



Isaidat Law Review

A comparative approach to knowledge

N. 2 2022



Istituto Subalpino per l'Analisi e
l'Insegnamento del Diritto delle Attività
Transnazionali

Isaidat Law Review covers all aspects of comparative and transnational law. It is also dedicated to the neighbouring fields of legal anthropology, law and language, law and arts, law and the cognitive sciences, as well as to the dialogue between law and other disciplines. Articles are subject to double blind peer review.

La linea editoriale della Isaidat Law Review coinvolge tutte le aree del diritto comparato e transnazionale. Accoglie inoltre articoli sui temi contigui dell'antropologia giuridica, sui rapporti tra lingua e diritto, diritto e arti, nonché sull'apporto delle scienze cognitive al diritto e, più in generale, sul dialogo tra il diritto e le altre discipline. I contributi che appaiono sulla rivista sono soggetti a una procedura di peer review a doppio cieco.

ISAIDAT LAW REVIEW

established by Prof. Rodolfo Sacco

Editor Prof. Michele Graziadei

Deputy Editor Dr Domenico di Micco

Comitato di direzione / Steering committee	Comitato scientifico internazionale / International advisory board	Comitato editoriale / Editorial board
Gianmaria Ajani	Jürgen Basedow	Domenico di Micco
Gianantonio Benacchio	Pablo Salvador Coderch	Lorenzo Bairati
Mauro Bussani	James Gordley	Giovanni Boggero
Raffaele Caterina	Nicholas Kasirer	Marco Giraudo
Rossella Cerchia	Duncan Kennedy	Geo Magri
Silvia Ferreri	Hein Kötz	Sabrina Praduroux
Antonio Gambaro	Horatia Muir Watt	Federico Riganti
Bianca Gardella	Etienne Le Roy	Lorenzo Serafinelli
Alberto Gianola	Vernon V. Palmer	Shaira Thobani
Michele Graziadei	Reiner Schulze	Vittoria Trifiletti
Elena Ioriatti	François Terré	
Sabrina Lanni	Jacques Vanderlinden †	
Salvatore Mancuso	Marcilio Franca Filho	
Barbara Pasa		
Barbara Pozzo		
Marina Timoteo		

Contacts

info@isaidat.org - www.isaidatlawreview.org

ISSN: 2039-1323

Isaidat Law Review is supported by ISAIDAT - Subalpine Institute for the Analysis and Teaching of Transnational Affairs Law, under the patronage of the Accademia Nazionale dei Lincei.

Isaidat Law Review è sostenuta da ISAIDAT - Istituto Subalpino per l'Analisi e l'Insegnamento del Diritto delle Attività Transnazionali, ente di ricerca con il patrocinio dell'Accademia Nazionale dei Lincei.

Indice

Changes and Challenges in Private Law

Intelligenza artificiale, personalità e responsabilità extracontrattuale <i>Stefano Fanetti</i>	5
Il diritto privato nel prisma del diritto costituzionale: alcune riflessioni sul rapporto tra diritto contrattuale e dignità umana <i>Christian von Bar</i>	31

The Multiple Creative Dimensions of Law

The Post-Westphalian Polyhedral Dimension of Legal Mutation – A Case Study: Party Autonomy in International Contracts in Latin America <i>Lorenzo Serafinelli</i>	43
Good breakups: a brief recap of the case for institutional competition, from a public law and economics perspective <i>Riccardo De Caria</i>	61
The Chinese Approach to Dispute Settlement under the BRI <i>Marta Bono</i>	73

Some Issues of Legal Methodology

Tra categorizzazione e bilanciamento: la giurisprudenza della Corte Suprema statunitense in una dicotomia dai labili confini <i>Vittoria Margherita Sofia Trifiletti</i>	91
Orizzontale e verticale nelle logiche della comparazione: antropologia di una forma mentis <i>Domenico di Micco</i>	105

Intelligenza artificiale, personalità e responsabilità extracontrattuale

Stefano FANETTI*

Il presente saggio, dopo aver offerto un inquadramento del concetto di intelligenza artificiale (IA), affronta la questione del riconoscimento della ‘personalità elettronica’ ai dispositivi IA, ipotesi prospettata dal Parlamento europeo nel 2017 e successivamente abbandonata dalle istituzioni dell’Unione europea. In quest’ottica si cercherà di capire come immaginare la ‘persona elettronica’ – come una persona fisica? Qualcosa di simile a una *corporation*? Un nuovo modello di persona giuridica? –. Da ultimo l’analisi riflette sull’utilità dell’introduzione della personalità elettronica per affrontare le sfide che i dispositivi IA pongono al sistema della responsabilità extracontrattuale.

After having dealt with the concept of artificial intelligence (AI), this essay addresses the possible recognition of an ‘electronic personality’ for AI devices, proposed by the European Parliament in 2017 and subsequently abandoned by the EU institutions. In this light, this study tries to understand how to imagine this ‘electronic person’ – as a natural person? Something like a corporation? A new model of legal entity? –. Lastly, the analysis reflects on the usefulness of introducing electronic personality to face the challenges that AI devices pose to the system of non-contractual liability.

1. INTRODUZIONE

“L’intelligenza artificiale è oramai ovunque”: ne parlano tutti, spesso a sproposito¹. Si tratta di un tema che ha radici molto profonde, risalenti all’antico desiderio dell’uomo di ‘fabbricare gli dei’², e che è passato nel tempo attraverso miti, storie e leggende di culture e popoli tra loro assai diversi³. A tal proposito, il Parlamento europeo, in una nota risoluzione del 2017⁴, ci ricorda che: “dal mostro di Frankenstein ideato da Mary Shelley al mito classico di Pigmalione, passando per la storia del Golem di Praga e il robot di Karel Čapek, che ha coniato la parola, gli esseri umani hanno fantasticato sulla

* Ricercatore a tempo determinato (RtdA) in Diritto Privato Comparato, Università degli Studi dell’Insubria – Dipartimento di Diritto, Economia e Culture

¹ G.F. ITALIANO, *Le sfide interdisciplinari dell’intelligenza artificiale*, in *Analisi giur. econ.*, 2019, 1, p. 9.

² *Ibidem*.

³ J. TURNER, *Robot Rules. Regulating Artificial Intelligence*, Cham, 2019, p. 4.

⁴ Risoluzione del Parlamento europeo del 16 febbraio 2017 recante raccomandazioni alla Commissione concernenti norme di diritto civile sulla robotica (2015/2103(INL)).

possibilità di costruire macchine intelligenti, spesso androidi con caratteristiche umane”⁵.

Al di là di questi aspetti ‘evocativi’, le ricerche nel settore dell’intelligenza artificiale (IA) possono farsi risalire agli anni Cinquanta del secolo scorso⁶, anche se solo all’alba del nuovo millennio gli studi in materia sono giunti a una svolta⁷; oggi possiamo considerare che l’IA e la robotica rappresentano probabilmente “una delle innovazioni più radicali del XXI secolo, in grado di alterare (...) i sistemi e gli equilibri economici e le strutture sociali esistenti”⁸ e, quindi, di incidere profondamente sugli assetti normativi in essere⁹.

Di questo epocale cambiamento in atto hanno via via preso consapevolezza diversi governi nazionali e non solo. Si pensi all’Unione Europea che, attraverso l’intervento delle sue istituzioni, ha mandato dei messaggi molto chiari, sottolineando, ad esempio, che “(l’)intelligenza artificiale (IA) non è fantascienza: fa già parte delle nostre vite”¹⁰ o anche che “come l’elettricità nel passato, l’intelligenza artificiale (IA) sta trasformando il nostro mondo”¹¹.

Già, ma questa rivoluzione, senza dubbio attesa e largamente positiva¹², pone sfide interdisciplinari¹³, rischi inediti¹⁴ e, se possibile, arricchisce la complessità della nostra

⁵ *Ibid.*, considerando A.

Si veda anche: A. CASELLI, *Dagli artifici dell’intelligenza all’Intelligenza Artificiale*, in F. PIZZETTI (cur.), *Intelligenza artificiale, protezione dei dati personali e regolazione*, Torino, 2018, p. 193 ss.

⁶ Sul punto: J. TURNER, *op. cit.*, p. 3; P. ČERKA, J. GRIGIENĖ, G. SIRBIKYTĖ, *Liability for damages caused by artificial intelligence*, in *Comput. Law Secur. Rev.*, 2015, 31(3), p. 378.

Per una storia minima dell’intelligenza artificiale: A. SANTOSUOSSO, *Intelligenza artificiale e diritto. Perché le tecnologie di IA sono una grande opportunità per il diritto*, Milano, 2020, p. 2 ss. Sul ‘confronto filosofico’ sviluppatosi sulla IA: F. ROMEO, *Il diritto artificiale*, Torino, 2002, p. 22 ss.

⁷ U. PAGALLO, *Intelligenza Artificiale e diritto. Linee guida per un oculato intervento normativo*, in *Sistemi intelligenti*, 2017, 3, p. 615.

⁸ E. STRADELLA, *La regolazione della Robotica e dell’Intelligenza artificiale: il dibattito, le proposte, le prospettive. Alcuni spunti di riflessione*, in *Medialaws*, 2019, 1, p. 74.

