



ALESSANDRA PANARIELLO

Se l’algoritmo non può decidere la lite, che almeno ne tenti la conciliazione: la proposta conciliativa ex art 185 bis c.p.c. formulata dall’intelligenza artificiale

Tra gli istituti che si fondano su di una progressione nell’attività di composizione della lite, l’art. 185 bis è quello che desta maggiori preoccupazioni. Evidente è il rischio che la decisione del giudice venga pregiudicata da dichiarazioni apprese e valutazioni fatte nella precedente fase di mediazione. In questa prospettiva le *Online Courts* si rivelano un valido modello da seguire: l’automatizzazione della proposta ex art. 185 bis c.p.c. consentirebbe di evitare un’indebita anticipazione del giudizio pur continuando a svolgere una funzione conciliativa all’interno del processo.

Among the institutes that are based on a progression in the activity of the composition of the lite, art. 185 bis is what causes the most concern. There is a clear risk that the judge’s decision will be prejudiced by learned statements and assessments made in the previous stage of mediation. In this perspective, the Online Courts are a valid model to follow: the automation of the proposal ex art. 185 bis c.p.c. would avoid undue anticipation of judgment while continuing to play a conciliatory role within the process.

Sommario: 1. Introduzione: l’impatto dell’intelligenza artificiale sul sistema-giustizia. – 2. L’IA integrata nel procedimento di risoluzione delle controversie: le *Online Courts*. – 3. Il caso emblematico del *Civil Resolution Tribunal*. – 4. I precedenti costituiti dalle clausole *med-arb* nel diritto internazionale. – 5. La conciliazione stragiudiziale: l’art. 412 c.p.c. – 6. La conciliazione giudiziale: l’art. 185 bis c.p.c. – 7. Prospettive future: affidare la formulazione della proposta conciliativa ex art. 185 bis all’IA.

1. Introduzione: l’impatto dell’intelligenza artificiale sul sistema-giustizia

“La scienza e la tecnologia si moltiplicano attorno a noi. A un punto tale che esse dettano il linguaggio col quale noi parliamo e pensiamo. O utilizziamo questi linguaggi o rimaniamo muti”. Così lo scrittore britannico James Graham Ballard commentava l’impatto che la tecnologia digitale ha avuto sulla collettività.

Quale elemento costitutivo della società umana, il diritto non è stato immune da tale progresso scientifico. In particolare, secondo parte della dottrina, il livello di permeazione della tecnologia nel sistema-giustizia può essere classificato in tre stadi progressivi: *Supportive Justice Technology*, *Replacement Justice Technology*, *Disruptive Justice Technology*¹.

Nella specie, con la prima formula si identifica il livello più elementare di influenza della tecnologia sul sistema-giustizia: quest’ultima svolge una funzione di assistenza e di supporto

¹ T. SOURDIN, *Judge v Robot? Artificial Intelligence and Judicial Decision-Making*, in *UNSW Law Journal*, 2018, vol. 41, p. 1114 ss.

ai soggetti coinvolti nel processo². Ad uno stadio successivo si colloca la tecnologia di sostituzione: cd. *Replacement Justice Technology*, con la cui espressione si suole identificare un impiego della tecnologia in un'ottica sostitutiva di alcune attività umane³.

Terzo ed ultimo livello è, invece, costituito dalla cd. "*Disruptive Justice Technology*". L'aggettivo "*disruptive*" evoca l'idea di una tecnologia sofisticata che impatta fortemente sul sistema-giustizia: l'intelligenza artificiale⁴ (d'ora in poi IA). Quest'ultima può cambiare non solo il modo in cui i giudici e gli operatori del diritto lavorano bensì può assumere anche un ruolo autonomo nella gestione e/o nella decisione della lite.

Ciononostante, l'influenza dell'IA nel sistema pubblico di giustizia è stata più lenta rispetto a quella nel settore privato. Ogni possibile giovamento che la tecnologia potesse apportare ai tribunali è stato inizialmente confinato al loro esterno con ciò sfruttando al minimo le potenzialità della tecnologia digitale. Ben presto, tuttavia, di pari passo con l'inarrestabile progresso scientifico, si è assistito ad un'implementazione della tecnologia a livello istituzionale.

In questa prospettiva si iscrive il fenomeno delle *Online Courts*, nuova generazione di tribunali in cui all'IA è affidata una funzione conciliativa volta ad evitare la fase avversariale e quindi a considerare la decisione umana come *extrema ratio*. Invero, la progressione da mediatore a giudice è schema ormai generale che si rinviene nell'ambito delle clausole *med-arb* nei contratti internazionali, nell'arbitrato del lavoro ex art. 412 c.p.c. e, ancora, nella conciliazione giudiziale ex art. 185 bis c.p.c.. In particolare, è proprio con riferimento a tale ultimo istituto che emergono le maggiori preoccupazioni: il rischio che l'identità tra chi concilia e chi decide pregiudichi i principi di imparzialità e di neutralità cui deve essere improntata la fase di decisione ai sensi dell'art. 111 Cost., è ancora più evidente nella conciliazione giudiziale. Dunque, l'obiettivo che ci si propone in questa sede è quello di analizzare l'istituto delle *Online Courts* al fine di riproporne l'applicazione dello schema nell'ordinamento giuridico italiano attraverso l'implementazione dell'IA nella struttura dell'art. 185 bis c.p.c.. I due istituti, seppur accomunati da una progressione di fasi, differiscono proprio per l'organo cui le stesse vengono affidate.

In primo luogo, si muoverà dallo studio delle *Online Courts* inquadrandole nel concetto di ODR da cui esse traggono origine; seguirà l'analisi dei precedenti costituiti dalle clausole *med-arb* e dall'art. 412 c.p.c.. Infine, si esamineranno la *ratio* e le problematiche della conciliazione giudiziale ex art. 185 bis c.p.c.

² Ciò mediante, ad esempio, la ricerca di precedenti favorevoli attraverso l'utilizzo di banche dati telematiche o siti *Web* che permettono alle parti di conoscere le attività del tribunale e di essere aggiornati sullo stato della loro lite.

³ Basti pensare all'utilizzo di *software* per la classificazione di documenti e la predisposizione automatica di atti ovvero alle notifiche telematiche.

