

Amministrare la giustizia online: luci ed ombre della diffusione globale delle ODR

di Letizia Mingardo*

4 dicembre 2020

Sommario: 1. Dalle ADR alle ODR. – 2. Le ODR *in Courts*. – 3. L'osmosi tra modello europeo e statunitense. – 4. Le ODR come *disruptive legal technologies*.

1. Dalle ADR alle ODR

Sin dagli albori della civiltà occidentale moderna, il luogo deputato in via privilegiata alla composizione dei conflitti intersoggettivi è stato il processo giuridico, qui inteso come un procedimento formale, terminante con un giudizio reso da un soggetto istituzionale, che funga da terzo imparziale. Tuttavia, accanto al sistema autoritativo-giurisdizionale, tanto nell'ambito del diritto penale, quanto nell'ambito del diritto civile, si sono sempre conservati canali di pacificazione delle liti alternativi alla giustizia istituzionale, ora noti con l'acronimo riassuntivo di ADR (*Alternative Dispute Resolution*).

Rispondendo a istanze di una maggiore umanizzazione della giustizia e di una maggiore attenzione alle esigenze del caso specifico, le ADR sono proliferate soprattutto nel Nord America, a partire dagli anni Settanta del secolo scorso. Transazione, mediazione, conciliazione, arbitrato e negoziazione sono solo alcuni degli strumenti giuridici che oggi consentono, valorizzando l'autonomia e la volontà delle parti, di pervenire ad una soluzione stragiudiziale della controversia, abbattendo, così, costi e tempi della giustizia tradizionale. Caratteristiche tendenzialmente comuni a tali istituti, oltre alla alternatività rispetto al giudizio, sono: l'informalità delle procedure; la confidenzialità dei contenuti; la adattabilità ad esigenze e bisogni specifici delle parti; la volontarietà della loro attivazione¹.

* Docente di Metodologia e Informatica giuridica, Università degli Studi di Padova.

¹ Per un esame critico della storia e della cultura delle ADR in ambito penale, cfr. F. Reggio, *Giustizia dialogica. Luci e ombre della Restorative Justice*, FrancoAngeli, Milano 2010; H. Zehr, *Changing Lenses. A new Focus on Crime and Justice*, Herald Press, Scottsdale 1990; G. Mannozi, *La giustizia senza spada. Uno studio comparato su giustizia riparativa e mediazione penale*, Giuffrè, Milano 2003. Per una prima rassegna degli strumenti di ADR in ambito civile, cfr. L. Lupoli, *Manuale delle alternative*

La presenza di un terzo qualificato non è indefettibile, dato che esistono strumenti autonomi in cui non è necessaria la presenza di un terzo oltre alle parti (e, eventualmente, se previsto per legge, dei loro legali), come accade per la transazione o la negoziazione assistita. Per altri istituti, invece, come la mediazione, la presenza di un terzo (il mediatore, appunto) è un elemento costitutivo e immancabile². Scelto dalle parti in modo libero o entro liste predisposte, il terzo nelle ADR può svolgere varie funzioni, che, in un crescendo di potere decisionale, spaziano da quella di facilitatore del dialogo (come è nella mediazione facilitativa), fino a quella di vero e proprio decisore (come è nell'arbitrato, ADR tipicamente aggiudicativa), passando attraverso le figure intermedie della mediazione valutativa e della conciliazione³.

È inutile sottolineare come la digitalizzazione a cui è stata progressivamente sottoposta la società globale contemporanea non possa che manifestarsi anche nel campo della risoluzione delle controversie, in cui l'impiego della rete internet consente, *in primis*, di azzerare la distanza geografica fra gli individui ed abbattere ulteriormente costi e tempi di giustizia. È così che, nel panorama delle ADR, stanno assumendo sempre maggiore rilievo teorico, e crescente importanza pratica, le ODR (*Online Dispute Resolution*), che si servono dei mezzi della ICT (*Information and Communications Technology*), allo scopo specifico di comporre le liti 'out of Court'.

Nate negli USA e in Canada negli anni Novanta del secolo scorso, le ODR offrono ormai un variegato insieme di procedure *lato sensu* mediative e conciliative, con le quali prevenire o risolvere, per lo più in ambito civilistico, contrasti di diversa natura. I settori in cui operano le ODR spaziano, infatti, dai conflitti matrimoniali e familiari, alle controversie relative al commercio elettronico di beni e servizi, alle liti riguardanti la fornitura di servizi finanziari, bancari e assicurativi⁴.