⁹ M. COSTANZA, *L’AI: de iure condito e de iure condendo*, in U. RUFFOLO (cur.), *Intelligenza artificiale. Il diritto, i diritti, l’etica*, Milano, 2020, p. 407.

¹⁰ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni “L’intelligenza artificiale per l’Europa”, Bruxelles, 25.4.2018, COM(2018) 237 final, p. 1.

¹¹ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni “Piano coordinato sull’intelligenza artificiale”, Bruxelles, 7.12.2018, COM(2018) 795 final, p. 1.

¹² È indubbio che l’intelligenza artificiale cambierà le nostre vite, migliorandole (sul punto: Commissione Europea, *Libro bianco sull’intelligenza artificiale – Un approccio europeo all’eccellenza e alla fiducia*, Bruxelles, 19.2.2020, COM(2020) 65 final, p. 1). Valga come esempio quello delle *driverless car*, che “diminuiranno drasticamente il numero degli incidenti stradali e permetteranno la guida anche a persone molto anziane o disabili” (A. FUSARO, *Quale modello di responsabilità per la robotica avanzata? Riflessioni a margine del percorso europeo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, 6, p. 1344).

¹³ G.F. ITALIANO, *op. cit.*, p. 9.

¹⁴ “Al tempo stesso, l’intelligenza artificiale (IA) comporta una serie di rischi potenziali, quali meccanismi decisionali opachi, discriminazioni basate sul genere o di altro tipo, intrusioni nelle nostre vite private o utilizzi per scopi criminali” (Commissione Europea, *Libro bianco sull’intelligenza artificiale*, cit., p. 1).

Si veda anche: R. PEETERS, M. SCHUILENBURG, *The algorithmic society: An introduction*, in M. SCHUILENBURG, R. PEETERS (eds.), *The Algorithmic Society. Technology, Power, and Knowledge*, Abingdon-New York, 2021, p. 7 ss.

Con specifico riferimento ai rischi e alle opportunità legate all’utilizzo dell’IA nel settore sanitario: M. CORRALES COMPAGNUCCI *et al.* (eds.), *AI in eHealth. Human Autonomy, Data Governance and Privacy in Healthcare*, Cambridge, 2022.

società, complessità che ovviamente è anche giuridica¹⁵. E, così, alla accresciuta consapevolezza della capacità delle macchine di sostituire, almeno in parte, l'uomo in diverse sue attività si collega la riflessione della filosofia e del diritto su un potenziale superamento della dicotomia cosa-persona¹⁶. A questo riguardo, lo sviluppo tecnologico, in particolare nell'ambito della robotica, sta determinando il progressivo emergere di surrogati artificiali degli individui o delle relative volizioni – ‘postumani’, si è detto con una suggestiva espressione¹⁷ –, dotati di capacità di apprendimento e autonomia decisionale¹⁸, che possono porre dei dubbi circa l’“adeguatezza della loro riconduzione all'alveo tradizionale della *res*”¹⁹. Si tratta di beni o soggetti giuridici²⁰? O, ancora, siamo in presenza di meri prodotti o, piuttosto, di agenti²¹? Non è semplice rispondere dato che i principi giuridici che dovrebbero disciplinare l'intelligenza artificiale sono ancora in una fase iniziale del loro sviluppo²².

Queste questioni si accompagnano a problemi inediti per gli studiosi, primo fra tutti quello della responsabilità per danni determinati dai cosiddetti robot²³. Superando l'aspetto ontologico e adottando un approccio funzionale, occorre chiedersi se i modelli tradizionali di responsabilità, definiti dal legislatore o emersi dalla giurisprudenza, siano idonei a rispondere adeguatamente alle sfide poste dall'intelligenza artificiale²⁴, soprattutto tenendo conto che, in un numero sempre maggiore di casi, appare “estremamente oneroso o addirittura impossibile” identificare il soggetto che abbia “il controllo del ri-

¹⁵ L. COPPINI, *Robotica e intelligenza artificiale: questioni di responsabilità civile*, in Pol. dir., 2018, 4, p. 713.

¹⁶ G. TADDEI ELMI, F. ROMANO, *Il robot tra ius condendum e ius conditum*, in Inf. dir., 2016, 1, p. 115.

¹⁷ P. STANZIONE, *Biodiritto, postumano e diritti fondamentali*, in AA.VV., Studi in memoria di Bruno Carboni, Napoli, 2010, p. 1061 ss.

¹⁸ Sul punto: W. BARFIELD, *Towards a law of artificial intelligence*, in W. BARFIELD, U. PAGALLO (eds.), Research Handbook on the Law of Artificial Intelligence, Cheltenham-Northampton, 2018, p. 2; M. GABBRIELLI, *Dalla logica al deep learning: una breve riflessione sull'intelligenza artificiale*, in U. RUFFOLO (cur.), XXVI lezioni di Diritto dell'Intelligenza Artificiale. Saggi a margine del ciclo seminariale “Intelligenza Artificiale e diritto” (2020), Torino, 2021, p. 29 s.

A proposito dell'autonomia del robot, secondo la già citata risoluzione del Parlamento europeo del 2017, essa “può essere definita come la capacità di prendere decisioni e metterle in atto nel mondo esterno, indipendentemente da un controllo o un'influenza esterna; (...) tale autonomia è di natura puramente tecnologica e il suo livello dipende dal grado di complessità con cui è stata progettata l'interazione di un robot con l'ambiente; (...) più i robot sono autonomi, meno possono essere considerati come meri strumenti nelle mani di altri attori (...)” (Risoluzione del Parlamento europeo del 16 febbraio 2017, cit., considerando AA-AB).

¹⁹ L. COPPINI, *op. cit.*, p. 714.

Sul punto anche: S.M. SOLAIMAN, *Legal personality of robots, corporations, idols and chimpanzees: a quest for legitimacy*, in Artif. Intell. Law, 2017, 25, p. 172.

²⁰ P. STANZIONE, *op. cit.*, p. 1063.

Si veda anche: M. FARINA, *Brevi riflessioni sullo status delle “persone elettroniche”*, in Ircocervo, 2021, 2, p. 118.

²¹ Sul punto: M. BASSINI, L. LIGUORI, O. POLLICINO, *Sistemi di Intelligenza Artificiale, responsabilità e accountability. Verso nuovi paradigmi?*, in F. PIZZETTI (cur.), Intelligenza artificiale, cit., p. 356; G. CAPILLI, *I criteri di interpretazione delle responsabilità*, in G. ALPA (cur.), Diritto e intelligenza artificiale, Pisa, 2020, p. 473.

²² P. DUGGAL, *Artificial Intelligence Law*, independently published, 2017, p. 4.

²³ In merito: U. SALANITRO, *Intelligenza artificiale e responsabilità: la strategia della Commissione Europea*, in Riv. dir. civ., 2020, 6, p. 1246; THE RIGHT HON. LORD HODGE P.C., *Financial Technology: Opportunities and Challenges to Law and Regulation*, in D.J. BAKER, P.H. ROBINSON (eds.), Artificial Intelligence and the Law. Cybercrime and Criminal Liability, Abingdon-New York, 2021, p. 42.

²⁴ Sul punto: A. FUSARO, *op. cit.*, p. 1344; H. ZECH, *Liability for AI: public policy considerations*, in ERA Forum, 2021, 22, p. 147; G. PASSAGNOLI, *Ragionamento giuridico e tutele nell'intelligenza artificiale*, in Pers. Merc., 2019, 3, p. 82.

schio associato al sistema di IA”²⁵, anche in considerazione delle “caratteristiche specifiche dell’IA, tra cui la complessità, l’autonomia e l’opacità (il cosiddetto effetto “scatola nera”)”²⁶. Inutile dire che l’argomento ‘responsabilità’ rappresenta forse la maggior barriera alla diffusione dell’IA e al suo utilizzo da parte delle imprese; a tal proposito la Commissione europea, nell’ambito della proposta di direttiva relativa all’adeguamento delle norme in materia di responsabilità civile extracontrattuale all’intelligenza artificiale, presentata nel settembre 2022, ha evidenziato che la responsabilità viene “citata come l’ostacolo esterno più rilevante (43%) per le imprese che intendono adottare l’IA, ma che non lo hanno ancora fatto”²⁷.

In dottrina e tra gli attori istituzionali a vari livelli si discute dunque su come affrontare questa problematica e se una possibile risposta possa passare dal riconoscimento della personalità elettronica; si tratterebbe di una soluzione ‘innovativa’ dal momento che, allo stato, nessun tribunale si è mai trovato a dirimere la questione se i dispositivi IA dovessero essere classificati come soggetti di diritto, né alcun regolamento o legge ha personificato i robot²⁸; certo, ci sono stati casi sporadici in cui sono stati conferiti ‘diritti’ a dei robot, ma si tratta, come si vedrà, di vicende essenzialmente simboliche.

