program), che viene accostato al meccanismo canadese, in ragione della similitudine delle fasi progressive e obbligatorie.

<sup>29</sup> Cfr. L. MINGARDO, *op. cit.*, 4.



spese processuali e di estinzione del debito, risultano semplificati, sfruttando l'immediata interazione tra attore e convenuto<sup>30</sup>.

Infine, un aspetto ulteriore, che palesa di essere al cospetto di una «forma molto avanzata di giustizia digitale», sebbene per controversie di non particolare valore economico, è rappresentato dal fatto che MCOL controlla in via automatica la sussistenza dei presupposti di procedibilità della domanda attorea e i requisiti di forma per l'esercizio dei poteri processuali<sup>31</sup>.

Indubbiamente, tali meccanismi hanno potuto svilupparsi con successo in due ordinamenti, come quello inglese e quello canadese, soprattutto in ragione del loro sistema di *common law*, in cui la tradizione giuridica ha sempre guardato con favore la transizione davanti ad un giudice.

Ad ogni modo, la progressiva affermazione delle ODR nei Tribunali si inserisce in una più ampia inclinazione, su scala mondiale, alla *istituzionalizzazione* di tali dispositivi<sup>32</sup>.

A tal proposito, da un lato, è stato osservato che si è di fronte ad un sintomo trasversale rispetto alle grandi famiglie delle tradizioni giuridiche, che, anzi, pare affondare le sue radici nell'ideologia tipica degli ordinamenti di *civil law*, i cui interventi pubblici di regolazione sono ritenuti essenziali al fine di garantire l'imparzialità, l'indipendenza e l'equità dei servizi resi dalle ODR e contestualmente stimolare la fiducia dei consumatori nel mercato<sup>33</sup>. Questo è un punto essenziale anche per le riflessioni successive in materia di regolazione normativa delle ODR. Dall'altro, si è constatato che sebbene «l'ingresso di modelli di giustizia alternativa nei Tribunali non [sia] cosa nuova all'esperienza giuridica comparata, come dimostra la consolidata storia delle “*ADR in Courts*” (...), il fenomeno delle “*ODR in Courts*” si presenta con un potenziale di rottura dei paradigmi giuridici tradizionali prima sconosciuto», che spinge finanche a dubitare della loro riconducibilità *sic et simpliciter* alle ADR<sup>34</sup>.

Invero, si assiste a un movimento opposto rispetto a quello che ha condotto all'affermazione delle ADR; un moto che porta le ODR «sempre più lontano dagli ideali di riappropriazione della controversia da parte dei liti-

<sup>30</sup> Cfr. E. LONGO, *Giustizia digitale e Costituzione. Riflessioni sulla trasformazione tecnica della funzione giurisdizionale*, cit., 221.

<sup>31</sup> *Ibidem*.

<sup>32</sup> Come mostra il caso dell'Unione europea e sul quale si tornerà a breve.

<sup>33</sup> Così L. MINGARDO, *op. cit.*, 6 e E. LONGO, *Giustizia digitale e Costituzione. Riflessioni sulla trasformazione tecnica della funzione giurisdizionale*, cit., 217.

<sup>34</sup> Cfr. L. MINGARDO, *Amministrare la giustizia online: luci e ombre della diffusione globale delle ODR*, cit., 5 s.; cfr. O. RABINOVICH-EINY – E. KATSH, *The New New Courts*, in *American University Law Review*, n. 1/2017, 187. Sul punto si veda G. LISELLA, *Corti digitali e giustizia civile progressiva*, cit., 273, il quale evidenzia che «*nomina sunt consequentia rerum*: è significativo che le ODR non siano infatti “alternative”, ma riguardino tutti i tipi di “*dispute resolution*”»

ganti», e quindi dalla connotazione privatistica, quale conseguenza dell’inserimento in una cornice di natura pubblica<sup>35</sup>.

Con riferimento all’ordinamento dell’Unione europea è possibile richiamare alcuni esempi, che ben consentono di percepire l’impatto delle ODR nell’ambito di un contesto – come quello europeo – caratterizzato da una particolare attenzione verso il “fattore tecnologico”<sup>36</sup>.

Innanzitutto, si può far riferimento alle previsioni contenute nel regolamento (UE) n. 524/2013, attraverso cui è stata introdotta una piattaforma ODR al fine di incentivare il ricorso al commercio elettronico, rafforzando contestualmente la tutela dei consumatori. Più nello specifico, l’Unione europea si è dotata di un programma *online*, a cui è possibile accedere tramite un sito Internet, per la risoluzione extragiudiziale di tutte le controversie che hanno origine nel commercio in rete. Invero, l’utilizzo di Internet in questo ordinamento è concepito tanto come uno strumento per agevolare lo scambio di informazioni e l’implementazione del mercato, quanto per facilitare la risoluzione delle contese di stampo giuridico<sup>37</sup>.

Venendo poi a previsioni normative di più recente adozione, non è possibile negare che uno stimolo al ricorso alle ADR e alle ODR potrebbe venire dall’applicazione della procedura di reclamo di cui agli artt. 16 ss. del *Digital Services Act* (Reg. (UE) n. 2065/2022) e segnatamente dall’art. 21, che prevede il ricorso a strumenti certificati di risoluzione stragiudiziale delle controversie tra le grandi piattaforme digitali (VLOP e VLOSE) e i loro utenti. Ad ogni modo, il carattere non cogente di tale procedimento per la risoluzione della disputa, alternativo rispetto al ricorso al giudice, rischia di trasformare in un “tiger paper” la previsione dell’art. 21 DSA, nonché di far sì che essa venga percepita come ineffettiva da parte dei cittadini<sup>38</sup>.

Della istituzionalizzazione delle ODR è stata data una duplice lettura: l’una dal carattere maggiormente astratto e “di prospettiva”; l’altra, invece, basata sullo stato attuale di sviluppo della tecnologia e di impiego di tali strumenti nell’ambito del sistema giustizia. A parere di chi scrive, si tratta di due posizioni che, seppur con un diverso taglio, risultano egualmente rimarchevoli e capaci di cogliere il segno, così da apparire complementari.

<sup>35</sup> L. MINGARDO, *op. cit.*, 5 s.

<sup>36</sup> Prendendo in prestito l’espressione di C. PINELLI, *Il fattore tecnologico e le sue conseguenze*, in *MediaLaws*, 17 dicembre 2012.

<sup>37</sup> Cfr. N. POSTERARO, *Dalle Alternative Dispute Resolution alle Online Dispute Resolution: modelli, vantaggi e rischi con uno sguardo rivolto all’Italia*, cit.; M. SERIO, *La risoluzione delle liti tra consumatori e professionisti oltre le corti ordinarie: un fugace sguardo all’Europa (anche a quella vista fino al 23 giugno 2016)*, in *Giustizia insieme*, 6 ottobre 2020.

<sup>38</sup> Cfr. P. ORTOLANI, *If You Build It, They Will Come*, in *Verfassunblog*, 7 novembre 2022; A. DAVOLA – M. MONTI, *Disinformazione e Manipolazione del mercato: instabilità e disciplina dei mercati finanziari al tempo della rete*, in *federalismi.it*, n. 9/2023, 62 ss.

Secondo parte della dottrina, la trasformazione provocata dall'inserimento delle ODR nei circuiti istituzionali, di cui si è già detto, comporterebbe un mutamento del loro carattere alternativo, che non potrebbe più essere inteso come «un “altrove” rispetto alle istituzioni [e] alle sedi istituzionalmente deputate alla amministrazione della giustizia», bensì come una «*diversion*» in relazione alle ordinarie procedure di risoluzione delle controversie, accuratamente prescritte dai codici di rito e dirette all'applicazione del diritto di fonte statale. In questa prospettiva, la gestione degli strumenti alternativi – maggiormente liberi nelle forme e nelle regole da applicare – dovrebbe essere rimessa alle stesse istituzioni giudiziarie<sup>39</sup>.