Dal punto di vista dell'apporto tecnologico alla risoluzione delle dispute, si distinguono le *online* ADR, che sono ODR *human based*, in cui la tecnologia digitale

Dispute Resolution. Le ADR nella normativa italiana ed europea, Guida Editori, Napoli 2016; G. Così, G. Romualdi, *La mediazione dei conflitti. Teoria e pratica dei metodi ADR*, Giappichelli, Torino 2010; per un esame critico della storia e della cultura delle ADR civilistiche, cfr. F. Reggio, *Concordare la norma. Gli strumenti consensuali di soluzione della controversia in ambito civile: una prospettiva filosofico-metodologica*, Cleup, Padova 2017.

² F. Reggio, *Concordare la norma*, cit., p. 35.

³ *Ivi*, pp. 36-37.

⁴ Cfr. E. Minervini (a cura di), *Le online dispute resolution (ODR)*, ESI, Napoli 2016; A. Wahab, E. Katsh, D. Rainey (eds by), *Online Dispute Resolution. Theory and Practice. A Treatise on Technology and Dispute Resolution*, Eleven International Publishing, The Hague 2011; F.F. Wang, *Online Dispute Resolution. Technology, management and legal practice from an international perspective*, Chandon Publishing, Oxford 2009; G. Peruginelli, *Le Online Dispute Resolution: un'evoluzione delle Alternative Dispute Resolution*, in "Informatica e Diritto" 33/2007, pp. 477-498; A. Maggipinto (a cura di), *Sistemi alternativi di risoluzione delle controversie nella società dell'informazione. Internet per la gestione della conflittualità nel mercato virtuale*, Nyberg, Milano 2006; C. Camardi (a cura di), *Metodi on line di risoluzione delle controversie: arbitrato telematico e ODR. Atti Convegno, Venezia, 10 ottobre 2003*, Cedam, Padova 2006; N. Solovay, C.K. Reed, *The Internet and Dispute Resolution. Untangling the Web*, LawJournal Press, New York 2003; M.S. Donahay, *Current Developments in Online Dispute Resolution*, in "Journal of International Arbitration" 16/1999, pp. 115-130.

è di semplice supporto all'attività di risoluzione, dalle *cyber ADR*, che sono *ODR machine based*, in cui il ruolo dell'intelligenza umana è vicariato da sistemi esperti e/o di intelligenza artificiale⁵. Un esempio di ODR del primo tipo può essere considerata la piattaforma ODR dell'Unione Europa per le controversie di *e-commerce*, attivata sulla base della Direttiva sull'ADR per i consumatori del 2013, nonché del pedissequo Regolamento sull'ODR per i consumatori del 2013⁶. Un esempio di ODR del secondo tipo possono essere considerati quei *blind offer systems* che, pionieristicamente offerti da società statunitensi quali la NAM (National Arbitration and Mediation) o la CyberSettle, risolvono liti di carattere meramente pecuniario attraverso uno scambio di offerte e controfferte 'cieche' tra le parti⁷.

Nell'alveo di questa evoluzione dalla prima alla seconda generazione, va infine considerata l'emersione delle *smart ODR*, ODR di ultima generazione che sfruttano la tecnologia *blockchain* e gli *smarts contracts*, che hanno il pregio di garantire l'esecuzione automatica delle prestazioni dedotte in obbligazione⁸.

Quella che coinvolge questa varietà di strumenti di giustizia digitale 'alternativa' è una prassi in continua e rapidissima evoluzione. Conformemente alla mentalità di *Common Law* nella quale ha avuto origine, al pari di quanto accaduto per le ADR 'tradizionali', essa ha subito solo *a posteriori* un inquadramento teorico generale, da parte dei giuristi, e una attenzione regolatrice, da parte delle istituzioni.

⁵ Cfr. D. Carneiro [et al.], *Online dispute resolution: an artificial intelligence perspective*, in "Artificial Intelligence Review" 31/2014, pp. 211-240:214 ss; G. Peruginelli, *Le Online Dispute Resolution: un'evoluzione delle Alternative Dispute Resolution*, in "Informatica e Diritto", 33/2007, pp. 477-498:485 ss; G. Peruginelli, G. Chiti, *Artificial intelligence in alternative dispute resolution*, in *Proceedings of the workshop on the law of electronic agents-LEA 2002*, CIRSFID, Bologna 2002, pp. 97-104.

⁶ Direttiva 2013/11/UE del Parlamento europeo e Consiglio del 21 maggio 2013 sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori, che modifica il regolamento (CE) n. 2006/2004 e la direttiva 2009/22/CE; Regolamento (UE) n. 524/2013 del Parlamento europeo e Consiglio del 21 maggio 2013, relativo alla risoluzione delle controversie online dei consumatori, che modifica il regolamento (CE) n. 2006/2004 e la direttiva 2009/22/CE.