2. CHE COSA SI INTENDE CON INTELLIGENZA ARTIFICIALE?

Prima di addentrarci più a fondo nel tema pare doveroso offrire per sommi capi un’ipotesi definitoria del concetto di ‘intelligenza artificiale’, cercando di enuclearne alcune caratteristiche chiave. A riguardo, va subito detto che tanto la dottrina quanto i diversi strumenti di *policy*, che, a vari livelli, si sono interessati al tema, propongono soluzioni differenziate²⁹. In effetti, l’espressione ‘intelligenza artificiale’ viene a connotarsi come una *buzzword*, rappresentando nella realtà un concetto vago e indeterminato – uno *spectrum*³⁰ –, che copre una vasta, eterogenea e mutevole serie di applicazioni³¹.

Così c’è chi ha provato a formulare dei metodi per redigere una definizione generale di IA³² e chi, dopo aver raccolto e analizzato alcune definizioni significative, non tecni-

²⁵ Risoluzione del Parlamento europeo del 20 ottobre 2020 recante raccomandazioni alla Commissione su un regime di responsabilità civile per l’intelligenza artificiale (2020/2014(INL)), considerando H.

²⁶ Commissione Europea, Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa all’adeguamento delle norme in materia di responsabilità civile extracontrattuale all’intelligenza artificiale (direttiva sulla responsabilità da intelligenza artificiale), Bruxelles, 28.9.2022, COM(2022) 496 final, Relazione, p. 1.

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ G. WAGNER, *Robot, Inc.: Personhood for Autonomous Systems?*, in Fordham L. Rev., 2019, 88(2), p. 593.

²⁹ P. DUGGAL, *op. cit.*, p. 17 ss.

³⁰ J. YOSHIKAWA, *Sharing the costs of artificial intelligence: Universal no-fault social insurance for personal injuries*, in Vand. J. Ent. & Tech. L., 2019, 21(4), p. 1160.

³¹ A. BERTOLINI, *Artificial Intelligence and civil liability*, European Parliament Legal Affairs, Policy Department for Citizens’ Rights and Constitutional Affairs Directorate-General for Internal Policies, PE 621.926 – July 2020, p. 15.

A questo proposito è stato acutamente affermato che le definizioni sono talmente varie ed eterogenee da poter spaziare da un robot super intelligente, umanoide, sapiente e conquistatore del mondo a un’applicazione che si limita a suggerire che il tempo giustifica l’uso di un cappotto (I. GIUFFRIDA, F. LEDERER, N. VERMEYS, *A legal perspective on the trials and tribulations of AI: How artificial intelligence, the internet of things, smart contracts, and other technologies will affect the law*, in Case W. Res. L. Rev., 2018, 68(3), p. 752).

³² Adesempio: R. MARTINEZ, *Artificial Intelligence: Distinguishing Between Types & Definitions*, in Nev. L. J., 2019, 19(3), p. 1033 ss.

che (ossia da diversi dizionari), tecniche (ovvero emergenti dalla letteratura scientifica di settore) e ‘politiche’ (rintracciabili in piani e strategie varati da differenti istituzioni), ha evidenziato quanto sia complicato (nonché, forse, inefficace e inutile) addivenire ad una *future-proof definition*³³.

Una ‘classica’ definizione di IA è stata coniata da quello che può esserne definito il ‘padre’, ossia John McCarthy³⁴, secondo cui essa sarebbe “la scienza e l’ingegneria del creare macchine intelligenti, in particolare programmi informatici intelligenti”³⁵, intendendosi con intelligenza “la parte computazionale della capacità di raggiungere degli obiettivi nel mondo. Vari tipi e gradi di intelligenza si riscontrano nelle persone, in molti animali e in alcune macchine”³⁶. In sintesi, l’intelligenza artificiale non sarebbe altro che l’intelligenza manifestata dalle macchine³⁷.

Un altro punto di partenza per rispondere alla domanda su che cosa sia l’intelligenza artificiale è quello di considerare le tipologie di problemi affrontati attraverso la tecnologia IA³⁸. In questo senso, l’intelligenza artificiale è stata descritta come l’automazione delle attività che associamo al pensiero umano, attività quali il processo decisionale, la risoluzione dei problemi e l’apprendimento³⁹.

È stato, tuttavia, da più parti evidenziato come immaginare la tecnologia IA alla stregua di macchine pensanti – ossia come una sorta di cognizione computerizzata sintetica che corrisponde o supera il livello dell’intelligenza umana – sia, almeno allo stato attuale, una forzatura⁴⁰. In effetti, la tipologia di intelligenza attualmente incorporata in tali ‘artefatti’ è diversa da quella umana: l’intelligenza umana è multiforme, contenendo aspetti non solo cognitivi, ma anche emotivi e sociali⁴¹. Sotto altro profilo, proprio il riferimento a ‘problemi da risolvere’, ‘risultati’ o ‘obiettivi’ indica “che l’intelligenza artificiale è per lo più verticale: è eccellente nel fare una cosa rispetto alla versatilità dell’intelligenza umana che potremmo definire orizzontale e adatta a una molteplicità di compiti”⁴². L’IA è dunque un’intelligenza diversa da quella umana, come, del resto, lo è

³³ Così ha fatto Andrea Bertolini nell’interessante studio commissionato dal Parlamento europeo e citato in nota 31. Si veda: A. BERTOLINI, *op. cit.*, p. 15 ss.

Sul punto anche: J. SCHUETT, *A Legal Definition of AI*, September 4, 2019, disponibile al link: https://www-researchgate.net/publication/336198524_A_Legal_Definition_of_AI.

³⁴ John McCarthy (Boston, 4 settembre 1927 – Stanford, 24 ottobre 2011) è stato un notissimo informatico statunitense, vincitore del Premio Turing nel 1971 per i suoi contributi in materia di intelligenza artificiale.

³⁵ Tradotto da: J. MCCARTHY, *What is artificial intelligence?*, 2004, p. 2, disponibile al link: <http://cse.unl.edu/~choueiry/S09-476-876/Documents/whatisai.pdf>.

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ P. DUGGAL, *op. cit.*, p. 18.

³⁸ H. SURDEN, *Artificial Intelligence and Law: An Overview*, in Ga. St. U. L. Rev., 2019, 35(4), p. 1307.

³⁹ R. BELLMAN, *Artificial Intelligence: Can Computers Think?*, Boston, 1978, p. 3.

Per un approfondimento sul punto: S. RUSSELL, P. NORVIG, *Artificial Intelligence: A Modern Approach (International edition)*, Second edition, Upper Saddle River, 2003, p. 1 ss.

A tal proposito, secondo l’ormai classica definizione offerta da Somalvico, l’intelligenza artificiale “è quella disciplina, appartenente all’informatica, che studia i fondamenti teorici, le metodologie e le tecniche che consentono di progettare sistemi hardware e sistemi di programmi software capaci di fornire all’elaboratore elettronico prestazioni che, a un osservatore comune, sembrerebbero essere di pertinenza esclusiva dell’intelligenza umana” (M. SOMALVICO, *Intelligenza artificiale*, Suppl. di Scienza & Vita nuova, 1987, 8, p. 5).

⁴⁰ Sul punto: H. SURDEN, *op. cit.*, p. 1308; A. SANTOSUOSSO, *op. cit.*, p. 8.

⁴¹ V. DIGNUM, *Responsible Artificial Intelligence: How to Develop and Use AI in a Responsible Way*, Cham, 2019, p. 10.

⁴² G. COMANDÈ, *Responsabilità ed accountability nell’era dell’Intelligenza Artificiale*, in F. DI CIOMMO, O. TROIANO (cur.), *Giurisprudenza e autorità indipendenti nell’epoca del diritto liquido*. Studi in onore di Roberto Padolesci, Piacenza, 2018, p. 1002.

quella animale⁴³; pertanto, per comprendere l'odierna realtà dell'IA diversi autori sottolineano l'opportunità di assumere un atteggiamento meno 'antropocentrico'⁴⁴ e abbandonare l'idea, comune nell'immaginario collettivo, delle rappresentazioni fantascientifiche, stile *Blade Runner* o *Matrix*⁴⁵.

Certo, la sensazione è che comunque qualcosa stia cambiando⁴⁶: da una IA solo 'verticale' o 'specificata' si sta passando a realtà "in grado di svolgere funzioni generali"⁴⁷; a tal proposito è stato evidenziato che "(i) robot più avanzati hanno capacità cognitive paragonabili a quelle di un primate, sono in grado di comunicare mediante il riconoscimento della parola, e possono avere espressioni che imitano alcune emozioni umane nelle loro manifestazioni esteriori"⁴⁸. La prospettiva di addivenire a robot dotati di un'intelligenza artificiale così avanzata da sviluppare "capacità decisionali e processi di autodeterminazione" del tutto simili a quelli umani, benché ancora futuribile, appare a molti come possibile⁴⁹. Diventa quindi fondamentale che il mondo del diritto assuma "un ruolo non semplicemente reattivo, bensì fattualmente proattivo" per governare questi progressi, in corso o potenziali, prevenendoli e non semplicemente inseguendoli⁵⁰.

