

RASSEGNE E COMMENTI

FABRIZIO MARRELLA - PATRICIO IGNACIO BARBIROTTO

Arbitrato internazionale e piattaforme telematiche: alcune riflessioni sul ruolo dell'intelligenza artificiale *

191

SOMMARIO: 1. Introduzione. — 2. Le nuove sfide dell'arbitrato internazionale: nuove tecnologie ed algoritmi. — 3. Efficienza, efficacia e cybersecurity. — 4. Conclusioni.

1. *Introduzione.* — Nell'affrontare l'impatto delle nuove tecnologie, ed in particolare dell'intelligenza artificiale sull'arbitrato internazionale, è necessario muovere da due considerazioni preliminari: la prima è che l'uso di tecnologie elettroniche *nell'arbitrato* non è una novità, in quanto negli ultimi trent'anni, si è molto discusso in dottrina e all'interno delle commissioni di studio dei principali enti che amministrano gli arbitrati internazionali circa l'utilizzo a scopo probatorio di videotape, sulla trasmissione via e-mail di atti e persino del lodo finale o ancora sull'impiego di modalità telematiche per accelerare i tempi del procedimento in parallelo allo sviluppo delle nuove prassi in materia di *fast track arbitration*¹, soprattutto per il contenzioso di modesto valore. In sintesi,

* Per quanto il presente scritto sia frutto di riflessioni comuni, F. MARRELLA è l'autore dell'introduzione, del paragrafo secondo e della conclusione, mentre P. BARBIROTTO è autore del paragrafo 3. Il presente saggio è stato presentato al convegno di Venezia del 25-26 novembre 2021 su "La via europea per l'intelligenza artificiale" i cui atti si trovano in corso di pubblicazione.

¹ Cfr., ad es., *Improving International Arbitration: The Need for Speed and Trust. Liber Amicorum Michel Gaudet*, a cura di B. DAVIS, ICC Publishing, Paris, France, 1998.

FABRIZIO MARRELLA - PATRICIO IGNACIO BARBIROTTO

si è però sempre trattato di arbitrati *off line* ove solo in alcune fasi del procedimento si è ammessa la produzione di atti *online*. Ma non si è tardato molto a concepire procedimenti arbitrali condotti interamente *online* (c.d. ODR)², pur se la diffusione di tale strumento è rimasta assai limitata.

La seconda considerazione è quella per cui l'intelligenza artificiale (IA) costituisce sicuramente un fattore di crescita ed innovazione per l'arbitrato in quanto l'uso dello strumento elettronico facilita il processo arbitrale e può renderlo più rapido ed efficiente.

Da sempre³, i punti di forza dell'arbitrato si evidenziano nella decisione finale di una controversia che viene resa da esperti, dalla flessibilità processuale dell'arbitrato e dalla sua aderenza al caso concreto ed a valori di giustizia transnazionale, nonché dalla portabilità internazionale del lodo arbitrale, dalla neutralità degli arbitri e dalla riservatezza del procedimento, elementi che caratterizzano tale antica (la si pratica dai tempi dell'antica *lex mercatoria*) e peculiare procedura di *transnational business dispute resolution*⁴, finanche alla limitata possibilità di appello o di opposizione al lodo.

192

² Si vedano, ad es., i vari contributi editi in *Metodi on line di risoluzione delle controversie. Arbitrato telematico e ODR*, a cura di C. CAMARDI, Collana del Dip. di scienze giuridiche-Univ. Venezia, Padova, 2006, che costituisce uno dei primi e rari volumi in lingua italiana su tali tematiche. Gli ODR, però, hanno avuto sinora scarso successo trattandosi di metodi alternativi di risoluzione delle controversie — praticati in alternativa al giudizio ordinario — che si caratterizzano proprio per il loro svolgersi *esclusivamente* e direttamente sulle reti telematiche e relativamente a controversie che, principalmente, in esso si generano.

³ Sulle radici dell'arbitrato internazionale quale strumento processuale e sulla *lex mercatoria* si rinvia a F. MARRELLA, A. MOZZATO, *Alle origini dell'arbitrato commerciale internazionale: l'arbitrato a Venezia tra Medioevo ed età moderna*, pref. di ANDREA GIARDINA, Padova, 2001, nonché F. MARRELLA, *La nuova lex mercatoria, Principi Unidroit ed usi dei contratti del commercio internazionale*, Padova, in Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia dir. da FR. GALGANO, Padova, Cedam, 2003. Nel 2018, una indagine statistica condotta dall'università inglese Queen Mary ha rilevato empiricamente (<https://arbitration.qmul.ac.uk/research/2018/>) che le ragioni che spingono le parti a scegliere l'arbitrato internazionale sono innanzitutto la facilità con cui vengono eseguiti i lodi, grazie alla Convenzione di New York del 1958; al secondo posto gli operatori indicano la *neutralità del foro*, ossia la possibilità di condurre il procedimento arbitrale in modo indisturbato, evitando l'interferenza della giurisdizione dello Stato della sede. Tra gli altri vantaggi vi sono la flessibilità della procedura di arbitrato internazionale, che non si confonde affatto con il diritto processuale civile dello Stato della sede o delle parti, ed infine la facoltà delle parti di scegliere gli arbitri, sia per le conoscenze tecniche approfondite della materia del contendere, sia per la prospettiva internazionale, elementi fondamentali per la credibilità del lodo arbitrale “in the eyes of the parties”.