⁴ È nota l'assenza di una definizione univoca e condivisa di "intelligenza". Si suole convenire che l'intelligenza si sostanzia nella capacità di svolgere determinate funzioni come la capacità di adattarsi all'ambiente, di comunicare, di apprendere dalla propria esperienza; tuttavia, manca l'accordo sulla caratterizzazione della supposta competenza unitaria, quale l'intelligenza, cui ineriscono le diverse abilità *supra* accennate. In particolare, di intelligenza artificiale si sono date nel tempo molte definizioni anche non coincidenti. Così, ci si è riferiti a «the science of making machines do things that would require intelligence if done by men» piuttosto che a un «cross-disciplinary approach to understanding, modeling, and replicating intelligence and cognitive processes by invoking various computational, mathematical, logical, mechanical, and even biological principles and devices». In ogni caso, sulla scia di Alan Turing, gli studiosi si sono trovati sostanzialmente concordi nell'indicare come costanti dell'IA, oltre al carattere interdisciplinare del relativo studio, la simulazione di pensiero, il ragionamento ed il comportamento umani, in modo da permettere, nella logica del *machine learning*, processi spontanei di comprensione, acquisizione e raccolta di informazioni anche dall'ambiente circostante e capacità di adattamento a situazioni impreviste. Cfr. J. COPELAND, *Artificial Intelligence: Philosophical Introduction*, New Jersey, 1993, p. 1 e K. FRANKISH, W.M. RAMSEY, *The Cambridge Handbook of Artificial Intelligence*, Cambridge, 2014, p. 7.

2. L'IA integrata nel procedimento di risoluzione delle controversie: le *Online Courts*

Il progetto delle *Online Courts* scaturisce dall'istituto delle *Online Dispute Resolution* (d'ora in poi ODR) con il quale si fa riferimento ad un ampio spettro dei modelli di integrazione delle tecnologie in tutti i sistemi di risoluzione delle liti, dalle ADR al processo⁵. In sintesi, le caratteristiche delle ODR sono: l'assenza di un'interazione "faccia a faccia" tra le parti ed il mediatore, che avviene invece *online* spesso in modo asincrono; l'automatica acquisizione e raccolta dei dati e delle informazioni relative alla controversia; l'impiego dell'intelligenza artificiale non più come mero strumento di comunicazione tra le parti ma vero e proprio elemento attivo nella gestione (e a volte nella decisione) della lite.

In particolare, in base al grado di autonomia che l'IA possiede nel meccanismo di risoluzione delle controversie può distinguersi tra *Instrumental ODR* e *Principal ODR*. Nella prima categoria, la tecnologia svolge il ruolo di "Quarta Parte" (*Fourth Party*), cioè si affianca alla terza parte costituita dal mediatore umano facilitando ed agevolando l'interazione tra i soggetti della lite; nella seconda, invece, la tecnologia svolge sia il ruolo di terza che di quarta parte assumendo funzioni sia di gestione della controversia che di decisione della stessa, sostituendo dunque, in tutto o in parte, il mediatore umano⁶. A tale distinzione se ne sovrappone un'altra, quella tra il cd. ODR *tool* e ODR *system*: nel primo la componente digitale è inserita nei tradizionali meccanismi di risoluzione della controversia e consente di svolgere attività in maniera semplificata⁷. Nel secondo si configura un vero e proprio sistema di giustizia digitalizzata come modello esclusivo per definire le liti all'interno di un determinato gruppo di soggetti⁸.

Sulla base di tali classificazioni, le *Online Courts* vengono di norma definite come *Instrumental ODR System*⁹. In esse, infatti, l'IA, seppur svolge un ruolo strumentale perché mira alla conciliazione delle parti e non assume una funzione autonoma decisionale¹⁰, è pienamente integrata nel sistema-giustizia. Più precisamente, la fase conciliativa condotta dall'IA è un passaggio necessario della progressione nell'attività di composizione della lite tipica delle *Online Courts*.

⁵ Con l'evoluzione tecnologica e, in particolare, lo sviluppo del commercio elettronico, l'esigenza è stata quella di dar vita ad uno strumento informale, duttile, economico e rapido tale da far fronte a nuove tipologie di controversie. Nell'acronimo ODR scompare, infatti, il termine "Alternative": manca il carattere proprio del fenomeno della degiurisdizionalizzazione. L'elemento innovativo di tali strumenti sta non nell'alternatività rispetto alla genesi statale dei meccanismi che consentono di comporre le liti bensì nella diversità del metodo, nei criteri in cui la lite viene risolta.

⁶ In altre parole, le *Instrumental ODR* costituiscono essenzialmente uno spazio virtuale per l'instaurazione del processo di risoluzione delle controversie: una piattaforma di comunicazione specializzata che permette di condurre il processo *online*. Le *Principal ODR* vanno, invece, al di là della comunicazione e dell'accesso all'informazione; esse svolgono un ruolo proattivo nella risoluzione della controversia. Tipicamente alimentati dall'intelligenza artificiale, tali sistemi automatizzano le capacità classiche di terze parti come quelle di identificare interessi e obiettivi, educare le parti sulle opzioni disponibili, individuare le regole applicabili e instradare i casi verso percorsi di risoluzione pertinenti.

⁷ In questo quadro si iscrive l'introduzione del processo civile telematico. Cfr. D.P.R., 13 febbraio 2001, n. 123 avente ad oggetto il "Regolamento recante disciplina sull'uso di strumenti informatici e telematici nel processo civile, nel processo amministrativo e nel processo dinanzi alle sezioni giurisdizionali della Corte dei conti".

⁸ Caso paradigmatico è costituito dalla piattaforma sviluppata da eBay per risolvere le controversie tra acquirenti e venditori: l'*eBay Resolution Center*. Qui, l'IA assume un ruolo autonomo sia nella gestione che nella decisione della lite quale *Principal ODR System*. La piattaforma, infatti, è completamente automatizzata e viene utilizzata per gestire e risolvere le controversie nate all'interno della stessa.

⁹ Per un'ampia disamina delle *Online Courts* cfr. A. J. SCHMITZ, *Expanding Access to Remedies through E-Court Initiatives*, in *Buff. L. Rev.*, 2009, vol. 67, p. 125 ss. e G. LISELLA, *Corti digitali e giustizia civile progressiva*, in *Giust. proc. civ.*, 2020, p. 269 ss.