A questo punto un'altra considerazione è d'obbligo: nelle righe precedenti sono state utilizzate due espressioni 'intelligenza artificiale' e 'robot' dando forse l'idea che siano tra loro intercambiabili. Ecco, non è così⁵¹: l'ambito della robotica non esaurisce quello dell'IA ed esistono forme di robotica che non possono essere ricondotte nell'alveo dell'intelligenza artificiale⁵². Ci sono, infatti, "macchine dotate di un corpo (*embodied*) e quelle che non ce l'hanno (*non-embodied*)". In secondo luogo occorre distinguere se le macchine, sia *embodied* che *non-embodied*, "siano dotate di qualche forma di intelligenza artificiale"⁵³. Tra le macchine *embodied* alcune sono stupide, ossia programmate dall'uomo per agire in modo automatico e incapaci di assumere decisioni autonome,

⁴³ V. DIGNUM, *op. cit.*, p. 10.

⁴⁴ *Ibidem*.

⁴⁵ Sul punto: G. COMANDÈ, *Intelligenza artificiale e responsabilità tra liability e accountability. Il carattere trasformativo dell'IA e il problema della responsabilità*, in *Analisi giur. econ.*, 2019, 1, p. 170.

⁴⁶ A. D'ALOIA, *Il diritto verso "il mondo nuovo". Le sfide dell'Intelligenza Artificiale*, in *Riv. Biodir.*, 2019, 1, p. 4.

⁴⁷ R. CINGOLANI, D. ANDRESCIANI, *Robots, macchine intelligenti e sistemi autonomi: analisi della situazione e delle prospettive*, in G. ALPA (cur.), *Diritto e intelligenza artificiale*, cit., p. 24.

A tal proposito si parla anche di 'IA debole' e 'IA forte', intendendosi con la prima espressione l'intelligenza artificiale diretta ad affrontare compiti specifici e/o a conseguire obiettivi ben definiti e con la seconda un sistema che svolge funzioni ed esegue attività in molteplici ambiti (A. BERTOLINI, *op. cit.*, p. 22). Un'esposizione molto chiara di questa distinzione è offerta dalla Strategia tedesca sull'Intelligenza Artificiale: "“Strong” AI means that AI systems have the same intellectual capabilities as humans, or even exceed them. “Weak” AI is focused on the solution of specific problems using methods from mathematics and computer science, whereby the systems developed are capable of self-optimisation" (The Federal Government's Artificial Intelligence Strategy, English version, November 2018, p. 4, disponibile al link: https://www.ki-strategie-deutschland.de/home.html?file=files/downloads/Nationale_KI-Strategie_engl.pdf).

Per un approfondimento anche: R. MARTINEZ, *op. cit.*, p. 1027 ss.

⁴⁸ R. CINGOLANI, D. ANDRESCIANI, *op. cit.*, p. 24.

⁴⁹ *Ibidem*.

Si veda anche: H. SURDEN, *op. cit.*, p. 1309; U. RUFFOLO, *Le responsabilità da artificial intelligence, algoritmo e smart product: per i fondamenti di un diritto dell'intelligenza artificiale self-learning*, in U. RUFFOLO (cur.), *Intelligenza artificiale. Il diritto*, cit., p. 93.

⁵⁰ U. RUFFOLO, *Le responsabilità*, cit., p. 93 s.

⁵¹ In merito: R. CINGOLANI, D. ANDRESCIANI, *op. cit.*, p. 25.

⁵² A. TURANO, *Robotica e roboetica: questioni e prospettive nazionali ed europee*, in G. ALPA (cur.), *Diritto e intelligenza artificiale*, cit., p. 128 s.

⁵³ R. CINGOLANI, D. ANDRESCIANI, *op. cit.*, p. 25.

mentre altre sono ‘intelligenti’⁵⁴; tra queste ultime, molte non assumono forme antropomorfe (si pensi a una *driverless car*), pur non mancando “veri e propri umanoidi sviluppati per interagire con gli esseri umani e supportarli nell’ambiente di lavoro, a casa o negli ospedali”⁵⁵.

Queste complessità e differenziazioni sono perfettamente colte anche in diversi atti delle istituzioni europee. Così, ad esempio, nella comunicazione della Commissione “L’intelligenza artificiale per l’Europa” del 2018 possiamo leggere che ““Intelligenza artificiale” (IA) indica sistemi che mostrano un comportamento intelligente analizzando il proprio ambiente e compiendo azioni, con un certo grado di autonomia, per raggiungere specifici obiettivi. I sistemi basati sull’IA possono consistere solo in software che agiscono nel mondo virtuale (per esempio assistenti vocali, software per l’analisi delle immagini, motori di ricerca, sistemi di riconoscimento vocale e facciale); oppure incorporare l’IA in dispositivi hardware (per esempio in robot avanzati, auto a guida autonoma, droni o applicazioni dell’Internet delle cose)”⁵⁶. Sulla falsariga si colloca anche il Parlamento europeo che, nelle raccomandazioni dettagliate per l’elaborazione di un regolamento sulla responsabilità per il funzionamento dei sistemi di intelligenza artificiale (allegato alla risoluzione del 20 ottobre 2020)⁵⁷, definisce un “sistema di intelligenza artificiale (IA)” come “un sistema basato su software o integrato in dispositivi hardware che mostra un comportamento che simula l’intelligenza, tra l’altro raccogliendo e trattando dati, analizzando e interpretando il proprio ambiente e intraprendendo azioni, con un certo grado di autonomia, per raggiungere obiettivi specifici”⁵⁸.

⁵⁴ Va detto che in questo contesto l’autonomia non si riferisce semplicemente al non essere sotto controllo dell’uomo ‘in tempo reale’, ma piuttosto al fatto che i metodi utilizzati dai robot per il raggiungimento degli obiettivi fissati dagli umani non sono prevedibili dagli umani stessi (C.E.A. KARNOW, *The Application of Traditional Tort Theory to Embodied Machine Intelligence*, in R. CALO, A.M. FROMKIN, I. KERR (eds.), *Robot Law*, Cheltenham-Northampton, 2015, p. 53).

⁵⁵ R. CINGOLANI, D. ANDRESCIANI, *op. cit.*, p. 25 s.

⁵⁶ Comunicazione della Commissione, “L’intelligenza artificiale per l’Europa”, cit., p. 1.

⁵⁷ Raccomandazioni dettagliate per l’elaborazione di un regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio sulla responsabilità per il funzionamento dei sistemi di intelligenza artificiale, allegato alla risoluzione del Parlamento europeo del 20 ottobre 2020 recante raccomandazioni alla Commissione su un regime di responsabilità civile per l’intelligenza artificiale (2020/2014(INL)).

⁵⁸ *Ibid.*, art. 3, lett. a.

Nella proposta della Commissione europea di legge sull’intelligenza artificiale viene, invece, riportata la seguente definizione di “sistema di intelligenza artificiale”: “un software sviluppato con una o più delle tecniche e degli approcci elencati nell’allegato I, che può, per una determinata serie di obiettivi definiti dall’uomo, generare output quali contenuti, previsioni, raccomandazioni o decisioni che influenzano gli ambienti con cui interagiscono” (Commissione Europea, Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce regole armonizzate sull’intelligenza artificiale (legge sull’intelligenza artificiale) e modifica alcuni atti legislativi dell’Unione, Bruxelles, 21.4.2021, COM(2021) 206 final, art. 3, punto 1). L’allegato I contiene appunto le tecniche e gli approcci di intelligenza artificiale di cui all’art. 3, punto 1: “a) Approcci di apprendimento automatico, compresi l’apprendimento supervisionato, l’apprendimento non supervisionato e l’apprendimento per rinforzo, con utilizzo di un’ampia gamma di metodi, tra cui l’apprendimento profondo (*deep learning*); b) approcci basati sulla logica e approcci basati sulla conoscenza, compresi la rappresentazione della conoscenza, la programmazione induttiva (logica), le basi di conoscenze, i motori inferenziali e deduttivi, il ragionamento (simbolico) e i sistemi esperti; c) approcci statistici, stima bayesiana, metodi di ricerca e ottimizzazione”. Questa definizione è stata da più parti criticata per la sua eccessiva ampiezza dal momento che include non solo qualsiasi software che utilizza metodi di apprendimento automatico o procedure basate sulla logica, ma anche qualsiasi software che usa metodi statistici o metodi di ricerca e ottimizzazione. Su queste basi, quasi tutti i software esistenti sarebbero classificati come ‘IA’. Si vedano sul punto: N.A. SMUHA *et al.*, *How the EU Can Achieve Legally Trustworthy AI: A Response to the European Commission’s Proposal for an Artificial Intelligence Act*, August 5, 2021, p. 14 disponibile al link <https://ssrn.com/abstract=3899991>; P. GLAUNER, *An Assessment of the AI Regulation Proposed by the*

Da tali definizioni emergono le già accennate principali caratteristiche dell'intelligenza artificiale, ossia la capacità di apprendimento e l'autonomia decisionale, che essenzialmente rappresentano due facce della stessa medaglia; in sostanza, proprio in conseguenza di un processo di adattamento *self learning*, l'IA è in grado di assumere decisioni autonome⁵⁹. Il cosiddetto *machine learning* indica appunto che i sistemi di IA non devono più essere completamente programmati, ma possono modificare il proprio comportamento attraverso l'immissione di dati dal mondo esterno⁶⁰: il dispositivo si confronta con la realtà e assume le proprie decisioni, adattandole agli stimoli esterni e in coerenza con i dati esperienziali acquisiti nel tempo⁶¹.