⁴ Su tali temi e per gli opportuni riferimenti si rinvia a F. MARRELLA, *Manuale di diritto del commercio internazionale*, pref. di A. GIARDINA, 2^a ed., Padova, 2020.

ARBITRATO INTERNAZIONALE E PIATTAFORME TELEMATICHE

Pertanto, in questo contributo, si presenteranno alcune riflessioni circa l'impatto della nuova tecnologia e degli algoritmi sul processo arbitrale internazionale (1) per poi affrontare le problematiche ad essa connesse, ossia quelle della *cybersecurity* dell'arbitrato (2).

2. *Le nuove sfide dell'arbitrato internazionale: nuove tecnologie ed algoritmi.* — È certo che l'introduzione di nuove tecnologie informatiche in arbitrato internazionale, porta ad una immediata riduzione dei tempi processuali e, se le udienze si tengono in forma virtuale tramite piattaforme elettroniche, i costi risultano senz'altro minori, dal momento che si eliminano molti degli spostamenti fisici che tipicamente vengono effettuati dagli avvocati delle parti, dagli arbitri e dagli altri attori del processo arbitrale. A questi elementi, si aggiungono oggi alcune nuove questioni suscitate dall'apporto delle più moderne tecnologie, in particolare dagli algoritmi.

Lo sviluppo della IA nella ricerca giuridica e nella consulenza contrattuale migliora il lavoro di *routine* degli avvocati, dei magistrati e persino dei dottori commercialisti che assistono le imprese nei processi di internazionalizzazione. Infatti, se la IA assolve la propria funzione nell'analisi e nel trattamento della giurisprudenza per ridurre l'alea del giudizio e garantire una maggiore prevedibilità delle decisioni giudiziarie⁵, ne consegue che, sia in materia di stesura dei contratti internazionali, sia in quella di gestione degli stessi, si tratta di uno strumento utile a perfezionare le condizioni generali di contratto dell'impresa, a ridurre le liti temerarie e, ancor di più, a limitare la possibilità di clausole arbitrali patologiche. In altre parole, se sul piano materiale della redazione di contratti internazionali, la IA diviene progressivamente uno strumento di regolazione ed integrazione del contratto⁶ che contribuisce a rendere migliore l'accesso dell'impresa al mercato e ad aumentare la qualità giuridica del testo contrattuale, resta tutto da dimostrare quale ruolo possa effettivamente svolgere la IA in sede di contenzioso arbitrale transnazionale.

Ed infatti, al di là delle predette considerazioni, è davvero plausibile l'ipotesi di una "giustizia predittiva" che, tramite alcuni calcoli o algo-

⁵ N. IRTI, *Per un dialogo sulla calcolabilità giuridica*, in A. CARLEO, a cura di, *Calcolabilità giuridica*, Bologna, 2017, 23 ss.

⁶ F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, II, Padova, 2014, 164 ss.

FABRIZIO MARRELLA - PATRICIO IGNACIO BARBIROTTO

ritmi, preveda l'esito di un giudizio arbitrale internazionale relativamente ad un caso specifico?

La risposta ci pare negativa. L'arbitrato internazionale è una creatura giuridicamente complessa che, avendo un fondamento contrattuale ed un oggetto processuale, viene adattata dalle parti e dagli arbitri — spesso con particolari commistioni di istituti provenienti dalle tradizioni di Civil Law e di Common Law — alla specifica materia del contendere ed è regolata da una matrice di norme applicabili che varia di caso in caso. Poco o nulla ha a che vedere con i rigidi schemi del diritto processuale nazionale, soprattutto con quelli del diritto processuale civile italiano e delle sue tempistiche.

Se, poi, il legislatore italiano “impone il calcolo” tramite l'art. 348 *bis* c.p.c., che sanziona con l'inammissibilità l'impugnazione che non abbia una ragionevole probabilità di essere accolta; ciò non si applica di certo all'arbitrato e, *a fortiori*, all'arbitrato internazionale ove la fase di riconoscimento ed esecuzione del lodo viene regolata per trattato internazionale; principalmente dalla Convenzione di New York del 1958.