Si assisterebbe, pertanto, ad una sorta «di fuga “dal diritto”, più che dai “tribunali”», che, però, non potrebbe essere intesa come una riproposizione, sotto diverse spoglie, dell'attitudine propria delle ADR tradizionali, in ragione del «carattere *disruptive*» della tecnologia digitale. In particolare, l'impatto dirompente delle ODR non sarebbe da riconnettere esclusivamente al livello del loro sviluppo tecnologico, bensì «al potere originariamente trasformativo della tecnica-tecnologia»: le ICT attribuirebbero alle ODR un carattere universale, non presente nelle ADR, «che le porta a prestarsi alle dinamiche della globalizzazione giuridica molto più delle loro antenate analogiche», le quali, invece, sono strettamente connesse alle specificità dell'ambiente giuridico (giudiziario e forense) in cui si sviluppano<sup>40</sup>.

Detto con altre parole, si assisterebbe ad una trasformazione della struttura del processo verso la «c.d. giustizia progressiva, [nella] quale è centrale il “non luogo” della piattaforma digitale, gestita da un'intelligenza artificiale»<sup>41</sup>.

Da ciò conseguirebbe anche la centralità della *lex informatica* – in pari misura *performativa* e *prescrittiva* – e la necessità di riflettere in merito alle *fonti* della sua regolazione. Come si avrà modo di vedere di seguito, questo è un punto essenziale ai fini del presente lavoro.

Se la posizione ora illustrata ha il pregio di scrutare gli sviluppi delle *Online Dispute Resolution*, in una prospettiva di ampio respiro, altra parte della dottrina ha messo in luce le attuali capacità di tali strumenti.

Nello specifico, oggi, si assisterebbe a un incremento nell'adozione di meccanismi in grado di realizzare processi automatizzati e di natura algorit-

<sup>39</sup> Cfr. L. MINGARDO, *Amministrare la giustizia online: luci e ombre della diffusione globale delle ODR*, cit., 8 s.

<sup>40</sup> *Ibidem*.

<sup>41</sup> G. LISELLA, *Corti digitali e giustizia civile progressiva*, cit., 270.

mica, così da rendere possibile il raggiungimento di soluzioni partecipate dagli utenti e a basso costo<sup>42</sup>.

L'attuale grado di sviluppo di queste tecnologie sembrerebbe costituire, quindi, solo un abbrivio rispetto ad un più elevato livello di autonomia delle ODR, connotato da un'integrazione massiva dell'intelligenza artificiale nelle procedure decisionali.

Tuttavia, come si può cogliere da quanto detto, nella maggior parte dei casi non si è di fronte a reti neurali e ad una tecnologia *blockchain* in grado di risolvere, in modo del tutto indipendente ed autonomo, una causa, bensì a dispositivi diretti a coadiuvare – in specifici frangenti – le parti e il terzo. Pertanto, permane una certa differenza tra le classiche ADR e le attuali ODR, quantomeno in termini di una loro non piena fungibilità: «[s]iamo (...) molto lontani da una sostituzione completa di attività che implicano proprio l'“umanità” e che non sono solo legate alla identificazione del problema giuridico, dei fatti e delle norme applicabili»<sup>43</sup>.

Insomma, si è ancora al cospetto di piattaforme digitali ove le parti possono “incontrarsi” e contrattare ovvero dirette a prestare un supporto materiale e legale<sup>44</sup>.

Ad ogni modo, entrambe le posizioni ora illustrate sono di particolare interesse, poiché fotografano un'inclinazione alla digitalizzazione di natura sempre più pervasiva, sebbene ancora *in nuce* o comunque limitata ad alcuni aspetti del procedimento decisionale.

### 3. Vantaggi e rischi per i diritti fondamentali dei cittadini

A questo punto è necessario soffermarsi sulle potenzialità e i rischi per i diritti fondamentali insiti nelle ODR, connessi principalmente dal fatto che se, da un lato, si facilita la risoluzione di controversie giuridiche, dall'altro, si *processano* informazioni personali e si assumono, in tutto o in parte, decisioni in grado di incidere nella sfera giuridica soggettiva dei singoli.

Innanzitutto, con riferimento ai vantaggi, si deve tener in conto che i meccanismi alternativi di risoluzione delle controversie di ultima generazione appaiono in grado di consentire il superamento della distanza fisica tra i contendenti, a costi particolarmente ridotti<sup>45</sup>, quandanche questi si trovino

<sup>42</sup> Cfr. E. LONGO, *op. cit.*, 222 s., il quale ben rileva che gli esempi spaziano dai sistemi che si limitano a supportare i singoli nell'esercizio dell'azione a quelli aiutano nei contatti con i mediatori, sino ad alcuni mezzi di ausilio per quest'ultimi.

<sup>43</sup> *Ibidem*.

<sup>44</sup> *Ibidem*. Sul punto si veda anche G. LISELLA, Corti digitali e giustizia civile progressiva, cit., 276, secondo cui si tratterebbe di *Instrumental ODR tool*, ossia di strumenti solo di supporto o, comunque, in posizione di alternatività rispetto alla giurisdizione ordinaria.

<sup>45</sup> Cfr. G. ROSS, *European Business and New European Legal Requirement*, in *International Journal on Online Dispute Resolution*, n. 1/2016, 136 s.

in continenti diversi, e di creare un canale di comunicazione tra le grandi compagnie tecnologiche multinazionali e i consumatori (come nel caso del rapporto tra Amazon e i suoi utenti). A ciò si deve aggiungere che tali *devices* permettono la partecipazione alla causa di soggetti dotati di specifiche professionalità, che altrimenti difficilmente potrebbero contribuire alla decisione<sup>46</sup>.

Allo stesso tempo, la distanza tra i contendenti sembrerebbe rendere possibile stemperare i toni e gli attriti, nonché attenuare l'eventuale *gap* economico tra i contendenti, sfruttando la c.d. *netocracy* (ossia quella situazione di filtro o anonimato derivante dalla interazione tramite Internet) e la comunicazione asincrona (propria di talune tipologie di ODR)<sup>47</sup>.

Si è già detto, poi, che – come le antesignane ADR – le ODR hanno un'indubitabile capacità deflattiva del contenzioso davanti ai tribunali.

Ad ogni modo, per il loro tramite si assiste ad un incremento del livello complessivo di “accesso alla giustizia” da parte dei cittadini/utenti, che spesso, a fronte dei costi eccessivi, rinunciano a far valere i propri diritti in cause di natura bagatellare mediante le azioni giudiziarie. Tale situazione risulta finanche amplificata con riferimento alle controversie nascenti da contratti *online*, ove spesso l'alternativa alle ODR è quella dell'assenza di ogni forma di tutela<sup>48</sup>. In sostanza, rispetto a talune fattispecie, si può constatare un *trade-off* tra giustizia resa dalle ODR e assenza totale di essa.

Se questi sono gli aspetti positivi del ricorso alle ODR nella composizione delle controversie, sussistono altresì taluni profili critici, insiti innanzitutto in quello che risulta essere il loro principale pregio, ossia la semplificazione della interazione tra le parti per mezzo di strumenti elettronici.

A ben vedere, infatti, l'assenza di forme processuali e dell'oralità – surrogate da appositi *format* – può dar luogo ad una descrizione semplicistica dei fatti di causa e dei diritti ad essi sottesi, che potrebbero invece emergere, nella loro pienezza e in tutte le loro sfumature, per mezzo di un confronto *vis-à-vis* o in dettagliate memorie difensive<sup>49</sup>. A tal riguardo, è stato ben sottolineato che – sebbene ci si trovi di fronte a vie d'accesso alla giustizia più immediate – «non è altrettanto vero che stare in giudizio senza l'ausilio di un avvocato rappresenti un miglioramento della tutela legale, specie quando non si hanno rudimentali conoscenze delle norme applicabili e delle strate-

<sup>46</sup> Cfr. P. SCHWARZENBACHER, *Online Arbitration: A European and US Perspective*, in *Bocconi Legal Papers*, n. 10/2018, 389 s.