¹⁰ Lo Stato, finanche nel panorama internazionale che per primo ha assistito ad una crescita esponenziale delle ODR, è ben lontano dall'affidare alla tecnologia di IA un ruolo autonomo decisionale.

Occorre preliminarmente notare che con l'espressione *Online Court* l'ordinamento inglese non intende riferirsi alla mera digitalizzazione della giustizia: l'aggettivo "online", infatti, non è necessariamente un sinonimo di "telematico". Quest'ultima rappresenta una delle vie percorribili da tale nuovo modello di corte ma nulla vieta il ricorso ad altre forme di contatto come, ad esempio, quello telefonico. Invero, la caratteristica innovativa dell'*Online Court* sta nell'immaginare un modello di tribunale, inserito nel sistema di giustizia civile tradizionale, in cui le parti controvertono, dall'inizio alla fine del procedimento, autonomamente, cioè senza avvocati¹¹. Come accennato, il modello dell'*Online Court* prevede un procedimento articolato in tre stadi progressivi.

Una prima fase è costituita da una procedura completamente automatizzata in cui alle parti viene fornita assistenza per l'individuazione e la comprensione delle questioni sottese alla controversia; inoltre, alle stesse viene richiesto di caricare *online* i documenti e le altre prove di cui il tribunale avrà bisogno ai fini della decisione.

La seconda fase implica, invece, la trattazione della lite da parte di un soggetto, non ancora il giudice, che è incaricato di avviare una fase di consultazione e conciliativa con le parti per telefono o telematicamente ma non in presenza fisica.

La terza ed ultima fase, infine, si apre qualora non si sia pervenuti ad una soluzione amichevole della lite e prevede l'intervento, con funzione decisoria, del giudice. Quest'ultimo deciderà sulla scorta delle prove precedentemente caricate; ciò anche mediante la fissazione di udienze da tenersi in modalità telematica via *computer, tablet o smartphone*¹².

È necessario evidenziare che il meccanismo sotteso alla prima fase del procedimento, dal punto di vista meramente processuale, è consentire l'emersione preventiva di tutti gli elementi in fatto e in diritto in luogo di quello che normalmente avviene mediante i cd. *Pre-action Protocols*¹³ compilati dagli avvocati. La seconda fase, invece, risponde allo scopo di introitare nel modello processuale un momento che, di norma, è solo eventuale o che, quando imposto, è deferito ad un organismo esterno al tribunale.

Dunque, nello schema processuale che si intende delineare, la fase decisoria tradizionale, che rappresenta il fulcro del processo civile, diverrebbe solo eventuale o, meglio, costituirebbe la fase cui ricorrere solo se le parti non siano già pervenuti ad una soluzione della lite.

3. Il caso emblematico del *Civil Resolution Tribunal*

In tale prospettiva si colloca l'istituzione in Canada del *Civil Resolution Tribunal*¹⁴. Costituito in seguito all'approvazione del *Civil Resolution Tribunal Act* [CRTA], il *Civil Resolution Tribunal* [CRT] è la prima *Online Court* del Canada e, attualmente, l'unica ODR nel mondo che è pienamente integrata nel sistema giudiziario. L'obiettivo era quello di offrire una risposta certa alle richieste dei consociati, fornendo loro un sistema di risoluzione delle liti più efficiente ma soprattutto proporzionato rispetto alle loro esigenze¹⁵. Il ruolo del CRT è, infatti,

¹¹ F. LOCATELLI, *Il giudice virtuoso. Alla ricerca dell'efficienza del processo civile*, Napoli, 2020, p. 165 ss.; A. SELA, *Streamlining Justice: How Online Courts Can Resolve the Challenges of Pro Se Litigation*, in *Cornell J.L. & Pub. Pol'y*, 2016, vol. 26, p. 331 ss.

¹² M. BRIGGS, *Civil Courts Structure Review: Interim Report*, 2015, in <https://www.judiciary.uk/wpcontent/uploads/2016/07/civil-courts-structure-review-final-report-jul-16-final-1.pdf>.

¹³ I *Pre-action Protocols* costituiscono una sorta di linee guida per favorire una soluzione conciliativa della lite in modo tale da evitare il contenzioso. Essi sono prodromici all'emersione ed alla selezione delle questioni effettivamente rilevanti ai fini della composizione della controversia.

¹⁴ Civil Resolution Tribunal and Strata Disputes, <http://www2.gov.bc.ca/gov/content/housing-tenancy/strata-housing/resolvingdisputes/the-civil-resolution-tribunal>.

¹⁵ Nel 2011 il Ministero della Giustizia della British Columbia aveva infatti iniziato ad esplorare l'uso dell'ODR in un contesto di giustizia pubblico. Nello stesso anno, la Consumer Protection BC, una società senza scopo di lucro per la protezione dei

quello di utilizzare strumenti di comunicazione elettronici per facilitare la composizione delle liti per consenso¹⁶, ove possibile, e per decisione, se necessario¹⁷.

Il procedimento è proporzionale in quanto, pur componendosi di quattro fasi obbligatorie, la potestà decisoria è esercitata solamente nell'ultima di queste. Nella specie, il processo si articola in questo modo: dopo un'iniziale fase di autodiagnosi della questione giuridica, vi è una negoziazione diretta tra le parti; segue una fase agevolata in cui le parti sono assistite per raggiungere un accordo¹⁸ e, nel caso in cui un compromesso non venga raggiunto, una fase di aggiudicazione in cui il giudice prende una decisione vincolante.

Secondo lo schema delineato dal CRT, le parti procedono in modo lineare ma proporzionato impiegando tempo, sforzo e denaro strettamente necessari per risolvere la controversia¹⁹.

In particolare, la prima fase del CRT si svolge attraverso una piattaforma chiamata "Solution Explorer"²⁰ mediante la quale, nell'ottica di creare opportunità per una rapida e anticipata risoluzione della lite, il sistema aiuta le parti ad autodiagnosticare il problema e ad avere una panoramica relativa alla questione controversa²¹. Sono previsti dei percorsi guidati per fornire informazioni legali di base che aiutano l'utente a comprendere meglio i termini della lite ed a scegliere consapevolmente se raggiungere un accordo o rinunciarvi²².