194

Alla luce delle suesposte premesse, ne discende che, qualunque algoritmo si crei — e ve ne sono già alcuni in commercio —, si traduce in un'arma spuntata la cui incisività viene ancor più ridotta considerando che la pubblicazione dei lodi arbitrali resta una facoltà delle parti e dei centri arbitrali giacché l'esigenza di riservatezza resta un valore supremo nell'arbitrato commerciale internazionale, coerentemente con la sua origine storica e la sua funzione moderna.

E se, a tali elementari considerazioni, si aggiunge quella per cui in ciascun arbitrato internazionale variano la legge applicabile al merito della controversia, la lingua del procedimento, il numero di arbitri, il regolamento applicabile di arbitrato amministrato, per non parlare della diversissima matrice fattuale di operazioni di commercio internazionale che si svolgono in diversi contesti geopolitici e altrettanto diversi ordinamenti statuali, la conclusione non può essere che sfavorevole all'IA e a vantaggio dell'“operatore arbitrale umano”.

Certo, la IA può svolgere un'utile funzione per la migliore redazione di clausole arbitrali e per avere un'idea molto generica di quale potrebbe essere l'esito di un eventuale contenzioso arbitrale; in una parola la “giustizia predittiva” può avere cittadinanza in questa sede come strumento di *Risk management* per giuristi d'impresa. Ed è altrettanto certo che l'utilizzo di strumenti telematici durante il procedimento arbitrale —

ARBITRATO INTERNAZIONALE E PIATTAFORME TELEMATICHE

condotto da “umani” — può contribuire ad aumentarne la rapidità e l’efficienza. Così, la trasmissione delle memorie in forma elettronica consente di ridurre (le c.d. *E-memorie*) la quantità di carta utilizzata (contribuendo alla riduzione dei costi ambientali) e rende più agevole il lavoro grazie agli *hyperlink* che consentono collegamenti immediati con altri atti o documenti. Si aggiunga che, grazie alla loro “dimensione elettronica”, gli atti processuali e le prove possono essere anche tradotti in tempi relativamente brevi grazie ad appositi *software*.

Un tale risparmio di tempo e risorse permette agli arbitri e agli avvocati delle parti di focalizzare tempo ed energie sulle questioni più importanti dell’arbitrato.

Ancora, l’introduzione di nuove tecnologie elettroniche nell’arbitrato transnazionale riduce i conflitti di interesse⁷ o comunque consente di valutare in modo più rapido ed approfondito l’affidabilità di un singolo arbitro in termini di indipendenza e di neutralità; l’imparzialità è, *ex natura rerum*, un dato imperscrutabile della mente umana. Qui, esistono già degli appositi algoritmi predisposti, ad esempio, dalla *Global Arbitration Review*⁸ o da *Arbitrator Intelligence*⁹, che sono in grado di evidenziare eventuali pregressi rapporti d’affari tra un singolo arbitro e ciascuna delle parti (o i propri avvocati) e l’esperienza di questi primi anni nell’applicazione di tali strumenti appare positiva.

Ma la recente innovazione tecnologica dell’arbitrato transnazionale è stata grandemente facilitata dalla pandemia dovuta alla diffusione del Covid-19. Basti pensare ai *lockdown* generalizzati, ai divieti di viaggio ed al diniego di visti per ragioni sanitarie, alle quarantene per chi (arbitri, parti, avvocati, testimoni ecc.) fosse venuto a contatto con positivi, alla chiusura degli uffici — anche di enti che amministrano arbitrati — con la conseguente diffusione di nuove forme di *smart working*.

Pertanto, i centri arbitrali di tutto il mondo hanno dovuto velocemente adeguarsi alla nuova realtà ed alle nuove esigenze della prassi. Così, sotto il profilo formale, abbiamo assistito al proliferare di linee

⁷ Su cui v. J. FRY and S. GREENBERG, *Appendix: References to the IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration When Deciding on Arbitrator Independence in ICC Cases*, ICC INTERNATIONAL COURT OF ARBITRATION BULLETIN, Vol. 20, 2009, 33; nonché le *IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration*, 2014.

⁸ *Global Arbitration Review*, consultabile al sito <https://globalarbitrationreview.com/> (consultato l’8 giugno 2022).

⁹ *Arbitrator Intelligence*, raggiungibile al sito <https://arbitratorintelligence.com/> (consultato l’8 giugno 2022).

FABRIZIO MARRELLA - PATRICIO IGNACIO BARBIROTTO

guida, circolari interpretative e modifiche dei regolamenti di arbitrato amministrato proprio al fine di favorire al massimo lo svolgimento dei processi arbitrali, favorendo le *electronic-only submissions* sin dalla fase iniziale del procedimento ossia dal deposito della domanda e della risposta alla domanda di arbitrato.