⁷ Il sistema ad 'offerta cieca' si attiva con una istanza del richiedente che viene compilata e inviata online. Se il 'convenuto', contattato dal provider del servizio, accetta, si avvia la procedura. Il software che presiede alla procedura prevede che, alternativamente, 'attore' e 'convenuto' si scambino offerte e controfferte monetarie, per un (breve e prefissato) periodo tempo. Offerte e controfferte sono cieche, nel senso che il loro ammontare è sconosciuto alle parti: ciascuna parte viene avvisata automaticamente, di volta in volta, ad esempio tramite e-mail, che l'altra ha fatto una nuova offerta migliorativa della precedente. Alla risoluzione si perviene se, nel tempo stabilito, la richiesta dell' 'attore' arriva a rientrare in una certa e prefissata percentuale dell'offerta del 'convenuto' (cfr. M.S. Donahey, *op. cit.*, p.116 ss; N. Solovay, C.K. Reed, *op. cit.*, pp. 2-48; A. Lisi, F. Bertoni, *Evoluzione elettronica del commercio e dei sistemi di ADR*, in A. Maggipinto (a cura di), *op. cit.*, pp. 39-73:66 ss.).

⁸ Cfr. R. Koulu, *Blockchains and Online Dispute Resolution: Smart Contracts as an Alternative to Enforcement*, in "SCRIPTed" 13/2016, pp. 40-69. P. Ortolani, *Self-Enforcing Online Dispute Resolution: Lessons from Bitcoin*, in "Oxford Journal of Legal Studies" 36/2016, pp. 595-629. Per una riflessione di carattere giusfilosofico su *smart contracts* e *blockchains*, viste come tecnologie funzionali alla estensione esponenziale delle automazioni decisionali, cfr. C. Sarra, *Il mondo-dato. Saggi su datificazione e diritto*, Cleup, Padova 2019, p. 97 ss.

2. Le ODR in Courts

È noto come i sistemi di amministrazione statale della giustizia siano da qualche tempo caratterizzati da una tensione verso la giustizia digitale che, peraltro, la pandemia da nuovo Coronavirus sta accelerando e intensificando ovunque⁹. In questo processo di trasformazione, non pochi tra i Paesi industrializzati sono ricorsi anche all'innesto delle ODR nei loro sistemi giudiziari, circoscrivendole per lo più a controversie di modesta entità.

In Europa, una fucina in tema di ODR è presente nel Regno Unito. Vale senz'altro la pena citare l'iniziale proposta di progressiva inclusione delle ODR nel *HM Courts & Tribunals Service* di Inghilterra e Galles, contenuta nel rapporto sulla risoluzione online delle controversie civili di modico valore, licenziato nel 2015 dall'*Advisory Group* sulle ODR del *Civil Justice Council*¹⁰. Essa contemplava la trasformazione del sistema di giustizia civile in una vera e propria *HM Online Court*, secondo una visione sposata un anno più tardi anche dal *Lord Justice Briggs* nella sua relazione finale sulla revisione della struttura dei tribunali civili¹¹. Da allora, non senza frizioni rispetto ai desideri dell'*ODR Advisory Group*, l'*HM Courts & Tribunals Service* si è impegnato in una ambiziosa riforma digitale, sia in campo civile che in campo penale, giunta ormai ad una fase di realizzazione avanzata¹².

Al di fuori del vecchio continente, l'innesto delle ODR nelle corti si può trovare a Singapore, in Australia, negli Stati Uniti d'America, in Canada. Qui, in particolare, si può citare il CRT (*Civil Resolution Tribunal*) in British Columbia, il primo ODR *Tribunal* del Paese, che amministra la giustizia in materia, ad esempio, di controversie condominiali, o di modesta entità, o derivanti da sinistri stradali. Strutturato all'interno del sistema giudiziario, esso consente ai cittadini l'accesso, sempre (24/7) e dovunque (anche tramite *app*), a brevi, efficienti ed economiche procedure alternative al processo, secondo una gamma che spazia da quelle meramente conciliative sino a quelle più propriamente aggiudicative¹³.

⁹ Di particolare interesse è l'iniziativa *Remote Courts Worldwide*, promossa ai tempi del Covid-19 da un partenariato che vede in prima linea la SCL (*Society for Computer and Law*), con il suo presidente, il noto professor Richard Susskind, esperto di *Legal Tech* a livello mondiale (cfr. R. Susskind, *Online Courts and the Future of Justice*, Oxford University Press, Oxford 2019). Essa si propone di supportare in tutte le Corti del mondo lo sviluppo di alternative tecnologiche, da remoto, alle udienze, promuovendo altresì la condivisione e implementazione delle migliori pratiche nella comunità globale (<https://remotecourts.org/>).

¹⁰ Civil Justice Council – Online Civil Resolution Advisory Group, *Online Dispute Resolution for Low Value Civil Claims*, February 2015, in <https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2015/02/Online-Dispute-Resolution-Final-Web-Version1.pdf>.