Se nessuna soluzione è ritenuta soddisfacente, la parte può iniziare la controversia presentando *online* una domanda al CRT. In questo caso, il processo si sposta su un portale ODR ed inizia con una negoziazione mediante la quale le parti hanno la possibilità di pervenire ad un accordo. Tale fase è relativamente breve e, qualora le parti non raggiungano un'intesa, si apre la cd. *facilitation phase* in cui il cd. *facilitator* non si limita ad agevolare la comunicazione tra le parti bensì esegue una valutazione del caso fornendo alle stesse eventuali chiarimenti e supportandole nel tentativo di comporre la lite consensualmente²³.

Qualora anche la *facilitation phase* dovesse fallire, si giunge alla quarta ed ultima fase, quella aggiudicativa.

consumatori e la correttezza del mercato, cominciò ad usare un'ODR basata sul software *Modria* (<https://www.tylertech.com/products/Modria>) per risolvere liti tra consumatori e aziende. Sempre nel 2011 il BC Property Assessment Appeal Board, una delle *administrative court* della British Columbia, iniziò ad usare un sistema simile per risolvere le controversie in tema di imposizione fiscale. Il successo di tali iniziative fornì la base per studiare la possibilità di esportare il modello anche al sistema giudiziario pubblico. Sul punto cfr. D. THOMPSON, *The Growth of Online Dispute Resolution and its Use in British Columbia*, in <https://online.cle.bc.ca/CoursesOnDemand/ContentByCourse/Webinars?courseId=5187>.

¹⁶ Si fa riferimento alla possibilità che le parti raggiungano autonomamente un accordo sulla controversia.

¹⁷ O. R. EINY, E. KATSH, *The New New Courts*, in *Am. U. L. Rev.*, 2017, vol. 67, p. 190.

¹⁸ Il vantaggio di tale fase non solo aumenta le possibilità di un accordo anticipato, ma aiuta anche ad affrontare gli ostacoli che si presentano nelle prime fasi del processo; ad esempio, con riguardo alle barriere linguistiche, mediante lo sviluppo di strumenti di supporto per aiutare le parti a partecipare pienamente al processo.

¹⁹ S. SALTER, D. THOMPSON, *Public-centered civil justice redesign: a case study of the British Columbia Civil Resolution Tribunal*, in *McGill J. Disp. R.*, 2016-17, vol. 3, p. 113 ss.

²⁰ Trattasi di un sistema "esperto", intendendosi con tale espressione una piattaforma basata sulla tecnologia che imita o emula il ragionamento di un esperto umano.

²¹ S. SALTER, D. THOMPSON, *Public-centered civil justice redesign: a case study of the British Columbia Civil Resolution Tribunal*, cit., p. 129 ss.

²² Il funzionamento della piattaforma è gestito da un'IA che lavora attraverso alberi logici: viene somministrato alle parti un questionario che muta e adatta le domande a seconda delle risposte che vengono fornite; in tal modo, il sistema è in grado di pervenire alla migliore diagnosi del caso concreto. Durante tale fase, inoltre, vengono rilasciati una serie di documenti riepilogativi insieme ad una serie di opzioni di auto-risoluzione della questione.

²³ Dal punto di vista della proporzionalità, tale fase rappresenta un'*escalation* significativa - sia nello sforzo che nell'intensità - rispetto alle prime fasi di auto-risoluzione e negoziazione tra parti. Tuttavia, essa richiede meno risorse dell'ultima fase, quella relativa all'aggiudicazione. Ad esempio, non è necessario che le parti preparino argomentazioni o prove formali finché non diventa chiaro che la controversia non può essere risolta consensualmente.

In sintesi, lo schema adottato è quello tipico delle *Online Courts*. L'obiettivo dichiarato è quello di spingere le parti ad uscire dalla prospettiva prettamente avversariale per adottare modelli di gestione della lite di tipo collaborativo senza però abdicare completamente al ruolo decisionario tradizionalmente ascrivito al giudice per il caso in cui la conciliazione non riesca²⁴. Ciò è reso possibile mediante l'adozione di un procedimento strutturato a più livelli in cui, conferita un'iniziale piena autonomia alle parti, qualora non sia stato possibile raggiungere un accordo, si apre alla fase aggiudicativa in cui il giudice emana una decisione vincolante per le stesse.

4. I precedenti costituiti dalle clausole *med-arb* nel diritto internazionale

La prospettiva delineata dalle *Online Courts*, come accennato, non è nuova nell'ambito del panorama internazionale. Dal punto di vista della progressione nell'attività di composizione della lite, sono note le esperienze delle cd. clausole *med-arb* che costituiscono un modello ibrido per la risoluzione delle controversie. Tale modello riflette la combinazione di due consolidate *third-party procedures*²⁵. La mediazione è una procedura con cui una terza parte assiste i contendenti nel raggiungimento di una risoluzione volontaria ed autonoma della lite: il mediatore non può imporre una determinata decisione alle parti. L'arbitrato, invece, consiste in una procedura in cui una terza parte, un arbitro, tenuta un'udienza nella quale i soggetti della lite dichiarano le loro posizioni sulle questioni controverse ed offrono supporto probatorio alle proprie argomentazioni, emette una statuizione vincolante per gli stessi mediante lodo.

Invero, le due procedure differiscono dal punto di vista del controllo decisionale. Quest'ultimo è elevato nella mediazione perché le parti possono rifiutare qualsiasi opzione di risoluzione della lite offerta dal mediatore; diversamente, esse hanno uno scarso controllo decisionale nell'arbitrato dove la statuizione dell'arbitro è vincolante. Chiaramente, ciascuna delle procedure ha i propri vantaggi: la mediazione colloca le parti in un contesto amichevole nel quale le stesse possono mettere a nudo le questioni controverse e provare a raggiungere compromessi nell'ottica di pervenire ad un accordo che sia soddisfacente per entrambe. D'altra parte, l'arbitrato conferisce una certa serenità al rapporto tra le parti; sull'arbitro grava il potere-dovere di decidere la controversia ed è lo stesso che le parti "biasimerebbero" nel caso in cui la soluzione della lite non fosse appagante per entrambe.