Basti citare, a tale riguardo, le riforme intervenute in alcuni dei più importanti centri arbitrali del mondo, quali la ICC¹⁰ o l'International Center for Dispute Resolution (ICDR) della American Arbitration Association (AAA)¹¹ o la London Court of International Arbitration (LCIA)¹². Si è optato per il deposito della domanda in modalità esclusivamente elettronica presso l'International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID)¹³ e la Camera di Commercio di Stoccolma (SCC), quest'ultima addirittura già da prima dello scoppio della pandemia¹⁴. Hanno preferito invece optare per forme ibride il tedesco *Deutschen Institution für Schiedsgerichtsbarkeit* (DIS), che tuttavia ha reso noto come la "*e-form is preferred*"¹⁵, e l'austriaco *Vienna International Arbitral Centre* (VIAC).

Col passare dei primi mesi di pandemia, sono stati pubblicati dei lavori più dettagliati e completi, in particolare la ICC ha elaborato la "ICC's Guidenote on Possible Measures Aimed at Mitigating the Effects

196

¹⁰ ICC, Urgent COVID-19 message to DRS community, 17 marzo 2020, al sito <https://iiccwbo.org/media-wall/news-speeches/covid-19-urgent-communication-to-drs-users-arbitrators-and-other-neutrals/> (consultato l'8 giugno 2022).

¹¹ AAA-ICDR, The AAA-ICDR Provides Simplified Filing and Invoicing, al sito <https://go.adr.org/covid19-flattening-the-curve.html> (consultato l'8 giugno 2022).

¹² LCIA, LCIA Services Update: COVID-19, 18 marzo 2020, al sito <https://www.lcia.org/lcia-services-update-covid-19.aspx> (consultato l'8 giugno 2022).

¹³ ICSID, Message Regarding Covid-19 (Update), 19 marzo 2020, al sito <https://icsid.worldbank.org/fr/node/76901> (consultato l'8 giugno 2022). Nel proprio comunicato l'ICSID ammette la presentazione della domanda in forma fisica esclusivamente in casi eccezionali su richiesta della controparte.

¹⁴ La SCC aveva spostato le comunicazioni sulla propria piattaforma online "SCC Platform" già dal settembre 2019, v. Arbitration Institute of the SCC, SCC Platform — Guidelines for Parties and Arbitral Tribunals, Last ed. 2021, 3, al sito <https://sccinstitute.com/media/1736163/scc-platform-guidelines.pdf> (consultato l'8 giugno 2022). La domanda di arbitrato "in forma fisica" è permessa solo in caso di impossibilità ad effettuare la procedura elettronica, v. Arbitration Institute of the SCC, Arbitration: What's the Procedure?, al sito <https://sccinstitute.com/our-services/arbitration/whats-the-procedure/> (consultato l'8 giugno 2022).

¹⁵ DIS, Announcement of Particular Procedural Features for the Administration of Arbitrations in View of the Covid-19 Pandemic, seconda edizione rivista del primo luglio 2020 (prima edizione del 31 marzo 2020), al sito https://www.disarb.org/fileadmin/user_upload/Uber_uns/Second_Edition_-_DIS_Announcement_Particular_Procedural_Features_Covid-19.pdf (consultato l'8 giugno 2022).

ARBITRATO INTERNAZIONALE E PIATTAFORME TELEMATICHE

of the Covid-19 Pandemic” del 9 aprile 2020¹⁶, documento che affronta in modo pressoché esaustivo il passaggio dal mondo *offline* a quello *online*.

Ma il vero salto epocale — tuttora in fase di acceso dibattito¹⁷ — è quello di ammettere a largo spettro i “*remote hearings*” ossia le “udienze da remoto” tramite piattaforma elettronica. Tenere le udienze da remoto si è reso addirittura una misura necessaria, in quanto in molti Paesi, anche sede di enti che amministrano arbitrati, ci sono stati dei *lockdown* che hanno reso impossibile lo svolgimento delle udienze in presenza. Poiché il fondamento dei poteri degli arbitri riposa sull’accordo delle parti, per evitare il rinvio *ad aeternum* o *ad nauseam* della decisione arbitrale, gli arbitri hanno pragmaticamente ricercato il consenso delle parti per tenere le udienze da remoto ma sono emerse diverse criticità che divengono quasi invincibili nel caso di un arbitrato tenuto completamente online (*full remote*), a differenza di quello organizzato secondo forme ibride o parzialmente trasportate sulle reti telematiche.

Una prima spinosa problematica si ha, in fatti, in fase di audizione dei testimoni e dei consulenti in quanto, se effettuata “da remoto”, comporta una maggior difficoltà nella valutazione dell’attendibilità dei soggetti coinvolti, soprattutto attraverso la *cross examination*.