¹¹ Judiciary of England and Wales – Lord Justice Briggs, *Civil Courts Structure. Review: Final Report*, July 2016, in <https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2016/07/civil-courts-structure-review-final-report-jul-16-final-1.pdf>.

¹² <https://www.gov.uk/guidance/the-hmcts-reform-programme#our-reform-programme>.

¹³ <https://civilresolutionbc.ca/>.

Tale fenomeno di diffusione dei modelli di ODR nelle Corti, noto come '*ODR in Courts*', è da qualche anno specifico oggetto dell'attenzione della dottrina internazionale. Basti citare giornate di studio e confronto quali il *First International Forum on Online Courts*, tenutosi a Londra nel 2018, e la *15th ODR Conference*, tenutasi all'Aja nel 2016. Come emerso in tali occasioni, e sottolineato da insigni studiosi, le ODR si stanno ormai facendo "*complementary tool to traditional in-court schemes and state-run judicial systems*"¹⁴, in un numero crescente di Paesi.

Corti e Tribunali, trasformati in *online Courts* e *online Tribunals*, si fanno sedi di applicazione delle ODR, secondo una tendenza ormai avviata che non potrà che ricevere una ulteriore spinta acceleratrice dal 'salto nel digitale' imposto dalla pandemia da Sars-Cov-2 in corso¹⁵. Certo, l'ingresso di modelli di giustizia alternativa nei Tribunali non è, in sé, cosa nuova all'esperienza giuridica comparata, come dimostra la consolidata storia delle '*ADR in Courts*', soprattutto nei sistemi di *Common Law*. Tuttavia, il fenomeno delle '*ODR in Courts*' si presenta con un potenziale di rottura dei paradigmi giuridici tradizionali prima sconosciuto.

Ben più di dieci anni orsono, Ginevra Peruginelli già si chiedeva "se lo sviluppo online dell'ADR, ossia le ODR, ne [avrebbe stravolto] modalità, strumenti e obiettivi tanto da costringere chi opera nel settore a rivedere le procedure tradizionali e ad ipotizzare metodi che non siano più una mera trasposizione dell'esistente nel mondo del virtuale, ma rappresentino la creazione *ex novo* di strumenti appositamente studiati per venire incontro alle mutate esigenze"¹⁶.

Più recentemente, Carrie Menkel-Meadow, luminare nel campo delle ADR, ha similmente messo in dubbio, in seno alla 15ma Conferenza Internazionale sulle ODR, la riconducibilità delle ODR a cultura e ideali delle ADR¹⁷. In forza del potere trasformante della tecnologia, infatti, le ODR presentano delle qualità talmente peculiari da renderle via via sempre più irreversibilmente 'altro' rispetto ai tradizionali strumenti di risoluzione alternativa delle controversie¹⁸.

In particolare, la diffusione delle ODR nelle Corti risponde, dal punto di vista concettuale, a quel fenomeno di crescente istituzionalizzazione che sta interessando le ODR su scala globale, secondo il quale le autorità pubbliche regolamentano, finanziano, progettano, predispongono, attivano, gestiscono, e controllano mezzi e

¹⁴ N.W. Vermeys, K. Benyekhlef, *ODR and the Courts*, in A. Wahab, E. Katsh, D. Rainey, *op. cit.*, pp. 307-324:307.

¹⁵ Per una riflessione di ampio respiro sull'impatto della pandemia nel tessuto socio-culturale, cfr. F. Reggio, *La crisi del Coronavirus. Una sfida inattesa per l'essere umano e le società contemporanee. Considerazioni filosofico-giuridiche*, in "CALUMET" 2020, pp. 118-142.

¹⁶ G. Peruginelli, *Le Online Dispute Resolution*, cit., p. 498.

¹⁷ C. Menkel-Meadow, *Is ODR ADR? Reflections of an ADR Founder from 15th ODR Conference, the Hague, the Netherlands, 22-23 May 2016*, in "International Journal of Online Dispute Resolution" 3/2016, pp. 4-7.

¹⁸ Per un approfondimento sul carattere 'emergente' delle ODR rispetto alle ADR, cfr. L. Mingardo, *Online Dispute Resolution. Involutioni ed evoluzioni di telematica giuridica*, in P. Moro, C. Sarra (a cura di), *Tecnodiritto. Temi e problemi di informatica e robotica giuridica*, FrancoAngeli, Milano 2017, pp. 121-140.

strumenti di risoluzione alternativa delle liti. Tale istituzionalizzazione non può che portare le ODR sempre più lontano dagli ideali di riappropriazione della controversia da parte dei litiganti, e di fuga dalla risoluzione eteronomamente imposta dai pubblici poteri, che sono considerati fondanti da buona parte della cultura ADR.