Se, da una parte, questo significa che il comportamento di un sistema IA non deve più essere totalmente preordinato da un programmatore, dall'altra parte ciò implica che il programmatore ha una minore influenza sul comportamento del sistema⁶²; ne deriva che i comportamenti e le decisioni dei dispositivi IA possono rivelarsi imprevedibili o comunque non facilmente accertabili⁶³.

Tutto ciò apre una difficile discussione rispetto a chi debba essere ritenuto responsabile per i danni determinati da un sistema IA: il produttore della 'macchina'? Il programmatore del software? Il proprietario/utilizzatore? E ancora: se i sistemi IA operano autonomamente è comunque giusto ritenere gli esseri umani responsabili per qualsiasi danno causato dal sistema⁶⁴? La risposta a queste domande varia a seconda che si ammetta o meno una qualche forma di personalità in capo ai dispositivi IA⁶⁵, sganciandoli da chi sta dietro le quinte (produttore, programmatore, utilizzatore...) ⁶⁶.

3. AL DI LÀ DELLE TRADIZIONALI FORME DI 'PERSONALITÀ', TRA ELEMENTI DELLA NATURA E ROBOT

Torna, dunque, la fondamentale questione che ci si è posti al termine del paragrafo introduttivo di questo lavoro: in una società robotizzata, in cui sempre più attività sono svolte da sistemi di intelligenza artificiale e robot autonomi, occorre conferire ai robot e

European Commission, in S. EHSANI *et al.* (eds.), *The Future Circle of Healthcare: AI, 3D Printing, Longevity, Ethics, and Uncertainty Mitigation*, Cham, 2022, p. 121 s.; R.J. NEUWIRTH, *The EU artificial intelligence act. Regulating subliminal AI systems*, Abingdon-New York, 2022, p. 9 ss.

⁵⁹ U. SALANITRO, *op. cit.*, p. 1247.

⁶⁰ H. ZECH, *op. cit.*, p. 148.

⁶¹ U. SALANITRO, *op. cit.*, p. 1247; A. FUSARO, *op. cit.*, p. 1344.

A questo proposito vale la pena riportare la definizione di "autonomia" offerta dalle citate raccomandazioni dettagliate per l'elaborazione di un regolamento sulla responsabilità per il funzionamento dei sistemi di intelligenza artificiale, che appare assolutamente in linea con le considerazioni appena svolte: "“autonomo”: sistema basato sull'intelligenza artificiale che opera interpretando determinati dati forniti e utilizzando una serie di istruzioni predeterminate, senza essere limitato a tali istruzioni, nonostante il comportamento del sistema sia legato e volto al conseguimento dell'obiettivo impartito e ad altre scelte operate dallo sviluppatore in sede di progettazione" (Raccomandazioni dettagliate per l'elaborazione di un regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio sulla responsabilità per il funzionamento dei sistemi di intelligenza artificiale, cit., art. 3, lett. b).

⁶² W. BARFIELD, *Towards a law*, cit., p. 5.

⁶³ U. SALANITRO, *op. cit.*, p. 1247.

⁶⁴ W. BARFIELD, *Towards a law*, cit., p. 5.

⁶⁵ A. BERTI SUMAN, *Intelligenza artificiale e soggettività giuridica: quali diritti (e doveri) dei robot?*, in G. ALPA (cur.), *Diritto e intelligenza artificiale*, cit., p. 260.

⁶⁶ G. TADDEI ELMi, F. ROMANO, *op. cit.*, p. 116.

ai sistemi IA una sorta di personalità giuridica, anche e soprattutto per affrontare le sfide poste nell'ambito della responsabilità civile⁶⁷?

Per rispondere alla domanda e superare alcune obiezioni di carattere 'etico' è forse opportuno ricordare che, nel linguaggio comune, l'equiparazione terminologica tra 'persona' ed 'essere umano' è relativamente recente: la parola 'persona', di derivazione latina, originariamente si riferiva alla maschera che l'attore portava sul volto durante la rappresentazione teatrale⁶⁸. Se assumiamo, invece, un punto di vista più strettamente giuridico, i due termini non sono intercambiabili; come ci ricorda John Chipman Gray nel suo classico *The Nature and Sources of the Law* "*the technical legal meaning of a 'person' is a subject of legal rights and duties*"⁶⁹. L'insieme di diritti e doveri che accompagna la persona varia a seconda della natura dell'entità presa in considerazione: tanto una persona fisica (un essere umano) tanto una persona giuridica (ad es. una società per azioni nell'ordinamento italiano) sono considerate persone dal diritto, ma esse hanno differenti diritti e doveri⁷⁰. È stato comunque sottolineato che dietro una persona giuridica (una società, una fondazione...) stanno sempre delle persone fisiche o, meglio, che una persona giuridica agisce attraverso delle persone fisiche, quindi degli umani⁷¹. A questo punto diventa dirimente capire se vi siano ragioni convincenti per limitare l'attribuzione della personalità alle tradizionali categorie appena enucleate o se, al contrario, sia necessario o, quantomeno, utile personificare altri 'non umani'⁷².

A tal proposito, c'è da dire che non sono mancati, in passato, esempi di 'oggetti inanimati' a cui sono stati riconosciuti dei diritti, come ad esempio i templi a Roma e gli edifici ecclesiastici nel Medioevo⁷³. Nell'antica Grecia i procedimenti contro le cose inanimate sembra non fossero infrequenti; lo stesso può dirsi in *common law*⁷⁴.

Inoltre, più recentemente, ci sono stati casi dove diritti e personalità giuridica sono stati concessi ad elementi del paesaggio e della natura⁷⁵. In tal senso, nel marzo 2017,

⁶⁷ Ragionano sulla questione, tra gli altri: R. VAN DEN HOVEN VAN GENDEREN, *Do We Need New Legal Personhood in the Age of Robots and AI?*, in M. CORRALES, M. FENWICK, N. FORGÓ (eds.), *Robotics, AI and the Future of Law*, Singapore, 2018, p. 15 ss.; N. VAN DIJK, *In the hall of masks: Contrasting modes of personification*, in M. HILDEBRANDT, K. O'HARA (eds.), *Life and the Law in the Era of Data-Driven Agency*, Cheltenham-Northampton, 2020, p. 230 ss.

⁶⁸ D.J. CALVERLEY, *Imagining a non-biological machine as a legal person*, in *AI Soc.*, 2008, 22, p. 525.

⁶⁹ "Il significato tecnico giuridico di 'persona' è 'soggetto di diritti e doveri giuridici'" (tradotto da: J.C. GRAY, *The nature and sources of the law*, New York, 1909, p. 27).

⁷⁰ L.B. SOLUM, *Legal Personhood for Artificial Intelligences*, in *N.C. L. Rev.*, 1992, 70(4), p. 1239.

⁷¹ H. EIDENMÜLLER, *The Rise of Robots and the Law of Humans*, in *ZEUP*, 2017, 4, p. 776.

⁷² Sul punto: G. TEUBNER, *Rights of Non-Humans? Electronic Agents and Animals as New Actors in Politics and Law*, in *J. Law & Soc.*, 2006, 33(4), p. 497 ss.

⁷³ J.C. GRAY, *op. cit.*, p. 45.

⁷⁴ *Ibid.*, p. 46.

Sul punto anche: L.B. SOLUM, *op. cit.*, p. 1239.

⁷⁵ A. WONG, *Ethics and Regulation of Artificial Intelligence*, in E. MERCIER-LAURENT, M.Ö. KAYALICA, M.L. OWOC (eds.), *Artificial Intelligence for Knowledge Management*, 8th IFIP WG 12.6 International Workshop, AI4KM 2021, Held at IJCAI 2020, Yokohama, Japan, January 7–8, 2021, Revised Selected Papers, Cham, 2021, p. 9.

Peraltro, in alcuni casi, si è arrivati a riconoscere una soggettività di diritto anche alla natura stessa. Ne sono un esempio le costituzioni di Ecuador e Bolivia, in vigore rispettivamente dal 20 ottobre 2008 e dal 7 febbraio 2009. Come è stato enfaticamente notato, la natura "passa da oggetto a soggetto titolare di situazioni giuridiche, aprendo un nuovo capitolo nella storia del diritto" (E.R. ZAFFARONI, *Pachamama, Sumak Kawsay y constituciones*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2012, 2, p. 433).