In secondo luogo, se le udienze si svolgono in un ambiente virtuale che, per definizione, non è direttamente controllato dalle parti, si va incontro al rischio di interferenze e di possibile inquinamento degli elementi probatori durante le testimonianze.

Infine, poiché l’arbitrato da remoto si svolge fuori dal mondo fisico e dallo spazio-tempo, sussiste un rischio di peculiari violazioni del principio del contraddittorio: si pensi ad esempio ai diversi fusi orari in cui gli attori del processo arbitrale sono ubicati, la diversa tempistica per l’escussione testi, il diverso accesso alle reti telematiche e la diversa capacità tecnologica (il c.d. *digital divide*). Per non parlare del caso in cui

¹⁶ G. DE NOVA, *Towards Virtual Arbitration?*, in F. MARRELLA e N. SOLDATI (a cura di), *Arbitrato, contratti e diritto del commercio internazionale. Studi in onore di Giorgio Bernini*, Milano, 2021; ICC Guidance Note on Possible Measures Aimed at Mitigating the Effects of the COVID-19 Pandemic, al sito <https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2020/04/guidance-note-possible-measures-mitigating-effects-covid-19-english.pdf> (consultato l’8 giugno 2022).

¹⁷ M. SCHERER, NIUSCHA BASSIRI et al. (eds), *International Arbitration and the COVID-19 Revolution*, Kluwer Law International, 2020, *passim*; M. SCHERER, *Remote Hearings in International Arbitration: An Analytical Framework*, in *J. Int. Arb.*, 2020, 407-448.

FABRIZIO MARRELLA - PATRICIO IGNACIO BARBIROTTO

il testimone dell'attore partecipi fisicamente all'udienza mentre il testimone del convenuto partecipi solo da remoto.

Nella medesima prospettiva, non si può sottacere la problematica dei *cyberattacchi*¹⁸. Che cosa comporterebbe un cyberattacco volto all'interruzione di un'udienza sfavorevole? O addirittura un attacco che miri ad eliminare parti delle e-memorie delle controparti?

Alla luce di tali considerazioni, diventa cruciale anche il servizio di supporto tecnologico degli enti che amministrano l'arbitrato i quali, tuttavia, possono fornire livelli disomogenei di assistenza e supporto all'udienza da remoto. E non v'è dubbio che si tratta di aspetti che incidono sul contratto di amministrazione di arbitrato tra le parti e l'ente e che, in alcuni casi, possono determinarne la responsabilità civile¹⁹.

Oggi, alcuni enti, come l'ICSID, forniscono una piattaforma elettronica ed i servizi stenografici o di registrazione che fossero necessari (come esposto nella "Brief guide to online hearings" del 4 marzo 2020)²⁰; altri centri come l'ICC, invece, consigliano le parti e gli arbitri nella scelta della piattaforma informatica più idonea²¹; l'Hong Kong International Arbitration Centre (HKIAC) offre, a propria volta, un intero pacchetto di servizi sia per le videoconferenze che per la trasmissione degli atti aggiungendo anche i servizi di interpretariato e trascrizione *online*²²; la SCC rinvia alla "*Delos Checklist on Holding Arbitration/Media hearings in times of Covid 19*"²³, un documento predisposto da un ente terzo, la Delos Dispute Resolution²⁴; altri centri, prudentemente, non raccomandano alcuna piattaforma telematica.

198

¹⁸ P. BARBIROTTO, *Le dichiarazioni di Oxford sulle cyberoperazioni e il diritto internazionale: sviluppi recenti*, in *Rivista OIDU*, 5/2021, al sito https://www.rivistaoidu.net/wp-content/uploads/2021/12/10_Barbirotto.pdf (consultato l'8 giugno 2022).

¹⁹ Tra una vasta letteratura v. sull'arbitrato *off line*: G. MIRABELLI, *Contratti nell'arbitrato (con l'arbitro; con l'istituzione arbitrale)*, in *Rass. arb.*, 1990, 3 ss., R. CAPONI, *L'arbitrato amministrato dalle camere di commercio in Italia*, in questa *Rivista*, 2000, 663 ss.

²⁰ ICSID, *A Brief Guide to Online Hearings at ICSID*, 4 marzo 2020, al sito <https://icsid.worldbank.org/news-and-events/news-releases/brief-guide-online-hearings-icsid?CID=362> (consultato l'8 giugno 2022).

²¹ Para. 31 della ICC Guidance Note on Possible Measures Aimed at Mitigating the Effects of the COVID-19 Pandemic, cit. alla nota 15.

²² HKIAC, *Guidelines for Virtual Hearings*, al sito https://www.hkiac.org/sites/default/files/ck_filebrowser/HKIAC%20Guidelines%20for%20Virtual%20Hearings_2.pdf (consultato l'8 giugno 2022).