3. L'osmosi tra modello europeo e statunitense

Secondo Luigi Cominelli, l'idea di ODR regolamentate, che muovono da iniziative istituzionali e che vanno a integrare gli strumenti di tutela già previsti dall'ordinamento, è tipica del modello europeo continentale, più sensibile a istanze collettivistiche di tutela delle categorie deboli, tra cui vengono contemplati, *in primis*, i consumatori¹⁹.

In questa ottica, i pubblici interventi di regolamentazione sono percepiti come indispensabili per garantire indipendenza, imparzialità ed equità ai servizi di ODR, in modo da proteggere i consumatori, da un lato, e stimolare la loro fiducia verso il mercato elettronico, dall'altro. La piattaforma ODR della Unione Europea per le controversie di *e-commerce* nel mercato unico europeo ne costituisce un lampante esempio²⁰.

Al contrario, gli ordinamenti che seguono il diverso modello statunitense manterrebbero una concezione più imprenditoriale delle ODR, basata sull'iniziativa privata e guidata dall'intento di favorire lo sviluppo e la crescita economica²¹. Secondo tale visione, sorretta da una antropologia pragmatico-utilitarista, e incoraggiata dall'ideale individualistico del *right to pursuit of happiness*, l'intervento pubblico viene concepito di ostacolo alla spontanea generazione delle soluzioni migliori all'interno della prassi sociale, giuridica e commerciale²².

¹⁹ L. Cominelli, *L'Online Dispute Resolution nel mondo: modelli a confronto*, in A. Maggipinto (a cura di), *op. cit.*, pp. 77-100: 99.

²⁰ Conformi a questa idea cyberpaternalistica sono quelle proposte affioranti nel dibattito internazionale sulle ODR che chiedono, ad esempio, di rendere obbligatorio, in taluni casi, il ricorso alle ODR (per una valutazione critica delle quali cfr. E. Minervini, *ODR e tentativo obbligatorio di mediazione*, in E. Minervini (a cura di), *Le online dispute resolution (ODR)*, cit., pp. 45-52) o di istituire delle *clearing houses*, organismi istituzionali che, oltre ad accreditare gli ODR provider secondo i requisiti di legge, informino, indirizzino e assistano gli utenti nei primi contatti con il fornitore (cfr. T. Schultz, *An Essay on the Role of Government for ODR. Theoretical Considerations about the Future of ODR*, in *Proceedings of the UNECE Forum on ODR 2003*, Geneva 2003, p. 8)

²¹ L. Cominelli, *op. cit.*, p. 100.

²² Conformi a questa idea sono quelle opinioni, affioranti nel dibattito internazionale sulle ODR, secondo cui non vi è bisogno di una specifica regolamentazione, perché sono le esigenze del mercato a selezionare le tipologie di ODR più o meno efficaci, determinandone lo sviluppo o l'abbandono. Ad esempio, si leggano le parole di Donahey su ODR e commercio elettronico: "*Electronic commerce requires new models, and those models are currently evolving. Like electronic commerce, these models will be 'international' or 'anational' in nature. And like the governance of the Internet itself, they offer private, rather than sovereign, solutions*" (M.S. Donahey, *op.cit.*, p. 130). Similmente si esprimono Al Swelmiyeen e Al-Nuemat, in tema di arbitrato *online* e *social network*: "*There are several benefits of using e-arbitration instead of legal cases. When the courts cannot intervene in internet activities, this*

La pur fondata distinzione fra il modello di ODR europeo continentale e quello anglo-americano, particolarmente preziosa laddove consente di individuare i presupposti culturali di certe prassi, è destinata, però, a ridimensionarsi, se messa a confronto con le più recenti dinamiche ordinamentali a livello globale. Da più parti, infatti, si sottolinea come, nel mondo globalizzato della società dell'informazione, con l'espandersi del diritto giudiziario e della *soft law* (nelle sue determinazioni anche in termini di *lex mercatoria* e di *lex informatica*, come si vedrà), da una parte, e il moltiplicarsi di strutture e meccanismi sovranazionali di raccordo fra Stati, dall'altra, i sistemi di *Common* e di *Civil Law* si stiano progressivamente uniformando, secondo un processo che si potrebbe definire 'osmotico'²³.

Con riguardo proprio all'*e-commerce*, si pensi al ruolo che, nella elaborazione di un *acquis* globale sulle ODR, può giocare un documento di *soft law* come quello contemplante le *Technical Notes on Online Dispute Resolution*, elaborato nel 2016 dall'UNCITRAL (*United Nations Commission on International Trade Law*)²⁴. Tali *Note Tecniche* ambiscono ad aiutare non solo gli Stati, ma tutti gli ODR *providers*, pubblici o privati che siano, ad implementare sistemi ODR accessibili ad acquirenti e venditori in Paesi a tutti i livelli di sviluppo economico, stabilendo una visione uniforme di principi, fasi, scopi, lingua e *governance* delle ODR nell'*e-commerce*. È interessante notare come, a tutela dei diritti dei consumatori, vengano proposti quali caratteri irrinunciabili dei procedimenti di ODR "*fairness, transparency, due process and accountability*"²⁵.