Sul punto anche: D. AMIRANTE, *L'ambiente preso sul serio. Il percorso accidentato del costituzionalismo ambientale*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2019, fascicolo speciale, p. 22 ss.; S. BAGNI, *L'armonia tra il sé, l'altro e il cosmo come norma. La costituzionalizzazione della cultura tradizionale nei Paesi andini e in pro-*

L'Alta Corte dell'Uttarakhand in India ha accordato, in una controversa sentenza, lo status di entità legali e viventi, dotate di personalità giuridica, al fiume Gange e al suo affluente Yamuna (entrambi sacri per gli induisti)⁷⁶; pochi giorni dopo, la stessa corte ha stabilito che ghiacciai (compresi Gangotri e Yamunotri), fiumi, torrenti, rivoli, laghi, aria, prati, valli, giungle, foreste, zone umide, praterie, sorgenti e cascate nello Stato dell'Uttarakhand sono persone giuridiche⁷⁷. In Nuova Zelanda è stata, invece, conferita, per via legislativa, la personalità giuridica al fiume Whanganui⁷⁸ e all'area protetta di Te Urewera⁷⁹, mentre per il monte Taranaki è stato concluso un protocollo di intesa che va nella medesima direzione⁸⁰. Non possono comunque sfuggire le profonde connessioni religiose, sociali, culturali e anche ambientali dietro questi riconoscimenti⁸¹; la logica di queste operazioni, le cui implicazioni e utilità pratiche sono ancora ampiamente da dimostrare, è appunto quella di tutelare risorse 'uniche' che condensano in sé tutti quegli aspetti (religiosi, ambientali...) a cui si è appena fatto cenno⁸². Si tratta, a ben vedere, di visioni del mondo non occidentali che utilizzano epistemologie alternative per identificare entità naturali che meritano considerazione etica e potrebbero meritare diritti⁸³.

Ultimamente vi sono stati anche casi di conferimento di diritti in capo ai robot. Si tratta di azioni sporadiche, che appaiono simboliche, se non paradossali. Così, in Arabia Saudita nell'ottobre 2017 è stata attribuita la cittadinanza a un robot umanoide con sembianze femminili chiamato Sophia⁸⁴. Si tratta del primo caso a livello mondiale in cui uno Stato abbia riconosciuto una sorta di personalità a un'entità robotica⁸⁵, sebbene questo gesto, compiuto in un Paese dove i diritti delle donne sono fortemente limitati, abbia scatenato l'ilarità generale⁸⁶. Pochi giorni dopo la 'vicenda Sophia' è stata la volta del

spettiva comparata, in *Governare la Paura*, 2013, special issue, p. 235 ss.; S. BALDIN, *I diritti della natura nelle costituzioni di Ecuador e Bolivia*, in *Visioni Latino Americane*, 2014, 10, p. 27 ss.

⁷⁶ *Mohd Salim v State of Uttarakhand & others*, WPIL 126/2014 (High Court of Uttarakhand), March 20, 2017.

⁷⁷ *Lalit Miglani v State of Uttarakhand & others*, WPIL 140/2015 (High Court of Uttarakhand), March 30, 2017.

Non è questa la sede per trattare queste sentenze e le vicende successive che le hanno riguardate. Per un approfondimento: E.L. O'DONNELL, *At the Intersection of the Sacred and the Legal: Rights for Nature in Uttarakhand, India*, in *J. Environ. Law*, 2018, 30(1), p. 135 ss.; L. CANO PECHARROMAN, *Rights of Nature: Rivers That Can Stand in Court*, in *Resources*, 2018, 7, 13; G. ECKSTEIN *et al.*, *Conferring legal personality on the world's rivers: A brief intellectual assessment*, in *Water Int.*, 2019, 44(6-7), p. 804 ss.; S. JOLLY, K.S.R. MENON, *Of Ebbs and Flows: Understanding the Legal Consequences of Granting Personhood to Natural Entities in India*, in *Transnatl. Environ. Law*, 2021, 10(3), p. 467 ss.; J.C. GELLERS, *Rights for Robots. Artificial Intelligence, Animal and Environmental Law*, Abingdon-New York, 2021, p. 126 ss.

⁷⁸ *Te Awa Tupua (Whanganui River Claims Settlement) Act 2017*, March 20, 2017.

⁷⁹ *Te Urewera Act 2014*, July 27, 2014.

⁸⁰ *Record of Understanding for Mount Taranaki, Pouakai and the Kaitake Ranges (Nga Iwi O Taranaki And The Crown)*, December, 20 2017.

Per un approfondimento: C.J. WINTER, *A Seat At The Table Te Awa Tupua, Te Urewera, Taranaki Maunga and Political Representation*, in *Borderlands*, 2021, 20(1), p. 116 ss.; A.K. ATHENS, *An Indivisible and Living Whole: Do We Value Nature Enough to Grant It Personhood?*, in *Ecology L. Q.*, 2018, 45, p. 187 ss.

⁸¹ Sul punto: R. DREMLIUGA, P. KUZNETCOV, A. MAMYCHEV, *Criteria for Recognition of AI as a Legal Person*, in *J. Politics Law*, 2019, 12, p. 109; K.D. ALLEY, *River Goddesses, Personhood and Rights of Nature: Implications for Spiritual Ecology*, in *Religions*, 2019, 10, 502.

⁸² G. ECKSTEIN *et al.*, *op. cit.*, p. 804 ss.

⁸³ J.C. GELLERS, *op. cit.*, p. 130

⁸⁴ J. TURNER, *op. cit.*, p. 173.

⁸⁵ U. PAGALLO, *Vital, Sophia, and Co. - The Quest for the Legal Personhood of Robots*, in *Information*, 2018, 9, 230, p. 3 s.; J. TURNER, *op. cit.*, p. 173.

⁸⁶ Si vedano, ad esempio: R. SINI, *Does Saudi robot citizen have more rights than women?*, BBC, 26 October 2017, disponibile al link <https://www.bbc.com/news/blogs-trending-41761856>; C.R. WOOTSON JR.,

Giappone: a Mirai, un *chatbot* programmato per essere un bambino di sette anni, è stata concessa la residenza a Shibuya, un distretto di Tokyo⁸⁷. Ora, pare proprio che in queste situazioni il riconoscimento della personalità sia legato non alla necessità di affrontare, da un punto di vista giuridico, i problemi posti dall'intelligenza artificiale, ma a una vera e propria bizzarria politica, che ricorda, per certi versi, il tentativo dell'imperatore romano Caligola di nominare console il suo cavallo Incitatus⁸⁸.

A dire il vero, questi differenti esempi, sebbene aprano una breccia (virtuale) verso il riconoscimento di nuove 'personalità' o, comunque, suggeriscano un possibile ampliamento del concetto di responsabilità⁸⁹, appaiono caratterizzati per specificità e contingenza, con alla base, al più, valutazioni di natura etica o di opportunità politica. È chiaro, invece, che per affrontare la questione ribadita all'inizio di questo paragrafo il discorso dovrebbe porsi non su un piano etico o naturalistico, ma su un piano tecnico-giuridico⁹⁰ e funzionale⁹¹; di conseguenza, bisogna valutare quale sia tra i diversi strumenti, già disponibili o da predisporre all'interno di un ordinamento, quello più appropriato⁹².

4. LA 'PERSONALITÀ ELETTRONICA' E LA RISOLUZIONE DEL PARLAMENTO EUROPEO DEL 2017 "NORME DI DIRITTO CIVILE SULLA ROBOTICA".

Proprio nella prospettiva poc'anzi delineata si pone il Parlamento europeo con la sua risoluzione del 2017 "Norme di diritto civile sulla robotica" in cui, tra le possibili soluzioni giuridiche per affrontare la questione della responsabilità civile per i danni causati dai robot⁹³, viene indicata "l'istituzione di uno status giuridico specifico per i robot nel lungo termine, di modo che almeno i robot autonomi più sofisticati possano essere considerati come persone elettroniche responsabili di risarcire qualsiasi danno da loro causato, nonché eventualmente il riconoscimento della personalità elettronica dei robot che prendono decisioni autonome o che interagiscono in modo indipendente con terzi"⁹⁴.

Questa ipotesi è stata oggetto di numerosi rilievi critici⁹⁵, sui quali ci si soffermerà a breve, ed è stata poi abbandonata nell'ambito dei successivi interventi delle istituzioni

Saudi Arabia, which denies women equal rights, makes a robot a citizen, Washington Post, 29 October 2017, disponibile al link <https://www.washingtonpost.com/news/innovations/wp/2017/10/29/saudi-arabia-which-denies-women-equal-rights-makes-a-robot-a-citizen/>.

⁸⁷ A. ATABEKOV, O. YASTREBOV, *Legal Status of Artificial Intelligence Across Countries: Legislation on the Move*, in Eur. Res. Stud. J., 2018, 21(4), p. 776.

⁸⁸ U. PAGALLO, *Vital, Sophia*, cit., p. 10.

L'episodio di *Incitatus* è ricordato da: SVETONIO, *Vite dei Cesari, Libro IV (Caligola)*, 55; CASSIO DIONE, *Storia Romana*, LIX, 14, 7.

⁸⁹ Sul punto: R. VAN DEN HOVEN VAN GENDEREN, *op. cit.*, p. 21; A. HUTCHISON, *The Whanganui River as a Legal Person*, in Altern. Law J., 2014, 39(3), p. 180.

⁹⁰ U. SALANITRO, *op. cit.*, p. 1251.