<sup>47</sup> *Ibidem*.

<sup>48</sup> Cfr. S. PINI, *Le online dispute resolution*, in *diritto.it*, 13 febbraio 2020, par. 4; F. MANCINI, *Mercato, regola iuris e giurisdizione nazionale nel fenomeno delle ODR*, in E. MINERVINI (a cura di), *Le online dispute resolution*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2016, 32; S. POLIDORI, *ODR e giustizia del caso concreto*, in *Le Corti salernitane*, 2015, 63 ss.

<sup>49</sup> Sul punto si veda anche S. PINI, *Le online dispute resolution*, cit.

gie processuali»<sup>50</sup>. Insomma, ci si dovrebbe chiedere se la giustizia resa dalle ODR sia in grado di assicurare sufficientemente il diritto di difesa, tutelato a livello costituzionale (ai sensi dell'art. 24 Cost.).

Non a caso, è stato sostenuto che, poiché destinati ad essere incorporati nei sistemi giudiziari nazionali, divenendo un «passaggio fisso nel panorama della giustizia», i meccanismi di *online dispute resolution* richiedono un'attenta armonizzazione con le norme relative all'esercizio della professione di avvocato<sup>51</sup>, nonché, sembrerebbe doversi dire, con previsioni minime a garanzia della libera e completa espressione delle parti. Il che fa emergere un tema di non poco momento ai fini del presente lavoro, ossia quello del coordinamento delle fonti legali con le regole di natura tecnica, in quanto la garanzia dei diritti da parte delle istituzioni pubbliche sembrerebbe passare innanzitutto dalle *settings* delle piattaforme<sup>52</sup>.

Non meno problematiche sono le ODR di stampo del tutto privato, a cui i singoli possono liberamente ricorrere per la risoluzione delle loro controversie. Invero, gli apparati pubblici dovrebbero impedire o escludere la validità dell'accesso a tali servizi, laddove vengano in rilievo i diritti fondamentali della persona ovvero nel caso in cui la parte economicamente più forte abbia caldeggiato questa soluzione al fine di massimizzare i propri interessi. In tali ipotesi, infatti, si potrebbe creare un contrasto tra l'autonomia privata e i limiti ad essa derivanti dalla cornice costituzionale<sup>53</sup>.

Tutto ciò posto, probabilmente il tema più delicato, connesso all'utilizzo delle ODR, concerne l'impiego e la conservazione di un gran numero di dati personali e informazioni, che gli utenti devono fornire al fine di accedere al servizio o in quanto connessi ai fatti di causa. Insomma, se, da un lato, la di-

<sup>50</sup> E. LONGO, *Giustizia digitale e Costituzione. Riflessioni sulla trasformazione tecnica della funzione giurisdizionale*, cit., 224, il quale richiama il pensiero di D. SIMISHAW, *Ethical Issues in Robo-Lawyer: The Need for Guidance on Developing and Using Artificial Intelligence in the Practice of Law*, in *Hastings Law Journal*, n. 1/2018, 173 ss. il quale sostiene che «the legal profession must take a comprehensive approach to ensuring that AI is integrated responsibly and ethically into all forms of legal services» (p. 210).

<sup>51</sup> Cfr. E. LONGO, *op. cit.*, 224, il quale sostiene che è possibile sostenere la liceità di tali dispositivi solo se incorporati nei portali dei tribunali e l'accesso ad essi risulti limitato a soggetti esperti ed autorizzati. Laddove, invece, assumessero la forma di servizi liberamente acquistabili sul mercato, sembrerebbe delinearsi il rischio di un aggiramento delle regole sulla fornitura dei servizi legali e di deontologia professionale.

<sup>52</sup> Ad esempio, risulterà cruciale un *design* capace di affievolire il *digital divide* di taluni soggetti, privo di ostacoli tecnologici e in grado di supportare il cittadino nell'esercizio delle sue prerogative. Sul punto si veda anche A. GARAPON – J. LASSÈGUE, *La giustizia digitale. Determinismo tecnologico e libertà*, Il Mulino, Bologna, 2021, 155, che, proprio con riferimento alle ODR, sostengono che «[i]l quadro fornito dalla tecnica è sia di delimitazione esterna degli scambi sia di *design* interno. L'idea di *design* fonde il registro descrittivo con quello normativo, facendone una cosa sola».

<sup>53</sup> Come il principio di solidarietà, ex art. 2 Cost., e quindi di buona fede, nonché il divieto di contrasto con norme imperative, di cui all'art. 1418 c.c.

sponibilità di talune informazioni rappresenta il *core* del funzionamento delle ODR, dall'altro, non è possibile sottovalutare il rischio di una violazione della riservatezza e della privacy dei singoli<sup>54</sup>.

A tal proposito, nell'ordinamento dell'Unione europea talune guarentigie possono essere rinvenute nel reg. (UE) n. 2016/679 (GDPR) e segnatamente negli artt. 9 e 10, a garanzia del trattamento di particolari categorie di dati e di quelli relativi a condanne.

Inoltre, altrettanto delicato è il tema delle modalità di elaborazione, mediante l'intelligenza artificiale, dei dati a disposizione per giungere alla soluzione della controversia. È evidente come, in queste ipotesi, l'ODR vada ben oltre l'ordinaria assistenza fornita dalle tradizionali ADR, «poiché fornisce strumenti per la comunicazione ed è utilizzata per “generazione di idee, definizione di strategie e processo decisionale”», così surrogando o limitando l'intervento umano attraverso gli algoritmi, il *Machine Learning* e i *Big Data*<sup>55</sup>. Si pongono, quindi, i problemi ormai “classici” degli studi giuridici sull'utilizzo delle macchine nei processi decisionali, ossia quelli relativi alla equità, alla trasparenza dell'*iter* seguito e alla comprensibilità delle soluzioni individuate, nonché attinenti alla conformità di quest'ultime alla legge<sup>56</sup>.

Anche in questo caso il diritto europeo contempla una previsione che, almeno *prima facie*, sembrerebbe tutelare sufficientemente il diritto a non essere assoggettati ad una decisione interamente fondata sull'intelligenza artificiale: l'art. 22 GDPR prevede il c.d. principio di non esclusività del trattamento algoritmico (c.d. *human in the loop*), risultando sempre indispensabile un intervento umano, salvo che non ricorrano le ipotesi di deroga previste dal comma 2 dell'art. 22 GDPR, all'interno del quale – in ragione del loro carattere consensuale – si devono inquadrare le ODR.

Inoltre, «[i]l regolamento europeo non stabilisce quali attività possano svolgersi con i processi automatizzati di trattamento, ma si limita a individuare una tutela minima di tipo procedimentale della persona»<sup>57</sup>, attraverso una regola che – alla prova dei fatti – sconta un eccessivo grado di generalità,

<sup>54</sup> Cfr. S. PINI, *Le online dispute resolution*, cit.

<sup>55</sup> Cfr. E. LONGO, *La giustizia nell'era digitale, Relazione al Convegno “Il diritto costituzionale e le sfide dell'innovazione tecnologica”*, in *www.gruppodipisa.it*, 2021, 46 s.

<sup>56</sup> Sul punto si veda, *ex multis*, M. LUCIANI, *La decisione giudiziaria robotica*, in *Rivista AIC*, n. 3/2018; F. DONATI, *Intelligenza artificiale e giustizia*, in *Rivista AIC*, n. 1/2020; C. CASONATO, *Intelligenza artificiale e giustizia: potenzialità e rischi*, in *DPCE online*, n. 3/2020; A. SIMONCINI, *Il linguaggio dell'intelligenza artificiale e la tutela costituzionale dei diritti*, in *Rivista AIC*, n. 2/2023; E. BATTELLI, *Giustizia predittiva, decisione robotica e ruolo del giudice*, in *Giustizia civile*, n. 2/2020.