D'altra parte, la progressiva penetrazione delle ODR nelle istituzioni si può riscontrare anche proprio nel fenomeno delle '*ODR in Courts*', che vede le pubbliche autorità intercettare le potenzialità delle ODR, per inserirle nell'ambito di più ampi processi di digitalizzazione dell'amministrazione della giustizia, in un numero via via

allows the internet to grow and used at its full capacity. The internet world is constantly evolving. E-arbitration is needed to control the issues related to this evolution such as defamation and e-commerce problems. The social network providers should be in charge of all the activities and should implement their authority. If this is done properly more users will be attracted towards social networking websites and their popularity will also increase. Implemented to enforce the e-arbitration awards, consequently, the implement of arbitration in resolving social network disputes can achieve success" (I. Al Swelmiyeen, A. Al-Nuemat, *Disputes Resolution in "Cyber-State". To Duelo or to Arbitrate*, in "European Business and Law Review" 24/2013, pp. 661-678:678).

²³ Cfr. A. Carrino, *Il problema della sovranità nell'età della globalizzazione. Da Kelsen allo stato-mercato*, Rubettino, Soveria Mannelli 2014; C. Sarra, *Diritto e Ordine. Riflessioni sul sistema delle fonti del diritto e sulla sua crisi*, Cleup, Padova 2012; C. Sarra, D. Velo Dalbrenta (a cura di), *Res iudicata. Figure della positività giuridica nell'esperienza contemporanea*, Padova University Press, Padova 2013; P. Moro, C. Sarra (a cura di), *Positività e giurisprudenza. Teoria e prassi della formazione giudiziale del diritto*, FrancoAngeli, Milano 2012; P. Moro, C. Sarra (a cura di), *Tecnodiritto*, cit.

²⁴ Per un commento che sottolinea le aspirazioni globali del documento, cfr. F. Sbordone, *L'UNCITRAL e l'edificazione di un Global ODR System*, in E. Minervini (a cura di), *Le online dispute resolution (ODR)*, cit., pp. 53-73.

²⁵ UNICITRAL, *Technical Notes on ODR*, 2016, http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/odr/V1700382_English_Technical_Notes_on_ODR.pdf.

crescente di Paesi in tutto il mondo²⁶. Corti e tribunali, trasformati in *online/cyber Courts* o *online/cyber Tribunals*, quali il CRT canadese, diventano sedi di applicazione delle ODR, dalla cui nozione viene così espulsa l'alternatività al pubblico potere tipica del nocciolo duro della cultura ADR.

Difatti, l'alternatività non viene più concepita come il segno di un 'altrove' rispetto alle istituzioni, o meglio, rispetto alle sedi istituzionalmente deputate alla amministrazione della giustizia, ma come una *diversion* rispetto alle procedure formali, al processo giuridico come strumento regolato da specifici plessi normativi di fonte statale (diritto processuale penale, civile, amministrativo, tributario ecc.). In questa ottica, nulla vieta che a gestire procedimenti 'alternativi', nel senso di informali e più flessibili, magari guidati da criteri decisionali di tipo equitativo, siano le istituzioni stesse, nella figura ... dei tribunali.

Questa sorta di fuga 'dal diritto', più che 'dai tribunali', è ben nota, per la verità, anche al mondo ADR²⁷, come si può riscontare nella esperienza delle '*ADR in Courts*' che caratterizza, seppure in misura diversa, tanto ordinamenti di *Common Law* che di *Civil Law*, come già sottolineato. Quest'ultima considerazione potrebbe essere invocata a contestazione del carattere innovativo delle ODR, sulla base dell'assunto che la tecnologia digitale vi rivestirebbe un ruolo meramente assistenziale o al massimo emulativo dei procedimenti di risoluzione in presenza, senza l'apporto di significativi cambiamenti rispetto a natura e dinamiche delle tradizionali ADR²⁸.

Una tale conclusione non potrebbe essere accolta. Il carattere *disruptive* delle ODR non è tanto (e solo) questione del loro grado di sviluppo tecnologico, ma si ricollega al potere originariamente trasformativo della tecnica-tecnologia²⁹. Di più, la pervasività e la capillarità connaturate alle ICTs dotano le ODR di un potenziale di diffusione globale sconosciuto alle ADR. Se queste ultime vivono in una dimensione fortemente contestuale, legate come sono alle specificità dell'ambiente giuridico,

²⁶ Cfr. D.Q. Anderson, *The convergence of ADR and ODR within the courts. The impact on access to justice*, in "Civil Justice Quarterly" 38/2019, pp. 126-143; N.W. Vermeys, K. Benyekhlef, *op. cit.*; Rabinovich-Einy, O. - Katsh, E., *Digital Justice. Technology and the Internet of Disputes*, Oxford University Press, New York 2017, p. 149 ss.