Dunque, riconoscendo i punti di forza di ciascun istituto, parte della dottrina²⁶ ha proposto l'adozione di un modello ibrido in cui mediazione e arbitrato fossero tra loro integrate; ciò attraverso la previsione, soprattutto nei contratti internazionali, delle cd. clausole *med-arb*. Nella specie, la *mediation-arbitration* (cd. *med-arb*) si articola in due fasi: 1) la mediazione seguita da 2) arbitrato, se la mediazione non riesce a garantire un accordo entro un termine prestabilito. Lo stesso soggetto svolge sia il ruolo di mediatore che di arbitro. Il procedimento

²⁴ Nel sistema canadese, il CRT è concepito come una corte amministrativa cioè come un ente che ha il potere di gestire e trattare determinate controversie nei limiti in cui questo gli è stato consentito. Dal punto di vista sistematico, esso si pone a metà via tra un tribunale tradizionale e la giustizia privata. "An administrative tribunal has only as much authority as is granted by its enabling statute, and its jurisdiction may be much more limited than that of a court. Despite this, and subject to applicable statutes, the common law rule is that tribunals are masters of their own process, which gives them a wide general authority to determine which public justice processes to adopt". Così S. SALTER, D. THOMPSON, *Public-Centred Civil Justice Redesign: a case study of the British Columbia Civil Resolution Tribunal*, cit., p. 115 ss.

²⁵ Con tale espressione si intende riferirsi alle procedure in cui vi è un soggetto terzo, che non è parte della lite, cui è affidata la gestione e/o la risoluzione della controversia.

²⁶ W. H. ROSS, D. E. CONLON, *Hybrid Forms of Third-Party Dispute Resolution: Theoretical Implications of Combining Mediation and Arbitration*, in *The Academy of Management Review*, 2000, vol. 25, p. 418 ss.

è graduale: solo se la mediazione fallisce, si apre all'arbitrato che termina con una statuizione vincolante per entrambe le parti. Chiaramente, affinché il procedimento abbia successo, il mediatore-arbitro deve essere un individuo dalle qualità singolari. Egli, idealmente, deve associare il talento conciliatore del mediatore all'oggettività e all'autorità dell'arbitro ed essere in grado di muovere da un ruolo ad un altro rapidamente e con delicatezza. In altre parole, il modello *med-arb* presuppone una progressione nell'attività di composizione della lite²⁷.

Invero, accanto al modello della *med-arb*, ha preso piede una sua variante: la procedura *arbitration-mediation* (cd. *arb-med*). Sinteticamente, l'*arb-med* ricalca lo schema della *med-arb* invertendone l'ordine delle fasi. La procedura si articola in tre stadi progressivi. Nella prima fase si svolge il procedimento arbitrale all'esito del quale l'arbitro prende una decisione che però viene sigillata in una busta chiusa affinché non sia rivelata alle parti. La seconda fase consiste nella mediazione: è data la possibilità alle parti di raggiungere un accordo che sostituisce quella decisione, entro un termine prestabilito. Se l'accordo non viene raggiunto e la mediazione fallisce, la decisione viene poi rivelata e diventa vincolante per le parti²⁸.

Ciò posto, è necessario riconoscere come la logica della progressione nell'attività di composizione della lite sia ormai consolidata nel panorama internazionale. In particolare, anche se con fatica, il modello ibrido di derivazione anglosassone si è affermato nel nostro Paese²⁹. Sul punto è sufficiente un richiamo alla Camera arbitrale di Milano che ha elaborato una clausola cd. *multistep* che prevede come tappa obbligatoria la mediazione prima di instaurare il giudizio innanzi agli arbitri³⁰. Per quanto concerne, invece, le istituzioni arbitrali di respiro internazionale, occorre sottolineare che la Corte arbitrale europea di Strasburgo ha predisposto una clausola "*multistep*"³¹ per la risoluzione delle controversie.

5. La conciliazione stragiudiziale: l'art. 412 c.p.c.

²⁷ H. POLLAND, *Mediation-arbitration: a trade union view*, in *Monthly Lab.Rev.*, 1973, vol. 96, pp. 63-65.

²⁸ Secondo parte della dottrina, il modello *arb-med* è più efficace di quello *med-arb*. Nella prima, infatti, la "minaccia" della decisione vincolante indurrebbe le parti ad assumere un atteggiamento collaborativo per pervenire ad una soluzione amichevole della controversia che sia soddisfacente per entrambe. Cfr. H. ROSS, D. E. CONLON, *Hybrid Forms of Third-Party Dispute Resolution: Theoretical Implications of Combining Mediation and Arbitration*, cit., p. 418 ss.

²⁹ A. PANZAROLA, *Il d. lgs. n. 28 del 2010 tra mediazione ed arbitrato: arb-med, med-arb e med-aloo*, in AA.VV., *Materiali e commenti sulla mediazione civile e commerciale*, Bari, 2011, p. 143 ss.

³⁰ Si veda la clausola "*multistep*" della Camera arbitrale di Milano del seguente tenore: "Le parti sottoporrono le controversie derivanti dal presente atto al tentativo di conciliazione previsto dal Servizio di conciliazione della Camera Arbitrale di Milano. Nel caso in cui il tentativo fallisca, le controversie, anche di natura non contrattuale, derivanti dal presente atto, relative o connesse allo stesso, saranno risolte mediante arbitrato secondo il Regolamento della Camera Arbitrale di Milano, da un arbitro unico/tre arbitri**, nominato/i in conformità a tale Regolamento", in <https://www.camera-arbitrale.it/it/arbitrato/clausola-arbitrale/modelli-di-clausola-arbitrale.php?id=222>. Anche la Camera di Commercio di Firenze ha predisposto, sin dall'entrata in vigore del D.lgs. n. 5/2003, alcuni modelli, utilizzabili soprattutto nell'ambito delle controversie societarie.