<sup>57</sup> C. PILIA, *L'intelligenza artificiale e la mediazione nei sistemi ADR/ODR*, in R. GIORGANO – A. PANZAROLA – A. POLICE – S. PREZIOSI – M. PROTO (a cura di), *Il diritto nell'era digitale*, Giuffrè, Milano, 2022, 862.

potendo risultare quindi ineffettiva e idonea a legittimare, in buona sostanza, forme di “collaborative IA”<sup>58</sup>.

In altre parole, l’art. 22 GDPR non consente di determinare aprioristicamente quali tipologie di ODR siano lecite e, anzi, instilla il dubbio che la distinzione tra *human based* e *machine based*<sup>59</sup> sia particolarmente effimera, in ragione dell’“effetto di cattura” esercitato dal fattore tecnologico su quello umano<sup>60</sup>.

Nel contesto europeo rileva altresì l’elaborazione di alcune norme etiche di comportamento, alle quali si dovrebbero attenere sia i soggetti pubblici che quelli privati, come la “Carta Etica europea sull’utilizzo dell’intelligenza artificiale nei sistemi giudiziari e negli ambiti connessi”, adottata dalla CEPEJ nel 2018 e imperniata su cinque principi *generalissimi*: 1. Il principio del rispetto dei diritti fondamentali; 2. Il principio di non discriminazione; 3. Il principio di qualità e sicurezza; 4. Il principio di trasparenza, imparzialità ed equità; 5. Il principio del “controllo da parte da parte dell’utilizzatore”<sup>61</sup>.

Più avanti si vedrà come, a fronte della laconicità degli atti ora richiamati, maggiori sicurezze in ordine alla disciplina delle ODR di più recente affermazione, caratterizzate quindi da un intenso apporto della tecnologia, potrebbe provenire dalla proposta di regolamento europeo nota come AI Act<sup>62</sup>, che utilizza «un registro normativo a geometria variabile, capace di adeguarsi alle diverse dimensioni del problema», tracciando un «un vero e proprio sistema di governo delle opzioni regolatorie, [per] allocare razionalmente le fonti di regolazione al fine di massimizzare la tutela dei diritti e delle libertà nei confronti di queste utilissime ma rischiose nuove tecnologie»<sup>63</sup>.

A ciò si ricollega un ulteriore tema, di natura più generale: anche a causa dell’opacità e dell’effetto *black box* che le caratterizza, le ODR «minacciano di erodere l’elaborazione pubblica delle norme legali e la pubblicità delle attività processuali»<sup>64</sup>.

<sup>58</sup> Cfr. A. SIMONCINI, *Verso la regolamentazione dell’intelligenza artificiale. Dimensione e governo*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 2/2020, 415 ss.

<sup>59</sup> Sulla quale si veda *supra*.

<sup>60</sup> *Ibidem*.

<sup>61</sup> Cfr. C. PILIA, *L’intelligenza artificiale e la mediazione nei sistemi ADR/ODR*, cit., 862

<sup>62</sup> Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio “che stabilisce regole armonizzate sull’intelligenza artificiale (legge sull’intelligenza artificiale) e modifica alcuni atti legislativi dell’Unione”. Procedura n. 2021/0106 (COD)

<sup>63</sup> A. SIMONCINI, *Verso la regolamentazione dell’intelligenza artificiale. Dimensione e governo*, cit., 417.

<sup>64</sup> Cfr. E. LONGO, *Giustizia digitale e Costituzione. Riflessioni sulla trasformazione tecnica della funzione giurisdizionale*, cit., 225, il quale poi evidenzia altresì i potenziali vantaggi derivanti dalla raccolta dei dati attraverso questi sistemi, ossia un incremento complessivo della trasparenza relativa all’attività dei tribunali (usualmente molto basso). In particolare, «l’introduzione e proliferazione di ODR potrebbero capovolgere questo stato di cose migliorando l’attività dei tribunali, a con-



In sostanza, questi sistemi pongono il quesito dell'accettabilità di un diritto privo di una dimensione e di un'origine politica; di un diritto non solo "consensuale", bensì "capovolto"<sup>65</sup>, nel senso che il digitale è produttore delle regole (anche sue) che si riversano sulle posizioni e sull'esercizio delle azioni dei singoli, affievolendo (se non azzerando) così il carattere normativo e l'eteronomia propria delle fonti istituzionali.

Infatti, è stato osservato che nelle ODR di ultima generazione «gli scambi tra le parti non sono più regolati dalla procedura, come nel processo, né da un protocollo, come nelle ADR, ma sono strutturati da un programma informatico e da una configurazione dinamica delle possibili soluzioni». In questo modo, quanto affermato dai contendenti è individuato ed elaborato dall'intelligenza artificiale, che «identifica i problemi, li analizza secondo uno schema di *patterns matching*, identifica gli elementi in comune con altri casi trattati in precedenza, mostra i tassi di successo ottenuti e propone delle soluzioni». Pertanto, la tecnica è tanto struttura – *design* – quanto composizione dei rapporti tra i contenenti<sup>66</sup>: è la soluzione ancor prima che sorga la questione giuridica.

Infine, l'obiettivo primario delle ODR – cui è indirizzato l'intero impianto digitale – è conciliare le posizioni delle parti. Conseguentemente, da un lato, vi sono le ICT che creano nuove regole *solution oriented* e, dall'altro, i singoli, incoraggiati «a non pensare più in termini di diritti ma di interessi», secondo i canoni di un'ideologia tipicamente liberista e di quella che è stata definita «la giustizia sistemica»<sup>67</sup>.

#### 4. Auto-, etero- e co-regolazione

In ragione dell'inevitabile incidenza della tecnologia digitale sui diritti fondamentali, da qualche anno la dottrina, specie quella costituzionalistica e amministrativistica, si interroga sull'opportunità di regolare le attività socioeconomiche delle grandi piattaforme digitali (*an*) e sul come eventualmente intervenire (*quomodo*), ossia con quale tipologia di fonti<sup>68</sup>.

dizione però che la controllabilità persa nell'incorporamento delle regole all'interno del codice binario sia compensata da guadagni in termini di sistema generale e di fruibilità delle informazioni».

<sup>65</sup> Riprendendo il pensiero di A. IANNUZZI, *Il diritto capovolto. Regolazione a contenuto tecnico-scientifico e Costituzione*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018 (spec. 3 ss.).

<sup>66</sup> Cfr. A. GARAPON – J. LASSÈGUE, *La giustizia digitale. Determinismo tecnologico e libertà*, cit., 155 s. Cfr. O. RABINOVICH-EINY – E. KATSH, *The New New Courts*, cit., 181 ss.

<sup>67</sup> *Ivi*, 156 s., il quale specifica che «[c]i si orienta verso una giustizia di tipo sistemico quando l'operatore di giustizia non si basa più su una volontà politica, una legge giuridica, un'usanza o una tradizione, ma su un meccanismo tecnico che è neutro sotto il profilo morale. Il sistema tecnico prende effettivamente il posto dell'operatore di giustizia sotto forma di una quarta parte».

<sup>68</sup> Sulla necessità di una regolazione di stampo regionale/europeo si veda B. CARAVITA DI TORITO, *Principi costituzionali e intelligenza artificiale*, in ID., *Lecture di diritto costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2020, 63 ss.

Come constateremo a breve, le opzioni sul tappeto ripropongono – da un diverso angolo prospettico – la contrapposizione tra l’ideologia liberista, tipica dell’ordinamento nord-americano, e quella interventista/regolatrice, propria degli ordinamenti europei di *civil law*, che abbiamo visto connotare anche la nascita e lo sviluppo delle ADR e delle ODR.