²³ Arbitration Institute of the SCC, *Checklist on holding hearings in times of Covid*, 16 marzo 2020, al sito <https://sccinstitute.com/about-the-scc/news/2020/checklist-on-holding-hearings-in-times-of-covid-19/> (consultato l'8 giugno 2022).

²⁴ DELOS Dispute Resolution, *Delos checklist on holding arbitration and mediation hearings in times of COVID-19*, seconda versione del 20 marzo 2020, al sito <https://delosdr.org/checklist-on-holding-hearings-in-times-of-covid-19/> (consultato l'8 giugno 2022).

ARBITRATO INTERNAZIONALE E PIATTAFORME TELEMATICHE

Quest'ultima scelta è a ragion veduta probabilmente quella più saggia, visto che l'ente che amministra l'arbitrato può essere qualificato un *Data Controller* (titolare del trattamento) ai sensi del Regolamento generale sulla protezione dei dati (GDPR)²⁵. Se così è, un ente che amministra arbitrati altrui dispone almeno dei dati personali degli arbitri e delle parti di cui agli artt. 13-22 e 30 GDPR²⁶, ma si tratta di un tema ancora inesplorato e che si riverbera tanto sul contratto tra le parti e l'ente che amministra l'arbitrato; quanto sul contratto tra detto ente e gli arbitri.

3. *Efficienza, efficacia e cybersecurity.* — Alla luce delle considerazioni precedenti, l'*International Council for Commercial Arbitration* (ICCA) congiuntamente alla New York City Bar Association (NYC Bar) e all'*International Institute for Conflict Prevention & Resolution* (CPR), con l'assistenza della Corte Permanente di Arbitrato de L'Aia (CPA), ha predisposto un apposito protocollo per la cybersicurezza nell'arbitrato internazionale, intitolato "ICCA-NYC Bar-CPR Protocol on Cybersecurity in International Arbitration (2020)" (in seguito "Protocollo"), pubblicato sul finire del 2019 con l'ICCA Reports No. 6²⁷, proprio sull'onda degli attacchi cibernetici che già prima della pandemia diventavano sempre più frequenti. Detto protocollo è stato elaborato al fine di offrire delle linee guida, sia per l'identificazione di quelli che sono i potenziali rischi per la sicurezza delle informazioni sensibili durante lo svolgimento delle procedure arbitrali, sia per l'identificazione e l'implementazione delle misure da adottare in relazione a suddetti rischi. Inoltre il protocollo si pone anche l'obiettivo di aumentare il grado di consapevolezza da parte degli operatori del settore relativamente alla necessità di

²⁵ Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016 relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati), al sito <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32016R0679&from=EN> (consultato l'8 giugno 2022). All'art.4(7) del GDPR si definisce come titolare del trattamento "la persona fisica o giuridica, l'autorità pubblica, il servizio o altro organismo che, singolarmente o insieme ad altri, determina le finalità e i mezzi del trattamento di dati personali".

²⁶ Gli articoli dal 13 al 23 costituiscono il Capo III del GDPR, dedicato ai diritti dell'interessato, mentre l'articolo 30 tratta i registri delle attività di trattamento dei dati.

²⁷ ICCA-NYC Bar-CPR *Protocol on Cybersecurity in International Arbitration* (2020), ICCA Reports No. 6, 2019, al sito https://cdn.arbitration-icca.org/s3fs-public/document/media_document/icca-nyc_bar-cpr_cybersecurity_protocol_for_international_arbitration_-_print_version.pdf (consultato l'8 giugno 2022).

FABRIZIO MARRELLA - PATRICIO IGNACIO BARBIROTTO

proteggere le informazioni sensibili da attacchi che possono essere sia cibernetici che fisici. Pur essendo pensato per l'arbitrato transnazionale, il protocollo può ricevere applicazione, sia nell'ambito degli arbitrati interni, sia in quello degli arbitrati fra Stati e privati stranieri. Detto Protocollo, inoltre, induce ad una più agevole *compliance* della gestione dei dati sensibili durante l'arbitrato rispetto a quelli che sono i regimi di tutela dei dati personali, quali il citato GDPR²⁸ a cui si è fatto cenno poc'anzi.

Il Protocollo consta di 14 principi corredati di commentario e di sei *schedules* che completano i principi con linee guida dettagliate.