³¹ "Any dispute relating to or arising from this contract, that is not subject to mandatory provisions on different terms at the place of the mediation proceedings, including mediations between parties belonging to different jurisdictions or parties to domestic disputes, shall be submitted to a procedure of mediation conducted by a sole mediator selected, appointed and proceeding in accordance with the Mediation Rules of the European Centre of Arbitration and Mediation having its seat in Strasbourg, – which Rules are in force at the date of filing of the application for mediation – conducted by a sole mediator selected and appointed by its local branch competent by territory – if any – and if not by the Centre itself and proceeding according to them. In the event of the mediation not being successful, the arbitration proceedings will be conducted according to the Rules of the European Court of Arbitration by a sole arbitrator who will be appointed, if the dispute is domestic, by the local Chapter – if any – of the European Court of Arbitration and in the absence of a local Chapter, as well as to all non domestic disputes, by the Central Registrar competent for that area", in <https://cour-europe-arbitrage.org/fr/standard-clause/>.

Nella stessa logica della clausola *multistep* (med-arb)³² *supra* esaminata, in cui mediazione e arbitrato confluiscono in un unico procedimento senza soluzione di continuità tra una fase e l'altra, si iscrive la fattispecie di cui all'art. 412 c.p.c.³³. Tale norma, così come modificata dall'art. 31, comma 5, della legge 183/2010 statuisce che le parti, in qualunque fase del tentativo di conciliazione, o al suo termine in caso di mancata riuscita, possono accordarsi per la risoluzione della lite affidando alla commissione di conciliazione il mandato a risolvere in via arbitrale la controversia. Occorre sottolineare che, sebbene il tentativo di conciliazione si configuri come antecedente logico necessario per la proposizione della domanda arbitrale, esso non costituisce condizione di procedibilità di tale domanda³⁴; ai sensi dell'art. 410 c.p.c. la conciliazione, infatti, è facoltativa.

Secondo parte della dottrina, la combinazione della conciliazione e dell'arbitrato è espressione della volontà del legislatore di potenziare gli strumenti di composizione alternativa delle controversie. Se le parti non intendano raggiungere un accordo amichevole, possono rivolgersi allo stesso soggetto che ha tentato di mediare la lite affinché la decida³⁵. È proprio questa la peculiarità delle procedure oggetto della presente trattazione: la progressione da una fase all'altra si verifica intorno allo stesso soggetto che assume prima la veste di mediatore e, in seguito, quella di arbitro/decisore della lite. In altre parole, lo stesso organo supporta le parti nel raggiungimento di una soluzione concordata della controversia e, in mancanza di un accordo, assume un potere decisorio statuendo sulla lite in maniera vincolante.

Come accennato, è proprio l'identità tra chi concilia e chi decide a fondare una delle preoccupazioni principali inerenti a tali fenomeni. A rischio sono, infatti, i principi di imparzialità e di indipendenza che dovrebbero guidare la fase di mediazione e di decisione³⁶ e in conformità dei quali si colloca il divieto di utilizzare le dichiarazioni apprese nella fase di mediazione per il giudizio³⁷.

La problematica va esaminata da due prospettive differenti.

Dal punto di vista dell'organo mediatore-arbitro, si può immaginare che egli senta in qualche modo compromesso il suo potere-dovere di decidere essendo condizionato da ciò che ha appreso in precedenza durante il tentativo di conciliazione.

Più grave è, invece, la questione se analizzata dal punto di vista delle parti; le stesse sono, infatti, private di un sentimento fondamentale caratterizzante la fase di mediazione: la fiducia nei confronti del mediatore. Esse sanno con anticipo che lo stesso organo mediatore sarà

³² A. PANZAROLA, *Il d. lgs. n. 28 del 2010 tra mediazione ed arbitrato: arb-med, med-arb e med-aloo*, cit., p. 143 ss.

³³ Invero, l'accostamento delle procedure di conciliazione a quelle di arbitrato non è nuova nell'ordinamento giuridico italiano. Basti pensare allo Statuto dell'Ufficio del lavoro della sede apostolica in vigore dal primo gennaio 2010 (art. 10 ss.). Cfr. N. PICARDI, *Il Collegio di conciliazione ed arbitrato dell'Ufficio del lavoro della Sede apostolica*, in F. AULETTA, G. P. CALIFANO, G. DELLA PIETRA, N. RASCIO (a cura di) *Sull'arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde*, Napoli, 2010, p. 626 ss.

³⁴ Il suo mancato esperimento non determina l'invalidità del lodo ex art. 808 *ter* c.p.c.

³⁵ P. LICCI, *Vantaggi (e svantaggi) del mediatore-arbitro: considerazioni sparse intorno al procedimento arbitrale affidato alle commissioni di conciliazione*, in *Judicium online*, 2011, p. 3 ss.

³⁶ E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *L'arbitrato nelle controversie di lavoro: bilancio e prospettive di riforma*, in *Riv. arb.*, 2008, p. 481 ss. In senso contrario F. AULETTA, *Le impugnazioni del lodo nel «Collegato lavoro» (L. 4 novembre 2010, n. 183)*, in *Judicium online*, 2011, p. 1, il quale ritiene non condivisibile la incompatibilità tra fasi di conciliazione e arbitrato pur se amministrate dagli stessi "commissari".

³⁷ Cfr. Art 10, comma 1, del dlgs. n. 28 del 2010: "Le dichiarazioni rese o le informazioni acquisite nel corso del procedimento di mediazione non possono essere utilizzate nel giudizio avente il medesimo oggetto anche parziale, iniziato, riassunto o proseguito dopo l'insuccesso della mediazione, salvo consenso della parte dichiarante o dalla quale provengono le informazioni. Sul contenuto delle stesse dichiarazioni e informazioni non è ammessa prova testimoniale e non può essere deferito giuramento decisorio".

chiamato a decidere la controversia qualora l'accordo fallisse. Di conseguenza, i contendenti potrebbero comportarsi in maniera eccessivamente prudente evitando di fare dichiarazioni che potrebbero influenzare la decisione dell'arbitro. In altre parole, viene meno il carattere della confidenzialità proprio della fase di mediazione³⁸. Tuttavia, occorre dar conto della facoltatività della fase di arbitrato: ai sensi dell'art. 412 c.p.c. le parti "possono" affidare alla commissione di conciliazione il mandato a risolvere in via arbitrale la controversia. In altre parole, la scelta della progressione dell'attività di composizione della lite è nelle mani delle parti. Dunque, qualora le stesse ritenessero sussistenti problemi di imparzialità in capo al mediatore-arbitro, potrebbero semplicemente scegliere di non promuovere la domanda arbitrale. Se, invece, le parti optano per entrambe le procedure, la conciliazione prima e l'arbitrato poi ex artt. 410 e 412 c.p.c., vuol dire che esse nutrono fiducia nel lavoro della commissione.