In particolare, il dibattito, che in Italia è stato segnato da un numero della *Rivista trimestrale di diritto pubblico*<sup>69</sup>, ruota principalmente attorno all’alternativa tra l’“etero-normazione” di matrice pubblica e l’“auto-regolazione” di stampo privato<sup>70</sup>.

Queste due posizioni sono fortemente «influenzate dall’*humus* valoriale» in cui si sono sviluppate, ossia rispettivamente la cultura giuridica europea, favorevole ad un intervento tramite *hard law*, e quella statunitense, incline invece ad una *self-regulation* delle infrastrutture digitali. Infatti, nel costituzionalismo americano la «parola chiave» è «libertà», da intendere principalmente come «libertà di espressione», che affonda le sue *radici* nel primo emendamento della Costituzione del 1787; una libertà, quindi, innanzitutto dai pubblici poteri. È sotto la luce di questa «stella polare» che – sin dalle sue prime pronunce *in thema* – la Corte Suprema americana ha esaltato l’assetto, libero da condizionamenti esterni, della rete (non a caso descritta con la frase idiomatica *free market of ideas*)<sup>71</sup>.

Alla base di questa posizione vi è una fiducia cieca nell’anarchia del mercato e nella sua capacità di autoregolarsi per mezzo di codici di condotta privati ovvero prodotti dalle associazioni di categoria<sup>72</sup>. Si deve notare che in questa prospettiva, tra l’altro, l’eventuale tutela dei diritti fondamentali si inserisce nelle (e si piega alle) logiche proprie del mercato, del profitto, della pubblicità e della dimensione reputazionale dell’azienda.

Ad ogni modo, l’autoregolazione pone un problema più generale di *confusione* tra l’ordine pubblico e quello privato, perché attraverso la produzione di autonomi principi e regole, le piattaforme digitali “mimano” l’azione dei pubblici poteri, «ivi compreso un embrione di principio di divisione dei poteri», sebbene tutte le funzioni non siano disegnate e distribuite da un

<sup>69</sup> Il riferimento è al *Simposio sulla regolazione digitale nell’Unione europea*, apparso sul volume n. 4/2022 della *Rivista trimestrale di diritto pubblico*.

<sup>70</sup> Cfr. A. SIMONCINI, *La co-regolazione delle piattaforme digitali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 4/2022, 1031 ss.

<sup>71</sup> Cfr. O. POLLICINO, *I codici di condotta tra self-regulation e hard-regulation: esiste davvero una terza via per la regolazione digitale? Il caso della strategia europea contro la disinformazione online*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 4/2022, 1052 s., da cui sono tratti i virgolettati. Ad ogni modo, autorevole dottrina ha recentemente evidenziato come in tempi recenti si assista ad una tendenziale convergenza delle posizioni presenti sulle due sponde dell’Atlantico in ordine alla libertà di espressione in rete: M. MANETTI, *Regolare Internet*, in *Media Laws*, n. 2/2020, spec. 46 s.

<sup>72</sup> Cfr. O. POLLICINO, *op. cit.*, 1056 s.

patto costituente, bensì allocate ed esercitate sempre dalla medesima entità, la piattaforma, contemporaneamente legislatore, censore e giudice<sup>73</sup>. Il che potrebbe risultare anche accettabile, laddove si incida – come agli albori di Internet – su comunità molto piccole e su limitatissimi interessi degli utenti, ma oggi giorno i diritti fondamentali esercitati in e condizionati dalla rete sono molteplici, non elencabili in modo esaustivo e definitivo, così da potersi difficilmente tollerare che «alla crescente complessità dei problemi non rispon[d] un ordinamento, ma *più* ordinamenti, spontanei, spesso autoreferenziali e poco inclini ad una effettiva subordinazione alla legalità»<sup>74</sup>. Insomma, il rischio è quello di comprimere eccessivamente i diritti, creare disuguaglianze e rafforzare le posizioni di privilegio<sup>75</sup>, anche a vantaggio delle stesse infrastrutture digitali<sup>76</sup>.

A favore dell'autoregolazione deporrebbe invece la sua naturale flessibilità e la conseguente adattabilità rispetto all'evoluzione tecnologica, che consentirebbe di non frenarne lo sviluppo, a favore dell'intera società<sup>77</sup>.

Se, come si è appena detto, nel continente americano si esalta l'autonomia individuale, la pietra angolare del costituzionalismo europeo è la «dignità» della persona, nella sua complessità, così che i diversi diritti si devono limitare reciprocamente, con l'impossibilità di attribuire prevalenza

<sup>73</sup> Cfr. L. TORCHIA, *I poteri di vigilanza, controllo e sanzionatori nella regolazione europea della trasformazione digitale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 4/2022, 1104. Sul punto si veda anche A. IANNUZZI, *Le forme di produzione delle fonti a contenuto tecnico-scientifico nell'epoca del diritto transnazionale*, in *DPCE Online*, n. 3/2020, 3298, il quale evidenzia, riprendendo anche il pensiero di Simoncini, che il nuovo potere sovrano ha connotati principalmente tecnici; in particolare, le tecnologie informatiche avrebbero trasformato i principali rapporti di potere, imponendo la «struttura reticolare come forma fondamentale di organizzazione». Inoltre, poco dopo, l'A. sostiene che emblematico dell'affievolirsi della distinzione tra pubblico e privato sarebbe il «sistema a doppia elica della normazione tecnica».

<sup>74</sup> E. CREMONA, *I poteri privati nell'era digitale. Libertà costituzionali, regolazione del mercato, tutela dei diritti*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2022, 188 ss.

<sup>75</sup> Cfr. G. RESTA, *Governare l'innovazione tecnologica: decisioni algoritmiche, diritti digitali e principio di eguaglianza*, in *Politica del diritto*, n. 2/2019, 201.

<sup>76</sup> Cfr. A. SIMONCINI, *Sovranità e potere nell'era digitale*, in T.E. FROSINI – O. POLLICINO – A. APA – M. BASSINI (a cura di), *Diritti e libertà in Internet*, Le Monnier, Milano, 2017, 22.

<sup>77</sup> L. TORCHIA, *I poteri di vigilanza, controllo e sanzionatori nella regolazione europea della trasformazione digitale*, cit., 1103, la quale, poco prima, ben sottolinea come all'origine dell'autoregolazione vi fosse un «regime di esenzione [che aveva] prodotto una situazione di impunità, nella quale è presto divenuto evidente che la libertà della rete correva il rischio di trasformarsi, in realtà, nel potere esercitato fuori da ogni controllo da pochi soggetti di dimensioni sempre più grandi, la cui operatività, inoltre, era (e in effetti ancora oggi è) disancorata da confini nazionali o geografici». Allora, sottolinea l'A., l'autoregolazione è una reazione degli stessi privati ai primi tentativi regolatori delle corti e delle autorità amministrative indipendenti, al fine di dimostrare «l'inutilità di una regolazione pubblica». Sul punto si veda anche S. Rodotà, *Tecnologia e diritti*, Il Mulino, Bologna, 1995, 148 s., il quale evidenzia la necessità di non irrigidire troppo il quadro normativo, così da rendere più facile l'adattamento alle nuove tecnologie.

assiologica e interpretativa ad uno di essi<sup>78</sup>. Pertanto, nella prospettiva europea, il bilanciamento tra gli interessi costituzionalmente rilevanti non può essere delegato agli attori privati e richiede un'omogenea ed eteronoma disciplina dall'alto.

Ad ogni modo, la tradizionale impostazione degli ordinamenti europei in materia di regolazione delle libertà si distingue dal «modello dirigistico e basato sul capitalismo dello Stato»<sup>79</sup> che oggi si viene affermando nella Repubblica popolare cinese per il controllo delle ICT, poiché nelle costituzioni del vecchio continente, successive alla Seconda guerra mondiale, è il riconoscimento dei diritti che costituisce il *prius* logico degli ordinamenti, non risultando possibile affermare l'assoluta prevalenza degli interessi dello stato su quelli individuali<sup>80</sup>.