⁹¹ F. CAROCCIA, *Soggettività giuridica dei robot?*, in G. ALPA (cur.), *Diritto e intelligenza artificiale*, cit., p. 249.

⁹² U. SALANITRO, *op. cit.*, p. 1251.

⁹³ Come nota giustamente D'Aloia, l'esigenza delineata dal Parlamento europeo "non è solo teorica o speculativa (sebbene si tratti di un documento di *soft law*): il problema è come distribuire la responsabilità civile per i danni causati dai robots" (A. D'ALOIA, *op. cit.*, p. 24).

⁹⁴ Risoluzione del Parlamento europeo del 16 febbraio 2017, cit., par. 59, let. f).

⁹⁵ G. TADDEI ELMi, *Il Quid, il Quomodo e il Quid iuris dell'IA. Una riflessione a partire dal volume "Diritto e tecnologie informatiche"*, in Riv. it. inf. dir., 2021, 2, p. 134.

Per una puntuale rassegna: A. BERTOLINI, *op. cit.*, p. 33 ss.

europee in materia⁹⁶. Nondimeno, sebbene la spinta europea sul tema sia diminuita⁹⁷, la posizione assunta dal Parlamento europeo nel 2017 è un utile punto di partenza per ragionare sulla nozione di ‘personalità elettronica’ e sulle conseguenze connesse ad una sua eventuale introduzione.

Anzitutto, è da evidenziare che il Parlamento europeo utilizza un termine – ‘persona elettronica’⁹⁸ appunto – che, al momento, non esiste come nozione giuridica, né nel diritto eurounitario, né nell’ordinamento di alcuno Stato membro⁹⁹. Come acutamente evidenzia Bertolini, questa espressione si presta almeno a una duplice interpretazione: da un lato, si potrebbe pensare alla persona elettronica come a qualcosa di diverso dalla persona giuridica, che si avvicina alla persona fisica o comunque che si pone a un livello intermedio tra cosa ed essere umano¹⁰⁰, il che potrebbe implicare il riconoscimento di un insieme specifico di ‘diritti e doveri della robotica’¹⁰¹; dall’altro lato, la personalità elettronica potrebbe essere solo un altro modo per fare riferimento a una sorta di personalità giuridica, una forma ‘artificiale’ di personalità accordata unicamente per ragioni funzionali¹⁰².

5. IA COME PERSONA FISICA

La prima soluzione – IA come qualcosa che si avvicina alla persona fisica – appare invero abbastanza complessa. La semplice considerazione dei dispositivi IA come una categoria intermedia tra le cose e gli esseri umani potrebbe, in effetti, portare a ritenere

⁹⁶ Sul punto basti citare la risoluzione del Parlamento europeo del 20 ottobre 2020, par. 7 – dove si “osserva che tutte le attività, i dispositivi o i processi fisici o virtuali che sono guidati da sistemi di IA possono essere tecnicamente la causa diretta o indiretta di danni o pregiudizi, ma sono quasi sempre il risultato della creazione, della diffusione o dell’interferenza con i sistemi da parte di qualcuno; rileva a tale proposito che non è necessario conferire personalità giuridica ai sistemi di IA” –, nonché le raccomandazioni dettagliate per l’elaborazione di un regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio sulla responsabilità per il funzionamento dei sistemi di intelligenza artificiale (in allegato alla stessa risoluzione), cons. 6 – secondo cui “(q)ualsiasi cambiamento richiesto riguardante il quadro giuridico esistente dovrebbe iniziare con il chiarimento che i sistemi di IA non possiedono né una personalità giuridica né una coscienza umana e che il loro unico compito consiste nel servire l’umanità” –. Per un approfondimento: H. SOUSA ANTUNES, *Civil Liability Applicable to Artificial Intelligence: A Preliminary Critique of the European Parliament Resolution of 2020* (December 5, 2020), p. 17, disponibile al link https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3743242; P. SERRAO D’AQUINO, *La responsabilità civile per l’uso di sistemi di intelligenza artificiale nella Risoluzione del Parlamento europeo 20 ottobre 2020: “Raccomandazioni alla Commissione sul regime di responsabilità civile e intelligenza artificiale”*, in DPER online, 2021, 1, p. 251.

Oltre a questo chiaro stop, bisogna comunque ricordare che “dopo l’apertura del 2017, la soluzione della personalità elettronica non è stata più menzionata, almeno nei documenti europei (...)” (così F. CAROCCIA, *op. cit.*, p. 227 s.).

⁹⁷ F. CAROCCIA, *op. cit.*, p. 229.

⁹⁸ L’adozione della risoluzione del Parlamento europeo del 2017 e l’utilizzo in essa dell’espressione ‘personalità elettronica’ discendono da un rapporto presentato dalla parlamentare europea Mady Delvaux (Parlamento europeo – Commissione giuridica, Relazione A8-0005/2017 recante raccomandazioni alla Commissione concernenti norme di diritto civile sulla robotica, 27.1.2017 (Relatore: Mady Delvaux)).

Sul punto: G. TADDEI ELMI, F. ROMANO, *op. cit.*, p. 115 s.; C. WALKER-OSBORN, C. CHAN, *Artificial Intelligence and the Law*, in ITNow, 2017, 59(1), p. 36 s.

⁹⁹ A. BERTOLINI, *op. cit.*, p. 35.

¹⁰⁰ A questo proposito Asaro propone di creare il concetto di *quasi-person* per i robot (P. ASARO, *Robots and responsibility from a legal perspective*, 2007, disponibile al link <http://www.peterasaro.org/writing/ASARO%20Legal%20Perspective.pdf>).

¹⁰¹ A. BERTOLINI, *op. cit.*, p. 35 ss.

¹⁰² *Ibidem*.

gli agenti artificiali, se sufficientemente avanzati (ossia intelligenti, capaci di apprendere e di autodeterminarsi)¹⁰³, come “entità soggettivamente apprezzabili”, il che, secondo alcuni esigerebbe “– anche eticamente – l’attribuzione di protezioni e tutele”¹⁰⁴. In questo senso il conferimento della personalità sarebbe “strumentale alla esigenza di tutelare quella entità quando assunta, nella sensibilità e coscienza sociale, ad una qualche dignità di “essere””¹⁰⁵; liberata “dallo status di mera “cosa””, la macchina, così personificata, “potrà essere presa in considerazione come soggetto cui imputare dirette responsabilità; ma non viceversa”¹⁰⁶. All’intelligenza della macchina, preconditione per il riconoscimento di diritti e doveri, corrisponderebbe la sua attitudine a un comportamento ‘morale’¹⁰⁷.

È palese che questa impostazione porta con sé delle problematiche etiche, politiche¹⁰⁸ e anche, se vogliamo utilizzare un termine mutuato dalla filosofia, ontologiche¹⁰⁹. A tal proposito, si tende a evidenziare come i dispositivi IA non possano, in alcun modo, essere equiparati all’uomo, né essere visti come una sorta di via di mezzo che supera la tradizionale distinzione tra la persona naturalisticamente intesa e gli strumenti di cui si serve¹¹⁰.

Un’espressione di questo punto di vista è rinvenibile, ad esempio, nella lettera aperta “Intelligenza artificiale e robotica”, indirizzata alla Commissione europea da un gruppo di docenti universitari e intellettuali in risposta all’ipotesi di personalità elettronica di cui alla Risoluzione del Parlamento europeo del 2017¹¹¹. Tra i diversi aspetti critici, gli estensori della missiva, anzitutto, evidenziano che “lo status giuridico di un robot non può discendere dal modello della persona fisica, dal momento che il robot diverrebbe titolare di diritti umani, come il diritto alla dignità, il diritto alla sua integrità, il diritto alla remunerazione o il diritto alla cittadinanza, confrontandosi così direttamente con i Diritti Umani. Ciò sarebbe in contraddizione con la Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea e la Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali”¹¹². Non si tratta di un argomento in sé particolarmente innovativo, se si pensa che su di esso aveva già ampiamente ragionato Solum – essenzialmente confutandolo – in un saggio di trent’anni fa: “*AI’s Are Not Humans. (...) it might be argued that only humans can have constitutional rights. For example, the Fourteenth Amendment to the United States Constitution specifies, «All persons born or naturalized*

¹⁰³ *Ibid.*, p. 36.

¹⁰⁴ U. RUFFOLO, *Il problema della “personalità elettronica”*, in J. Ethics Leg. Technol., 2020, 2(1), p. 82. A tal proposito si è utilizzata l’espressione “*dignitas robotica*” (G. PASCERI, *La predittività delle decisioni. La funzione giurisdizionale e la responsabilità delle parti nell’utilizzo dell’intelligenza artificiale*, Milano, 2022, p. 17).

In tema di protezione dei cosiddetti *social robots* si veda, tra gli altri, K. DARLING, *Extending Legal Protection to Social Robots: The Effects of Anthropomorphism, Empathy, and Violent Behavior Towards Robotic Objects*, in R. CALO, A.M. FROMKIN, I. KERR (eds.), *Robot Law*, cit., p. 213 ss.