6. La conciliazione giudiziale: l'art. 185 bis c.p.c.

L'art. 185 bis c.p.c., inserito dal d.l. n. 69 del 2013, conv. in legge n. 98 del 2013, stabilisce che il giudice, alla prima udienza, ovvero sino a quando non sia esaurita l'istruzione, possa formulare alle parti, ove consentita dalla natura e dal valore della controversia, nonché dall'esistenza di questioni di facile e pronta soluzione, una proposta transattiva o conciliativa. Inoltre, la norma statuisce che tale proposta non può costituire motivo di ricusazione o di astensione del giudice. Ciò, diversamente dall'analogo art. 420 c.p.c. nel diritto del lavoro che pure si ispira alla logica della continuità soggettiva tra la fase di conciliazione e quella di decisione.

Invero, l'art. 185 bis conferisce al giudice la facoltà di formulare la proposta conciliativa; mentre, nell'art. 420 sussiste un obbligo a carico dello stesso. Inoltre, diverso è anche il momento in cui la proposta viene formulata: nel rito ordinario il giudice può formulare la proposta alla prima udienza ovvero sino a quando non sia esaurita l'istruzione, quindi lungo tutto il corso del giudizio; nel rito del lavoro, invece, il giudice deve formulare la proposta nell'udienza fissata per la discussione della causa e dopo aver interrogato liberamente le parti. Al di là di ogni altra considerazione che può farsi in merito al rapporto tra le due suddette norme, ciò che interessa in questa sede è sottolineare il minimo comune denominatore dell'art. 185 bis e dell'art. 420 c.p.c.: in entrambe le norme il giudice cumula una natura promiscua. Egli è mediatore dell'accordo conciliativo ma resta, allo stesso tempo, titolare del potere di decisione nel caso di fallimento della conciliazione. In altre parole, il giudice è concepito non come mero *decision maker* bensì come parte attiva del giudizio che tende a favorire una definizione della lite non necessariamente eteronoma³⁹.

Difatti, il cumulo di funzioni facilitative, valutative e aggiudicative a un tempo in capo alla stessa persona non costituisce un buon metodo per un'equa risoluzione della controversia: è evidente il rischio di una sovrapposizione di ruoli. Ciò è ancora più grave nella misura in cui l'art. 185 bis, come accennato, diversamente dall'analogo 420, comma 1, c.p.c., consente di formulare la proposta conciliativa non già all'inizio del processo o in esito all'interrogatorio libero delle parti bensì anche al suo termine cioè quando si accinge a decidere.

³⁸ Così P. LICCI, *Vantaggi (e svantaggi) del mediatore-arbitro: considerazioni sparse intorno al procedimento arbitrale affidato alle commissioni di conciliazione*, cit., p. 6.

³⁹ Così A. TEDOLDI, *Iudex statutor et iudex mediator: proposta conciliativa ex art. 185 bis c.p.c., precognizione e ricusazione del giudice*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, p. 985.

D'altronde, è proprio dal divieto fatto al giudice di astenersi o alle parti di ricusarlo quando lo stesso abbia fatto una proposta transattiva o conciliativa della lite (ex art. 185 *bis* c.p.c.), che si trae il principio per cui il giudice non può nell'esercizio delle sue funzioni e prima che sia formulata una sentenza manifestare indebitamente il proprio convincimento sui fatti oggetto della causa. La precognizione⁴⁰ del giudice confligge, infatti, con i precetti di rango costituzionale di cui agli artt. 24, comma 2, 25, comma 1, 111, comma 1, e art. 6 CEDU che sancisce i principi di imparzialità e terzietà del giudice⁴¹. Tali criticità vengono superate interpretando la norma di cui all'art. 185 *bis* c.p.c. come espressione del principio di leale collaborazione del giudice con le parti che, come tale, mai potrebbe pregiudicare l'esito del giudizio.

Tuttavia, il dibattito non è del tutto sopito. Non sembra sia scongiurato il rischio di indebite anticipazioni del convincimento del magistrato ogni qual volta lo stesso, nel dirigere il tentativo di conciliazione, esprima le sue valutazioni preventive sull'esito della lite. Più comodo sarebbe che il giudice inviti *ex officio* le parti, quando ne ravvisi le condizioni, a svolgere la mediazione presso un organismo iscritto, ai sensi dell'art. 5, comma 2, del dlgs n. 28 del 2010. Ma, in questa prospettiva, a nulla varrebbe la previsione dell'art. 185 *bis* c.p.c. che si risolverebbe in una mera duplicazione di quanto già statuito dalla legge in materia di mediazione.

La peculiarità della norma di cui all'art. 185 *bis* è, infatti, un'altra: la conciliazione non viene deferita ad un altro organismo bensì viene svolta all'interno dello schema classico della risoluzione della lite e precede la fase di decisione. In altre parole, la conciliazione viene integrata nel procedimento ordinario di risoluzione delle controversie come fase antecedente rispetto a quella aggiudicativa.

7. Prospettive future: affidare la formulazione della proposta conciliativa ex art. 185 *bis* all'IA

Come osservato, insito nella struttura dell'art. 185 *bis* c.p.c. è il rischio che il ruolo decisivo del giudice sia pregiudicato da dichiarazioni emerse e valutazioni fatte nella precedente fase di mediazione. In questa prospettiva, si ritiene che tale rischio potrebbe essere scongiurato attraverso il ricorso allo schema, *supra* delineato, delle *Online Courts*. I due istituti, infatti, sono tra loro analoghi: in entrambi vi è una progressione nell'attività di composizione e di decisione della lite e la fase conciliativa precede quella aggiudicativa.