Tuttavia, anche la pretesa di una minuta regolazione da parte delle fonti statali – e in particolare da parte della legge – non appare pienamente auspicabile, poiché rischia di creare una disciplina a rapida obsolescenza, incapace di dare risposte ai nuovi problemi e diritti nascenti dalla tecnica. Infatti, nel campo della regolamentazione della tecnologia, una normativa sclerotizzata è condannata a dover abdicare al suo stesso fine, per effetto di una «sorta di *disruption* che ne sancisca il superamento» da parte di altri atti, più «sagomati» sugli oggetti da disciplinare<sup>81</sup>.

Alla luce di quanto rappresentato, ben si capisce perché negli ultimi anni sia emerso nell'ordinamento europeo un terzo modello, quello della «co-regolazione», ossia una «forma di regolazione “ibrida” o “collaborativa”», che presenta i pregi tanto dell'«autoregolazione», in termini di adattabilità al dato tecnologico e di garanzia del libero sviluppo del mercato, quanto dell'«eteroregolazione», in ordine alla tutela dei diritti fondamentali e

<sup>78</sup> Cfr. O. POLLICINO, *I codici di condotta tra self-regulation e hard-regulation: esiste davvero una terza via per la regolazione digitale? Il caso della strategia europea contro la disinformazione online*, cit., 1055, il quale – a sostegno della propria tesi – l'art. 10 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, laddove prevede dei limiti alla libertà di pensiero, nonché la previsione, agli artt. 17 CEDU e 54 CDFUE, dell'abuso del diritto.

<sup>79</sup> G. FINOCCHIARO, *La regolazione dell'intelligenza artificiale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 4/2022, 1091.

<sup>80</sup> Cfr. A. BALDASSARRE, *Diritti inviolabili*, in *Enciclopedia giuridica*, Roma, 1989, 1 ss. e F. MODUGNO, *I “nuovi diritti” nella giurisprudenza costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1996, 107, nonché G. DOSSETTI, *Atti dell'Assemblea Costituente*, I S.c., 10 settembre 1946, VI, 323 ss.

<sup>81</sup> Cfr. G. MOBILIO, *L'intelligenza artificiale e i rischi di una “disruption” della regolamentazione giuridica*, in *BioLaw Journal – Rivista di Biodiritto*, n. 2/2020, 404, il quale evidenzia la necessità di superare il solo ricorso alla “hard law”, «intesa come regolamentazione ispirata allo schema delle imposizioni assistite da sanzioni (“command and control”», che segue una traiettoria di pura eteronomia (“top down”). Sul punto si veda anche E. CREMONA, *I poteri privati nell'era digitale. Libertà costituzionali, regolazione del mercato, tutela dei diritti*, cit., 190, il quale inquadra il tema di cui si discorre nell'ormai nota crisi della legge (su cui rinvia a E. LONGO, *La legge precaria. Le trasformazioni della funzione legislativa nell'età dell'accelerazione*, Giappichelli, Torino, 2017).

all'omogeneità della disciplina che è in grado di assicurare<sup>82</sup>. Invero, è stato notato che, nell'attuale momento storico, l'Unione europea ambisce a porsi come *leader* mondiale nella elaborazione dei meccanismi normativi delle nuove tecnologie, attraverso una strategia improntata ad una contestuale tutela del mercato e dei valori europei<sup>83</sup>.

Ai fini di questo scritto rileva soprattutto sottolineare che il presupposto logico alla base della co-regolazione risiede nella constatazione che «la tecnologia digitale sia caratterizzata da un *mix* di tale complessità specialistica e rapidità evolutiva che in molti casi solo i destinatari stesse sono in possesso delle conoscenze necessarie a svolgere il compito normativo»<sup>84</sup>. Pertanto, l'equilibrio tra le diverse istanze di tutela viene individuato nella fissazione, a monte, di taluni principi e obiettivi generali da parte delle istituzioni pubbliche e nel coinvolgimento, a valle, degli operatori privati nella fase esecutiva-attuativa di quelle prescrizioni di ampia portata<sup>85</sup>. Nello specifico, hanno contribuito all'affermarsi di questa terza via<sup>86</sup> soprattutto i rischi connessi all'impiego dell'intelligenza artificiale, ai quali tanto gli strumenti di etero, quanto quelli di auto-regolazione non hanno saputo dare un'adequata risposta<sup>87</sup>.

Inoltre, la co-regolazione si fonda sull'effettività delle regole poste dalle grandi piattaforme digitali, che vantano una legittimazione *ex post* da parte degli utenti<sup>88</sup>.

In concreto, tale modello ha natura polimorfa, in quanto non identifica una sola ed esclusiva modalità di disciplina della tecnologia, potendosi ricondurre ad esso una pluralità di meccanismi regolatori<sup>89</sup> – che la Commissione europea ha qualificato come strumenti di *soft regulation* – accumulati

<sup>82</sup> Cfr. A. SIMONCINI, *La co-regolazione delle piattaforme digitali*, cit., 1031 s.

<sup>83</sup> G. FINOCCHIARO, *La regolazione dell'intelligenza artificiale*, cit., 1091, la quale evidenzia come l'ordinamento dell'Unione abbia già svolto ricoperto questa posizione avanguardistica nella tutela dei diritti di nuova generazione con l'adozione del Regolamento generale sulla protezione dei dati personali (c.d. GDPR), a cui è ispirata la *Personal Information Protection Law* cinese.

<sup>84</sup> Ancora A. SIMONCINI, *La co-regolazione delle piattaforme digitali*, cit., 1032.

<sup>85</sup> *Ibidem*.

<sup>86</sup> L'espressione è di O. POLLICINO, *I codici di condotta tra self-regulation e hard-regulation: esiste davvero una terza via per la regolazione digitale? Il caso della strategia europea contro la disinformazione online*, cit., 1051 ss.

<sup>87</sup> Cfr. L. TORCHIA, *I poteri di vigilanza, controllo e sanzionatori nella regolazione europea della trasformazione digitale*, cit., 1105.

<sup>88</sup> Cfr. E. CREMONA, *I poteri privati nell'era digitale. Libertà costituzionali, regolazione del mercato, tutela dei diritti*, cit., 191.

<sup>89</sup> Cfr. E. CREMONA, *op. cit.*, 193, il quale riconduce a questo modello il potenziamento di *oversight* da parte dei soggetti pubblici (come nel caso delle *regulatory sandboxes*), la previsione di meccanismi partecipativi ai processi decisionali privati, la sussunzione legislativa di regole private e i meccanismi di delega ai privati, per il tramite di codici di condotta e di autodisciplina.

dalla necessaria collaborazione delle istituzioni pubbliche e dei soggetti privati<sup>90</sup>.

Nell'ambito di questa «*governance* o normazione alternativa»<sup>91</sup>, una variabile di non poco momento è costituita dall'intervento dei pubblici poteri, che può modularsi diversamente in ordine al momento, alla natura e all'intensità dell'azione compiuta<sup>92</sup>. Ai nostri fini rileva soprattutto porre in luce che in questa forma di normazione caleidoscopica il ruolo delle autorità non è limitato alla determinazione della cornice legale di riferimento, tramite atti di *hard law*, ma diretto altresì ad intervenire *ex post*, mediante l'esercizio di azioni di promozione, controllo, pubblicità e finanche di recepimento nella normativa legale degli atti di *soft-law*<sup>93</sup>.

Attraverso quest'intervento *a posteriori* i pubblici poteri garantiscono il rispetto dei diritti fondamentali, *tentando* di superare la «“costituzionalizzazione debole” del diritto privato della tecnologia», diretta esclusivamente all'integrazione del mercato<sup>94</sup>.

Sebbene non si debba ritenere che il modello di cui si discorre si sia venuto affermando nell'ordinamento dell'Unione europea solo in tempi recenti<sup>95</sup>, attualmente assume una notevole importanza<sup>96</sup>, connotando i quattro pilastri normativi su cui si regge la costituzione di un unico mercato digitale europeo<sup>97</sup>.