²⁷ Sulla vaghezza del concetto di 'alternatività' in seno alle ADR, variamente concepita come alternatività allo Stato, al processo, al diritto, cfr. F. Reggio, *Concordare la norma*, cit., p. 25 ss., nonché Id., *Giustizia dialogica*, cit., p. 80 ss.

²⁸ Così come, ad esempio, ritiene Schultz: "Cybercourts are simply court proceedings that use exclusively (or almost exclusively) electronic communication means. They should be, and often are, considered to be part of the ODR movement, for two reasons. First, because the ODR movement emerged because of the clash between the ubiquity of the Internet and the territoriality of traditional, offline dispute resolution mechanisms. The term ODR is thus opposed to offline dispute resolution mechanisms, not to courts. Online ADR is only one part of ODR. Second, courts do not only provide litigation. As I said before, there also is court-based mediation and non-binding arbitration" (T. Schultz, *op. cit.*, p. 5).

²⁹ La nozione di 'innovazione dirompente' (*disruptive innovation*) è stata introdotta nella teoria del *management* da Clayton Christensen negli anni Novanta, per descrivere il processo con cui un prodotto o in servizio si radica inizialmente in piccole applicazioni sul fondo del mercato, per poi scalarlo in maniera implacabile, eliminando definitivamente concorrenti consolidati (cfr. C.M. Christensen, M.E. Raynor, M. McDonald, *What is Disruptive Innovation?* in "Harvard Business Review" 2015, pp. 44-53).

sociale e culturale dove trovano applicazione, le ODR manifestano, invece, una vocazione 'universale', che le porta a prestarsi alle dinamiche della globalizzazione giuridica molto più delle loro antenate analogiche.

Ecco allora che quella fuga dal diritto, che pure le ADR possono incarnare, riveste per le ODR, su scala globale e in forza della digitalizzazione, i contorni dirompenti di una consegna nelle mani della *lex informatica*, come subito si approfondirà.

4. Le ODR come *disruptive legal technologies*

Le ODR sfidano la tenuta del diritto tradizionale sotto molti profili. Da un lato, mettono in discussione il diritto processuale, sia perché, laddove si pongono in alternativa secca al processo giuridico tradizionale, ne rimarkano le insufficienze e le criticità, sia perché, come avviene nel fenomeno delle *ODR in Courts*, ne stimolano la totale riforma³⁰. Dall'altro lato, chiamano a una riflessione per certi versi scandalosa lo stesso diritto sostanziale, dato che i criteri decisionali sulla base dei quali sono risolte le controversie *online* raramente sono tratti da plessi normativi giuridici. Le soluzioni si basano, per lo più, su principi equitativi, di natura para-giuridica o extra-giuridica, e/o possono poggiare, come accade nelle *online Community Courts*, anche sulla 'volontà generale' dei cd. *jurors*³¹.

Ancora più profondamente, le ODR costituiscono riprova della trasformazione radicale che il concetto stesso di diritto sta subendo nell'era digitale globale. Si tratta di un mutamento che è trasversale a tutti i rami del diritto che interagiscono con il cd. cyberspazio, e sul quale la dottrina giusfilosofica riflette dalla fine degli anni Novanta³².

Secondo un primo orientamento, là dove si vogliono regolamentare condotte che avvengono attraverso Internet (quali sono quelle di *provider* e utenti nell'ambito delle ODR), il potere autenticamente normativo è ormai detenuto dalla *lex informatica*, per la quale "*code is law*". Il *code*, ossia l'insieme dei protocolli informatici, del *software* dell'*hardware*, degli algoritmi e del codice binario con cui i programmatori strutturano e architettano la rete, risulta essere la prima fonte regolatrice del cyberspazio.

Così, la *lex informatica*, intesa come insieme delle regole imposte dalla tecnologia per i flussi informativi e per le reti di comunicazione, dà origine a un sistema normativo parallelo, concorrente e spesso sovrastante quello delle norme giuridiche³³.

³⁰ Basti pensare a come una delle domande da cui hanno preso le mosse i lavori della *15th ODR Conference*, tenutasi all'Aja nel 2016, sia stata: "*How can we reinvent the rules of procedure so ODR fits in?*" (<https://2016odr.wordpress.com/>).

³¹ Cfr. M. Poblet (eds by), *Mobile Technologies for Conflict Management. Online Dispute Resolution, Governance, Participation*, Springer, Heidelberg, New York, Dordrecht, London 2011.