I primi quattro principi sono dedicati all'ambito di applicazione del protocollo. In particolare, il Principio n. 2²⁹ invita gli arbitri e l'istituzione che amministra l'arbitrato a prendere in considerazione, come punto di riferimento, le buone pratiche elencate alla *schedule A* e l'impatto che le proprie procedure di sicurezza hanno sullo svolgimento dell'arbitrato. Nello specifico, la *schedule A* suggerisce una *checklist* di alcuni punti da considerare ed in relazione a detti punti un ampio spettro di possibili misure da adottare e di comportamenti da tenere che vanno a coprire praticamente ogni possibile vulnerabilità tecnologica, dalla gestione delle *password* e l'aggiornamento costante dei *software* utilizzati fino all'adozione di complesse tecniche di crittografia³⁰. Il Principio n. 3³¹ richiede poi ai soggetti coinvolti di assicurarsi che tutte le persone interessate, anche in forma indiretta, siano al corrente sia delle misure di sicurezza adottate per le informazioni sensibili, che del potenziale impatto che potrebbe avere un eventuale incidente di sicurezza. Il Principio n. 4 infine sottolinea come il Protocollo non sostituisca la legge applica-

200

²⁸ Nel Preambolo del Protocollo si dice che “*Adherence to the Protocol may therefore facilitate compliance with data protection legal regimes such as the European Union General Data Protection Regulation*” pur sottolineando come il focus del Protocollo “*is on mitigating information security risks and not on achieving compliance with such regimes*”. Cit. alla nota 25.

²⁹ Principio 2 del Protocollo, cit. alla nota 25.

³⁰ La Schedule A del Protocollo elenca i seguenti punti da affrontare nella valutazione e nella predisposizione delle misure di sicurezza informatica dell'arbitrato: “*Knowledge and Education*”, “*Asset Management*”, “*Access Control*”, “*Encryption*”, “*Communications Security*”, “*Physical and Environmental Security*”, “*Operations Security*” e “*information Security Incident Response*”. All'interno di ogni categoria sono contenute una serie di misure e accorgimenti di base da tenere relativamente alle problematiche sensibili di ogni categoria. Cit. alla nota 25.

³¹ Principio 3 del Protocollo, cit. alla nota 25.

ARBITRATO INTERNAZIONALE E PIATTAFORME TELEMATICHE

bile al merito, al procedimento arbitrale o gli obblighi etici e professionali delle parti ³².

Il Principio n. 6 ³³ identifica alcune regole di condotta per la determinazione delle misure da implementare in presenza di specifici rischi. Nella *schedule B* si evidenzia come il profilo di rischio dell'arbitrato possa essere influenzato, sia dalla natura dell'oggetto dell'arbitrato stesso, che, addirittura, dall'identità dei soggetti coinvolti ³⁴. La valutazione andrà fatta anche sulle procedure e sulle capacità di sicurezza già in essere e soprattutto sulle infrastrutture di sicurezza predisposte alla luce delle categorie di misure da adottare di cui al successivo Principio n. 7 ³⁵. Dette misure sono da ricondursi alle categorie di gestione degli *asset*, del controllo degli accessi, della crittografia, della sicurezza delle comunicazioni, della sicurezza fisica ed ambientale, della sicurezza delle operazioni e della gestione degli incidenti concernenti la sicurezza delle informazioni. Il Principio n. 8, poi, evidenzia che, in particolari casi, le misure da adottare siano da "cucirsi su misura" sui vari profili di rischio presenti nelle varie fasi dell'arbitrato, quali lo scambio e la trasmissione delle informazioni, la conservazione delle informazioni, i viaggi, le udienze e le conferenze e le politiche di conservazione e distruzione delle informazioni una volta terminato l'arbitrato ³⁶.

Una volta definite le misure di protezione da adottare, le modalità con cui queste sono da mettersi in pratica si ritrovano nei principi del Protocollo che vanno dal Principio n. 9 al Principio n. 13. In particolare, i Principi nn. 9 e 10 ribadiscono l'autonomia delle parti nel determinare e porre in essere le misure di protezione delle informazioni da adottare in maniera ragionevole e il prima possibile nel corso dell'arbitrato, preferibilmente non più tardi della prima udienza istruttoria (*c.d. case management conference*) ³⁷. Con i Principi nn. 11, 12 e 13 l'attenzione si sposta dall'attività processuale delle parti a quella del tribunale arbitrale

³² Principio 4 del Protocollo, cit. alla nota 25.

³³ Principio 6 del Protocollo, cit. alla nota 25.

³⁴ La Schedule B del Protocollo elenca i fattori da considerare nel determinare il profilo di rischio dell'arbitrato. Tali fattori sono raggruppati in quattro categorie che sono la natura delle informazioni elaborate, il rischio connesso all'oggetto dell'arbitrato ed all'identità delle Parti o di altri soggetti coinvolti o interessati, le caratteristiche peculiari di ogni singolo arbitrato come ad esempio il valore della disputa o il settore economico interessato ed infine le conseguenze di un potenziale incidente. Cit. alla nota 25.

³⁵ Principio 7 del Protocollo, cit. alla nota 25.

³⁶ Principio 8 del Protocollo, cit. alla nota 25.