<sup>90</sup> Cfr. A. SIMONCINI, *La co-regolazione delle piattaforme digitali*, cit., 1034 s., il quale richiama le definizioni contenute nel *Better Regulation Toolbox* della Commissione europea, predisposto nel novembre 2021.

<sup>91</sup> M.E. BARTOLONI, *La regolazione privata nel sistema costituzionale dell'Unione europea. Riflessioni sulla disciplina relativa al settore dell'innovazione*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2021, 1332, la quale riprende la definizione contenuta in L. SENDEN, E. KICA, M. HIEMSTRA, K. KLINGER, *Mapping Self- and Co-regulation Approaches in the EU Context. Explorative Study for the European Commission*, DG Connect, Utrecht, March 2015.

<sup>92</sup> Sul punto si veda sempre M.E. BARTOLONI, *La regolazione privata nel sistema costituzionale dell'Unione europea. Riflessioni sulla disciplina relativa al settore dell'innovazione*, cit., 1348 s.

<sup>93</sup> Cfr. A. SIMONCINI, *La co-regolazione delle piattaforme digitali*, cit., 1036.

<sup>94</sup> Cfr. E. CREMONA, *I poteri privati nell'era digitale. Libertà costituzionali, regolazione del mercato, tutela dei diritti*, cit., 197.

<sup>95</sup> Cfr., *amplius*, F. CAFAGGI, *La responsabilità dei regolatori privati. Tra mercati finanziari e servizi professionali*, in *Mercato Concorrenza Regole*, n. 1/2006, 9 ss.; ID., *Un diritto privato europeo della regolazione? Coordinamento tra pubblico e privato nei modelli regolativi*, in *Politica del diritto*, n. 2/2004, 205 ss.; M.E. BARTOLONI, *La regolazione privata nel sistema costituzionale dell'Unione europea. Riflessioni sulla disciplina relativa al settore dell'innovazione*, cit., 1333 ss.

<sup>96</sup> Sulla quale, però, si esprime scetticamente B. CAROTTI, *La politica europea sul digitale: ancora molto rumore*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 4/2022, 997 ss. Si esprime in un senso diverso F. DONATI, *Verso una nuova regolazione delle piattaforme digitali*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, n. 2/2021, 238 ss.

<sup>97</sup> Cfr. G. FINOCCHIARO, *La regolazione dell'intelligenza artificiale*, cit., 1090 s., la quale fa riferimento alla c.d. data governance, che ricomprende il regolamento (UE) n. 2016/679, il *Data Act* e il *Data Governance Act*; la disciplina dei servizi digitali che si compone del *Digital Services Act* e del

In questo contesto, la co-regolazione si declina in plurime forme diverse: ad un estremo, si trova il sistema della *data protection*, caratterizzato da un deciso intervento delle istituzioni pubbliche, e segnatamente delle autorità amministrative indipendenti, nell'approvazione dei codici di condotta di matrice privata; all'altro estremo, invece, si colloca il sistema dell'AI Act, in cui i privati possono adottare codici di condotta in attuazione dei principi generali definiti dalla legislazione, anche in ambiti in cui non è prevista una disciplina vincolante. Nello specifico, l'architettura di quest'ultimo atto si articola su tre livelli di rischio: «pratiche» di IA vietate (art. 5 AI Act); sistemi di IA «ad alto rischio» (art. 6 AI Act); infine, sistemi di IA «non ad alto rischio» (art. 69 IA Act). A ciascuno di questi corrisponde un modello di normazione: se per i sistemi vietati e ad alto rischio è lo stesso regolamento europeo a dettare la disciplina, tramite un meccanismo di *hard law* a garanzia dei diritti fondamentali, ai sistemi di IA a basso rischio si applica invece un meccanismo di co-regolazione, in cui le previsioni normative del regolamento costituiscono un «orientamento», potendo intervenire le fonti private<sup>98</sup>.

In una posizione mediana, rispetto ai meccanismi di produzione del diritto della *data protection* e a quelli di disciplina dell'intelligenza artificiale, si trova il modello contenuto nel *Digital Services Act*, in cui la “regola” è costituita dalla libera adozione di codici di condotta, salvo che non sussistano rischi sistemici per i diritti fondamentali, la democrazia o la sicurezza. In queste ipotesi, la Commissione ha la possibilità di promuovere, in modo “rinforzato”, attraverso la determinazione dei contenuti, l'elaborazione di codici di condotta, a cui possono partecipare le grandi piattaforme interessate, e finanche di garantirne l'effettività<sup>99</sup>.

### 5. La co-regolazione della giustizia consensuale digitale

Alla luce di quanto sino ad ora detto, pare opportuno individuare il meccanismo regolatorio più adeguato per le piattaforme digitali che rendono servizi di ODR.

*Digital Markets Act*; la normativa in materia di identità digitale (regolamento e-IDAS); infine, la disciplina dell'intelligenza artificiale.

<sup>98</sup> Cfr. A. SIMONCINI, La co-regolazione delle piattaforme digitali, cit., 1044 ss., il quale evidenzia che il meccanismo della co-regolazione previsto dall'art. 69 AI Act prevede altresì un ruolo delle pubbliche autorità molto defilato, essendo prevista solo una funzione di promozione da parte della Commissione e degli Stati membri nell'adozione dei codici di condotta.

<sup>99</sup> *Ivi*, 1041 ss. (spec. 1047). In senso critico sul modello del *Digital Services Act*, in ordine alla regolazione della libertà di espressione in rete, si esprime R. NIRO, *Piattaforme digitali e libertà di espressione fra autoregolamentazione e coregolamentazione: note ricostruttive*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2021, spec. 1389 ss.

Si tratta di una necessità resa ancor più evidente dal fenomeno di incorporazione “*in Court*”, poiché – come si è già illustrato – tale tendenza fa emergere una funzione non solo complementare, bensì anche surrogatoria dei sistemi giudiziari, del processo e del diritto sostanziale, con inevitabili ricadute sui diritti individuali. La macchina assume infatti carattere performativo delle posizioni dei singoli.

Le opzioni regolatorie sul tappeto sono, anche in questo caso, delimitate da due approcci estremi antitetici: l’uno caratterizzato da un orientamento disciplinare minimalista, tramite fonti di *soft-law*; l’altro, invece, diretto ad imporre una disciplina dettagliata in previsioni legislative.

Si può innanzitutto richiamare il tentativo di elaborazione di un *acquis* globale sulle ODR, di cui emblematica è stata la stesura nel 2016 delle *Technical Notes on Online Dispute Resolution* da parte della *Commissione delle Nazioni Unite sul diritto del commercio internazionale* (UNCITRAL). Tali previsioni, oltre a rendere palese il carattere trasversale delle problematiche relative alle ODR nelle due sponde dell’Atlantico, individuano dei *principi minimi* a cui dovrebbero soggiacere i fornitori dei servizi<sup>100</sup>.

Seppur riferiti alla posizione del fruitore del servizio e dell’amministratore delle procedure, questi principi sono espressivi di un approccio regolatorio che potrebbe riguardare anche gli aspetti maggiormente tecnici della procedura, con una evidente devoluzione a favore delle infrastrutture digitali e, quindi, dell’autoregolazione.

All’opposto dell’impostazione ora richiamata sembrerebbe collocarsi, invece, il già citato AI Act. Invero, l’allegato III individua, al punto n. 8, tra i settori ad alto rischio quello relativo all’“Amministrazione della giustizia e processi democratici” e segnatamente i sistemi di IA deputati «ad assistere un’autorità giudiziaria nella ricerca e nell’interpretazione dei fatti e del diritto e nell’applicazione della legge a una serie concreta di fatti»<sup>101</sup>. Pertanto, sulla base di questa previsione, una disciplina di *hard law* dovrebbe riguardare esclusivamente le ipotesi di applicazione dell’IA *nel processo*, risultando quindi possibile modulare diversamente la normazione delle ODR.