³² Per una ricostruzione del dibattito sul punto, cfr. E. Maestri, *Lex informatica e soft law. Le architetture normative del cyberspazio*, in P. Moro, C. Sarra (a cura di), *Tecnodiritto*, cit., pp. 157-177.

³³ Cfr. J.R. Reidenberg, *Lex Informatica. The Formulation of Information Policy Rules through Technology*, in "Texas Law Review" 76/1998, pp. 552-593; L. Lessig, *Code and other laws of cyberspace*, Basic Books, New York 1999.

Ciò non significa che le fonti del diritto tradizionali siano impossibilitate a regolare il cyberspazio, ma che l'unico modo di conservare un reale potere normativo, ed una conseguente efficace giurisdizione, è quella di intervenire sul *code* e sull'architettura del sistema informatico.

Più recentemente, gli studiosi che analizzano l'espansione della *governance* cd. algoritmica preferiscono ridefinire il concetto attraverso l'espressione "*law is code*". Essa, infatti, è in grado di sottolineare non tanto l'efficacia normativa del *code* ("*code is law*"), quanto, in maniera più dirompente, l'ormai raggiunta equipollenza concettuale tra diritto e *code*, il quale si avvale, peraltro, di una efficacia coercitiva strutturale³⁴.

Il punto è che quando, come accade sempre più massicciamente, le interazioni sociali sono gestite da, o passano attraverso, *software* e piattaforme, si affida alla tecnologia il compito di far rispettare le regole. Le norme tecniche del *code* costringono alla osservanza e impediscono *de facto* la devianza meglio di qualunque norma giuridica tradizionale, eliminando la necessità dell'intervento pubblico coercitivo, riparatore e/o punitivo dopo la commissione del fatto illecito.

In definitiva, 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 paradigma giuridico tradizionale. Per quanto riguarda le ODR, basti pensare a come e quanto il *code* possa determinare il comportamento procedimentale delle parti e dell'eventuale terzo, fissandone facoltà e poteri.

Va da sé che l'architettura del cyberspazio e delle piattaforme *online*, comprese quelle di ODR, dipende da specifiche scelte degli operatori di piattaforma e dagli ingegneri informatici, che mirano a promuovere o scoraggiare certi comportamenti nel *web*. Come qualunque altro artefatto, il *code* non è neutrale, ma profondamente 'politico': esso ha indubbie implicazioni sociali, dal momento che può supportare certe strutture politiche o favorire certe condotte a discapito di altre³⁵.

Di fronte a questa consapevolezza, il dibattito dicotomico tra i fautori dell'espressione "*code is law*" e quelli dell'espressione "*law is code*" si ridimensiona. La diffusione delle ODR riesce forse a mostrare più di altri fenomeni digitali la parzialità e l'insufficienza di entrambi quegli approcci teoretici. L'intreccio delle istanze di riforma giuridica, sociali e istituzionali che hanno portato alla nascita delle ODR e stanno alimentando la loro avanzata si comprende meglio alla luce di quell'orientamento 'mediano' che, prese le mosse dal federalismo elettronico di Johnson e Post³⁶, vede nel cd. tecno-diritto l'auspicabile frutto di una co-regolazione:

³⁴ Cfr. S. Hassan, P. De Filippi, *The Expansion of Algorithmic Governance: From Code is Law to Law is Code*, in "Field Actions Science Reports [Online]" 17/2017, pp. 89-90; R.H. Weber, "*Rose is a rose is a rose is a rose*" – what about code and law?, in "Computer Law & Security Review" 34/2018, pp. 701-706.

³⁵ Cfr. L. Winner, *Do artifacts have politics?*, in "Daedalus" 109/1980, pp. 121-136.

³⁶ Cfr. D.R. Johnson, D. Post, *Law and Borders - the Rise of Law in Cyberspace*, in "Stanford Law Review" 48/1996, pp. 1367-1402.

giuristi, tecnici informatici e società civile sono parimenti chiamati a condividere, in forme inedite, un ormai nuovo e inevitabile processo nomopoietico³⁷.

Viste entro questo particolare quadro ricostruttivo, le ODR mostrano con particolare forza le loro potenzialità in termini di accesso alla giustizia e di amministrazione della stessa. Per alcuni tipi di controversie, infatti, come possono essere quelle di modico valore, le ODR costituiscono una vera opportunità, da coltivarsi, però, con adeguato spirito critico, nella consapevolezza delle loro possibilità e dei loro limiti, non solo giuridici.

³⁷ P. Moro, C. Sarra (a cura di), *Tecnodiritto*, cit.; P. Moro (a cura di), *Etica Informatica Diritto*, FrancoAngeli, Milano 2008.