³⁷ Principi 9 e 10 del Protocollo, cit. alla nota 25.

FABRIZIO MARRELLA - PATRICIO IGNACIO BARBIROTTO

che viene investito dell'autorità di determinare autonomamente le misure di sicurezza da adottare³⁸ o di modificare le misure poste in essere (incluse quelle scelte dalle Parti) a seconda dell'evolversi del procedimento³⁹, oltre alla facoltà, in caso di incidente di sicurezza, di determinare la suddivisione di eventuali costi o di comminare sanzioni ad una delle Parti⁴⁰.

Chiude il Protocollo il Principio n. 14 che stabilisce, curiosamente, come il Protocollo stesso non stabilisca né un'eventuale responsabilità delle Parti né criteri per la determinazione di tale responsabilità⁴¹.

4. *Conclusioni.* — Con lo sviluppo dell'arbitrato tramite piattaforme elettroniche la “sede dell'arbitrato” su cui tanto si è discusso⁴², emerge finalmente nella sua veste più pura, quale sede giuridica, non più come sede fisica. Si tratta del culmine di un lungo processo di transnazionalizzazione del processo arbitrale che aveva suscitato un vivo dibattito tra la dottrina di diritto interno e quella internazionalista a proposito delle sorti del lodo arbitrale annullato nello Stato di origine ma successivamente riconosciuto nello Stato dell'*exequatur*. Oggi, appare più che mai evidente che il *situs arbitri* altro non è che un luogo giuridico, un *hotel* di aeroporto a Ginevra come diceva Emmanuel Gaillard, un luogo virtuale *par essence*, la cui funzione è solo quella di collegare un lodo arbitrale ad un ordinamento statale d'appoggio (la *lex situs arbitri*) in caso di mancato adempimento spontaneo e di contenzioso post-arbitrale.

Fermi restando quegli sviluppi, appare altrettanto evidente che, nonostante il progresso della tecnologia, l'intelligenza artificiale può fungere — per ora — solo da strumento ausiliario nell'arbitrato internazionale senza sostituirsi *in toto* all'attività umana degli arbitri. L'obbligo di riservatezza e confidenzialità che è alla base di questo procedimento fa sì che non tutti i lodi siano pubblicati e che ogni istituzione

³⁸ Il Principio 11 del Protocollo stabilisce che il tribunale arbitrale “*has the authority to determine the information security measures applicable to the arbitration*”, cit. alla nota 25.

³⁹ Principio 12 del Protocollo, cit. alla nota 25.

⁴⁰ Principio 13 del Protocollo, cit. alla nota 25.

⁴¹ Principio 14 del Protocollo, cit. alla nota 25.

⁴² V. ad es. Ph. FOUCHARD, *Suggestions pour accroître l'efficacité internationale des sentences arbitrales*, in *Rev. arb.*, 1998, 653-672; A. BELOHLAVEK, *Importance of the Seat of Arbitration in International Arbitration: Delocalization and Denationalization of Arbitration as an Outdated Myth*, in *ASA Bulletin*, 2013, 262-292 ed una sintesi dell'intero dibattito in M. PERNET, *Le siège de l'arbitrage international: étude d'une autonomisation*, préface d'Éric Loquin, CREDIMI, Paris, Lexis Nexis, 2020.

ARBITRATO INTERNAZIONALE E PIATTAFORME TELEMATICHE

arbitrale abbia una propria *policy* in materia, ciò che inficia il grado di affidabilità di qualunque algoritmo basato su IA. Inoltre, nella migliore delle ipotesi, l'IA riuscirebbe ad analizzare — parzialmente a causa della limitata pubblicazione dei lodi — solo quei lodi secondo diritto pronunciati tramite arbitrato amministrato, lasciando fuori dal “conteggio” i lodi decisi secondo equità e quasi tutti i lodi risultati da arbitrati *ad hoc*.

In conclusione, pur se l'intelligenza artificiale risulta essere uno strumento utilissimo per l'arbitrato del nostro tempo, è impossibile per un algoritmo cogliere lo spirito essenziale dell'arbitrato. Il cuore antico dell'arbitrato commerciale, diceva Francesco Galgano, si ritrova dipinto in un passo di Baldo degli Ubaldi, il quale nel Trecento, dinanzi alla già presente geometria del diritto processuale locale all'epoca dell'antica *lex mercatoria*, affermava che “in causis mercatorum, ubi de bona fide agitur, non congruit de iuris apicibus disputare”. Ed infatti rendere il processo arbitrale transnazionale alla stregua di un processo meccanico aritmetico e calcolabile significa tradire la storia di questo istituto, la cui essenza e funzione, diceva Eugenio Minoli, in fondo null'altro è quella di “far giustizia conservando l'amicizia”. Umano, dunque, troppo umano.