<sup>100</sup> Si tratta dei principi di *fairness, transparency, due process* e *accountability*. Sul punto si veda soprattutto la tesi di dottorato di A.M. FELICETTI, *Verso la “giustizia delle piattaforme”*. Contributo allo studio della composizione extragiudiziale dei conflitti nei mercati digitali, 2023, disponibile in <http://amsdottorato.unibo.it/10837/>, 74 ss. (spec. 83 s.), la quale esprime comunque una posizione scettica sull’efficacia normativa di tale strumento. In ordine al carattere trasversale, rispetto agli ordinamenti di *civil law* e *common law*, del fenomeno delle ODR si veda L. MINGARDO, *Amministrare la giustizia online: luci e ombre della diffusione globale delle ODR*, cit., 7. Infine, si rinvia a S. SBORDONE, *L’UNCITRAL e l’edificazione di una Global ODR System*, in E. MINERVINI (a cura di), *La online dispute resolution*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2006, 53 ss.

<sup>101</sup> Sul tema si veda anche il contributo di T. BALDUZZI, *L’approccio europeo alla digitalizzazione della giustizia*, su questa *Rivista*.



In tal senso si esprimeva altresì la versione originaria del Considerando n. 40, che già escludeva dalla classificazione come “ad alto rischio” le attività di carattere puramente accessorio rispetto all’amministrazione della giustizia, come l’anonimizzazione e la pseudonimizzazione di decisioni, documenti o dati giudiziari, nonché la comunicazione tra il personale, i compiti amministrativi o l’assegnazione delle risorse.

Tuttavia, tale approccio è stato superato, in quanto la disciplina presenta attualmente un impianto onnicomprensivo, riferito altresì ai sistemi di ODR; a seguito della recente approvazione di alcuni emendamenti, il nuovo Considerando n. 40 espressamente qualifica come “ad alto rischio” anche i «sistemi di IA destinati a essere utilizzati dagli organismi di risoluzione alternativa delle controversie [quando] producono effetti giuridici per le parti». Si specifica, poi, in linea con le ormai consolidate posizioni della dottrina e della giurisprudenza, che «[l’]utilizzo di strumenti di intelligenza artificiale può fornire sostegno, ma non dovrebbe sostituire il potere decisionale dei giudici o l’indipendenza del potere giudiziario, in quanto il processo decisionale finale deve rimanere un’attività e una decisione a guida umana»<sup>102</sup>.

Dunque, se quest’ultimo inciso sembrerebbe diretto a positivizzare il principio *human in the loop* all’interno della disciplina europea sull’intelligenza artificiale, l’altra modifica, che assume qui principale rilievo, comporta l’impossibilità di disciplinare per mezzo della co-regolazione i sistemi di ODR.

Il Parlamento europeo, allora, sembrerebbe aver “preso sul serio” la potenziale lesione dei diritti – dalla difesa alla protezione dei dati – che vengono in rilievo nelle ODR, optando così per una regolamentazione globale del fenomeno tramite fonti di *hard law*.

Nonostante le pur condivisibili preoccupazioni del legislatore europeo, in ragione dei valori in gioco, questa scelta presenta dei profili di criticità, che attengono alla *materia* regolata, ove assunto rilievo le scelte di *setting* delle piattaforme.

Infatti, sottoponendo a critica l’alternativa tra “Code is Law”<sup>103</sup> e “Law is Code”<sup>104</sup>, attenta dottrina ha già messo in luce la necessità di optare per una

<sup>102</sup> Nel corpo del testo si riporta il testo del Considerando n. 40 contenuto nel *Draft Agreement* del 21 gennaio 2024. Ad ogni modo, già a seguito degli emendamenti del Parlamento europeo, introdotti il 14 giugno 2023, tale Considerando presentava una dizione volta ad includere tra i sistemi ad alto rischio le ODR, sebbene con un’espressione più stringata.

<sup>103</sup> Per cui l’unica possibilità di regolazione delle piattaforme online sarebbe costituita da un intervento normativo sul codice e sull’architettura del sistema informatico.

<sup>104</sup> Secondo cui il codice sarebbe dotato di una «efficacia coercitiva strutturale», tale per cui «sono i software che stabiliscono cosa può essere fatto e cosa non può essere fatto in un online setting, ormai molto più frequentemente e molto più efficacemente di quanto non accada all’interno del panorama giuridico tradizionale. Per quanto riguarda le ODR, basti pensare a come e quanto il

via mediana, rispetto all'auto- e all'etero-regolazione. Posto che concretamente l'architettura del mondo *online* dipende «da specifiche scelte degli operatori di piattaforma e degli ingegneri informatici» – costituendo, né più, né meno che per il diritto tradizionale, una *decisione politica* – si è sostenuta la necessità di combinare e bilanciare le diverse istanze sottese alla disciplina e al funzionamento delle ODR attraverso un «tecno-diritto», frutto della «co-regolazione»<sup>105</sup>.

Pertanto, una normativa del tutto “incorporata” nelle fonti legislative rischia di produrre un diritto non effettivo, incapace di regolare adeguatamente il reale (*rectius*: digitale) nel suo incessante divenire<sup>106</sup>.

Alla luce di queste considerazioni, allora, forse un'opzione di politica del diritto maggiormente efficace avrebbe potuto essere rinvenuta nel modello di co-regolazione contenuta nel *Digital Services Act*, ove – a fronte dell'esigenza di tutela dei diritti – le istituzioni partecipano alla determinazione di codici di condotta privati, garantendone anche il rispetto con penetranti poteri di controllo *ex post*.

A parere di chi scrive, infatti, solo così si sarebbero adeguatamente conciliati l'effettività dei diritti fondamentali, l'inevitabile attitudine autoregolatoria delle piattaforme e uno sviluppo sociale dei dispositivi di giustizia consensuale digitale.

*code* possa determinare il comportamento procedimentale delle parti e dell'eventuale terzo, fissandone facoltà e poteri». (L. MINGARDO, *Amministrare la giustizia online: luci e ombre della diffusione globale delle ODR*, cit., 10).

<sup>105</sup> L. MINGARDO, *Amministrare la giustizia online: luci e ombre della diffusione globale delle ODR*, cit., 10, la quale poi aggiunge che alla definizione delle regole dovrebbero partecipare giuristi, tecnici informatici e società civile, «parimenti chiamati a condividere (...) un ormai nuovo e inevitabile processo nomopoietico».

<sup>106</sup> Tale preoccupazione, più in generale, emerge anche dalle riflessioni di G. FINOCCHIARO, *La regolazione dell'intelligenza artificiale*, cit., 1096 ss., la quale innanzitutto evidenzia i rischi della regolamentazione *orizzontale* dell'AI Act, ossia che «le applicazioni di intelligenza artificiale, anche future, siano normate con la prospettiva dell'attuale presente e che quindi il sistema non sia sufficientemente dinamico per perseguire poi i successivi sviluppi dell'intelligenza artificiale». Inoltre, l'A. pone in rilievo l'adozione di un approccio di gestione del rischio «formale, oneroso e indifferenziato». Da quanto detto emergerebbe quindi una normativa connotata da un eccessivo grado di rigidità. Tra l'altro, ai nostri fini rileva la constatazione per cui i principi iscritti nel Regolamento sull'IA dovranno essere completati «dalle norme tecniche e dagli *standard*, che rivestiranno un'importanza fondamentale», con la conseguenza che la tutela dei diritti fondamentali delle persone risulterà strettamente connessa ad «una certificazione le cui regole tecniche saranno declinate da organismi di standardizzazione». Con riferimento a tale aspetto si esprime criticamente sul DSA G. DE MINICO, *Fundamental rights, European digital regulation and algorithmic challenge*, in *Astrid Rassegna*, n. 2/2021, 16.