Nelle *Online Courts* la *ratio* di fondo è quella di attrarre nell'orbita della giustizia controversie che altrimenti vi sfuggirebbero; il sistema che le stesse hanno adottato per perseguire tale finalità consiste nell'inglobare nel procedimento stesso dinanzi al tribunale proprio la fase conciliativa. Invero, come si è osservato, non ci si è limitati ad affidare il tentativo di conciliazione ad un giudice, come nell'art. 185 *bis* c.p.c., o a qualche organismo esterno. Bensì si è provveduto a sfruttare le potenzialità dell'IA per affidarle una funzione di ausilio non solo per le parti ma soprattutto per il giudice. Come osservato nel CRT, attraverso percorsi guidati alimentati dall'IA, la parte è in grado di autodiagnosticare la lite avendo gli strumenti per pervenire ad un accordo con la controparte. Il sistema, tra l'altro, suggerisce anche opzioni di

⁴⁰ L. DITTRICH, *La precognizione del giudice e le incompatibilità nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, p. 1145 ss.

⁴¹ Cfr. A. TEDOLDI, *Iudex statutor et iudex mediator: proposta conciliativa ex art. 185 bis c.p.c., precognizione e ricusazione del giudice*, cit., p. 992, per il quale il divieto di precognizione non va però interpretato in maniera rigida. In particolare, secondo l'A., è ovvio che il giudice, al fine di conoscere e decidere, sia costretto ad emanare dei provvedimenti intermedi facendo progredire il processo verso il suo esito naturale. Non incorrerebbe in incompatibilità il giudice ogni qualvolta compia valutazioni preliminari che siano destinate a confluire in quella successiva.

auto-risoluzione della controversia. Nelle *Online Courts*, infatti, non vi è il rischio di una precognizione del giudice nel momento in cui decide la lite: a tentare la conciliazione delle parti è l'IA integrata a pieno titolo nel sistema-giustizia e nello schema classico di risoluzione delle controversie. Resta ferma la funzione di garanzia del giudice: se la conciliazione non ha successo, non è precluso l'accesso alla fase aggiudicativa. Inoltre, ogni fase è pensata per lavorare in simbiosi con l'altra senza soluzione di continuità.

Chiaramente, l'integrazione dell'IA o, meglio, di una vera e propria ODR nell'ambito delle *Online Courts* si giustifica in un'ottica preprocessuale. La fase avversariale resta affidata nelle mani di un soggetto umano. Ciò alla luce dell'impossibilità non solo di sovrapporre il ragionamento di un'IA a quello di un giudice umano ma, in senso più ampio, di assegnare la funzione di *ius dicere* all'IA⁴².

In questa prospettiva, risulta più chiaro il modo in cui potrebbe venir meno la preoccupazione del pregiudizio del giudice insita nella struttura dell'art. 185 *bis* c.p.c.: sarebbe opportuno affidare la funzione conciliativa all'IA. In altre parole, automatizzando la proposta di cui all'art. 185 *bis* c.p.c. si risolverebbe il dibattito in ordine alla natura promiscua del giudice ed al rischio di indebita anticipazione del giudizio pur continuando a svolgere una fase conciliativa integrata nel processo. In questo modo, si avrebbe un procedimento caratterizzato da una pervasiva autonomia privata che trova nel giudice semplicemente una funzione di garanzia più che di promovimento della conclusione autonoma della lite. L'IA, in un'ottica di ausilio del giudice, si limiterebbe a mettere a disposizione delle parti un'opzione di auto-risoluzione della lite; tuttavia, se l'accordo non viene raggiunto, si passa alla fase decisoria.

Inoltre, nessuna rilevanza assume il rischio che l'IA possa formulare una proposta che contrasta con i precetti di rango costituzionale e con i principi fondamentali dell'ordinamento giuridico. Per definizione, una funzione ausiliaria è posta sotto il controllo di un'autorità sovraordinata. Nel caso di specie, infatti, il giudice manterrebbe un pieno dominio sull'IA e potrebbe superare la proposta formulata da quest'ultima qualora fosse inadeguata. D'altronde, di norma, la stessa natura della mediazione di fronte al giudice ex art. 185 *bis* c.p.c. è destinata a far venire meno la proposta: se le parti raggiungono un'intesa, la proposta sulla base della quale l'hanno raggiunta costituisce un antecedente di mero fatto⁴³.

⁴² Le funzioni giudiziarie, esercitate sotto lo stato di diritto, comportano un complesso *cocktail* di razionalità giuridica e di formazione giuridica. Invero, se, da un lato, l'umanità del giudice è qualcosa che si teme nella resa del giudizio perché potrebbe compromettere la sua imparzialità; dall'altro lato, la stessa costituisce anche l'unico elemento che garantisce il rispetto da parte dei contendenti del ruolo giudiziario. In altre parole, ciò che legittima l'esercizio della funzione giurisdizionale è proprio la circostanza che questa sia svolta da un essere umano cioè da un proprio simile. Inoltre, chiara è la natura necessariamente retrospettiva di ogni aggiudicazione fondata sul *machine learning* dovuta alla riduzione dell'angolo di spettro dei dati analizzati rispetto alla piena circolarità dei dati sociali padroneggiati naturalmente da ogni individuo umano. Sarebbe, in altre parole, fortemente compromessa la possibilità di rendere una decisione attuale le cui caratteristiche implicano l'universalità dei dati sociali, relazionali, umorali, irrazionali posseduti da un uomo e giammai trasferibili all'ente dotato di intelligenza artificiale perché retrospettivo e settoriale nella loro selezione. La sentenza, infatti, non può essere concepita come un qualcosa di autonomo e distaccato dalla realtà sociale e dalla sua cultura. Sul punto, cfr. T. SOURDIN, Z. ARCHIE, *The Responsive Judge. International Perspectives*, Berlino, 2018, p. 102 ss.; R. MATTERA, *Decisione negoziale e giudiziale: quale spazio per la robotica?* In *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, p. 199 ss.

⁴³ L'unico caso in cui la proposta rivive è quello di cui all'art. 91 c.p.c. ai sensi del quale il giudice, se accoglie la domanda in misura non superiore alla proposta conciliativa, condanna la parte che ha rifiutato senza giustificato motivo la proposta al pagamento delle spese maturate dopo la formulazione della stessa.

A maggior ragione, nel caso in cui la proposta fosse formulata dall'algoritmo, non solo le parti avrebbero la possibilità di superarla ma lo stesso giudice potrebbe evitare di far propria quella proposta: quale funzione ausiliaria, quella dell'IA, resterebbe sotto il pieno governo del giudice.

Alessandra Panariello
Dottoranda di ricerca presso l'Università degli studi di Salerno