¹⁰⁵ U. RUFFOLO, *Il problema*, cit., p. 85.

¹⁰⁶ *Ibidem.*

¹⁰⁷ *Ibidem.*

¹⁰⁸ P. SERRAO D’AQUINO, *op. cit.*, p. 251.

¹⁰⁹ F. CAROCCIA, *op. cit.*, p. 230.

¹¹⁰ A. BERTOLINI, *op. cit.*, p. 36.

Per una posizione più ‘aperturista’: R. CALO, *Robots in American Law*, in E. HILGENDORF, U. SEIDEL (eds.), *Robotics, Autonomics, and the Law: Legal Issues Arising from the Autonomics for Industry 4.0 Technology Programme of the German Federal Ministry for Economic Affairs and Energy*, Baden-Baden, 2017, p. 107.

¹¹¹ *Open Letter to the European Commission “Artificial Intelligence and Robotics”*, April 2018, disponibile al link <http://www.robotics-openletter.eu/>.

¹¹² Tradotto dall’inglese.

*in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States». It could be argued that only humans, that is, natural persons, are born, and therefore no AI can claim the rights of citizens (...)*¹¹³.

Non è questa la sede per prendere posizione su una questione che appare più etica e politica che tecnico-legale. In effetti, “se la realtà giuridica non è la realtà, ma la rappresentazione verbale della realtà, ed il potere di creare tale rappresentazione” è attribuito essenzialmente al legislatore, “non v’è ostacolo teorico che impedisca di considerare le macchine come soggetti”¹¹⁴, portatori di diritti e doveri¹¹⁵; del resto, operazioni simili, come abbiamo visto, sono state svolte nei confronti di elementi della natura in diversi ordinamenti. Tuttavia, a fronte di una visione più possibilista sul tema, si contrappone una posizione, che i detrattori definiscono ‘antropocentrica’¹¹⁶, ma che è comunque decisamente in linea col comune sentire, dal momento che per la maggior parte delle persone umane “*the notion of robots having rights is unthinkable*”¹¹⁷.

L’attribuzione della personalità sul modello della persona fisica non presenterebbe solo problematiche etico-politiche, ma anche, per così dire, ontologico-qualitative; a tal proposito la succitata lettera aperta parla di “*an overvaluation of the actual capabilities of even the most advanced robots, a superficial understanding of unpredictability and self-learning capacities and, a robot perception distorted by Science-Fiction and a few recent sensational press announcements*”¹¹⁸. Secondo questo argomento, definito da Richards e Smart ‘*the Android Fallacy*’¹¹⁹, la proiezione di attributi umani è pericolosa quando si cerca di progettare una legislazione per i robot¹²⁰. In sostanza, i robot sarebbero, ora e ancora per molti anni, strumenti, benché sempre più sofisticati¹²¹: all’aumentare dell’autonomia del sistema, la connessione tra gli *input* – i comandi/le istruzioni impartiti al robot – e gli *output* – il comportamento del robot – diventa sempre più difficile da stabilire, ma essa esiste ed è deterministica¹²². Ciò significa che sarebbe sempre possibile identificare – sebbene, a volte, con difficoltà – un essere umano che possa essere ritenuto responsabile dell’*output* della macchina, a prescindere da quanto il sistema sia in-

¹¹³ L.B. SOLUM, *op. cit.*, p. 1258.

L’autore continua evidenziando comunque che: “*even artificial persons have some constitutional rights. Although the rights provided by the Privileges and Immunities Clause of the Fourteenth Amendment are limited to citizens, the rights provided by the Equal Protection Clause and the Due Process Clause extend to all persons-including artificial persons such as corporations. For example, the property of corporations is protected from taking without just compensation. Moreover, corporations have a right to freedom of speech*” (*ibid.*, p. 1258 s.).

¹¹⁴ F. CAROCCIA, *op. cit.*, p. 232 s.

¹¹⁵ R. VAN DEN HOVEN VAN GENDEREN, *op. cit.*, p. 36.

¹¹⁶ L.B. SOLUM, *op. cit.*, p. 1260.

Si veda sul punto anche: U. RUFFOLO, *La personalità elettronica tra “doveri” e “diritti” della macchina*, in U. RUFFOLO (cur.), XXVI lezioni di Diritto dell’Intelligenza Artificiale, cit., p. 124 ss.

¹¹⁷ D. LEVY, *Robots Unlimited: Life in a Virtual Age*, Wellesley, 2005, p. 393.

¹¹⁸ *Open Letter*, cit.

In modo analogo si esprime anche il *Report of COMEST on Robotics Ethics* del 2017: “*it is highly counterintuitive to call them ‘persons’ as long as they do not possess some additional qualities typically associated with human persons, such as freedom of will, intentionality, self-consciousness, moral agency or a sense of personal identity*” (WORLD COMMISSION ON THE ETHICS OF SCIENTIFIC KNOWLEDGE AND TECHNOLOGY, *Report of COMEST on Robotics Ethics*, 14 September 2017, p. 46).

¹¹⁹ N.M. RICHARDS, W.D. SMART, *How should the law think about robots?*, in R. CALO, A.M. FROMKIN, I. KERR (eds.), *Robot Law*, cit., p. 4 ss.

¹²⁰ *Ibid.*, p. 18.

¹²¹ D.J. BAKER, P.H. ROBINSON, *Emerging Technologies and the Criminal Law*, in D.J. BAKER, P.H. ROBINSON (eds.), *Artificial Intelligence*, cit., p. 3.

¹²² N.M. RICHARDS, W.D. SMART, *op. cit.*, p. 18.

dependente o capace di automodificarsi¹²³; verrebbe così a cadere l'argomento del 'responsibility gap', uno dei principali a sostegno dell'introduzione della personalità per i dispositivi IA¹²⁴.

Inoltre, sempre da un punto di vista ontologico, l'equiparazione tra persona fisica e persona elettronica e l'attribuzione diretta della responsabilità alla macchina così personificata non sarebbero ammissibili in considerazione del fatto che la legge serve a regolare le condotte/i comportamenti e quindi solo gli esseri umani possono essere presi in considerazione come destinatari delle norme giuridiche¹²⁵; una macchina non può essere ritenuta responsabile poiché non ha scelto di agire in un determinato modo e non ha un volere modellabile attraverso la minaccia di una sanzione¹²⁶. Verrebbe meno, dunque, quella funzione di deterrenza connaturata alla responsabilità extracontrattuale dal momento che il dispositivo IA è indifferente all'incentivo (economico) generato dalla minaccia di essere ritenuto responsabile per i danni causati¹²⁷.

In definitiva, la costruzione della nozione di persona elettronica sul modello della persona fisica, riconoscendo ad essa diritti e/o gravandola di doveri e obblighi, presente-

¹²³ A. BERTOLINI, *op. cit.*, p. 37.

Contro questa visione si esprime Femia, secondo cui "(u)n umanesimo errato, ciecamente consolatorio e quindi autenticamente inumano, vorrebbe attribuire sempre e comunque all'uomo, al prezzo di qualsivoglia finzione e distorsione dogmatica, la condotta delle macchine intelligenti. Ciò è semplice ignorante ostinazione, mancata comprensione del dato tecnico-reale" (P. FEMIA, *Soggetti responsabili. Algoritmi e diritto civile*, introduzione a G. TEUBNER, *Soggetti giuridici digitali? Sullo status privatistico degli agenti software autonomi* (a cura di P. FEMIA), Napoli, 2019, p. 9 s.). Sul punto anche: A. BECKERS, G. TEUBNER, *Three Liability Regimes for Artificial Intelligence: Algorithmic Actants, Hybrids, Crowds*, Oxford-New York, 2021, p. 7 ss.

¹²⁴ A. BERTOLINI, *op. cit.*, p. 37.

Sul punto c'è un interessante passaggio nel Report dell'*Expert Group on Liability and New Technologies* istituito dalla Commissione europea: "the experts believe there is currently no need to give a legal personality to emerging digital technologies. Harm caused by even fully autonomous technologies is generally reducible to risks attributable to natural persons or existing categories of legal persons, and where this is not the case, new laws directed at individuals are a better response than creating a new category of legal person" (EXPERT GROUP ON LIABILITY AND NEW TECHNOLOGIES – NEW TECHNOLOGIES FORMATION, *Liability for Artificial Intelligence and other emerging digital technologies*, 2019, p. 38, disponibile al link https://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2014_2019/plmrep/COMMITTEES/JURI/DV/2020/01-09/AI-report_EN.pdf).

Peraltro, anche tra chi non sottovaluta i timori per eventuali vuoti normativi che lascerebbero scoperte alcune aree di danni, si ritiene che questo non sia un argomento dirimente per l'edificazione di una nuova forma di soggettività, ben potendosi adattare l'attuale regime della responsabilità con, ad esempio, la predisposizione di un adeguato sistema di responsabilità 'da posizione' (F. CAROCCIA, *op. cit.*, p. 245). In questo senso, l'idea in sostanza è che la responsabilità dovrebbe essere attribuita all'operatore che è nella posizione migliore per far fronte a qualsiasi potenziale rischio (Commissione Europea, Libro bianco sull'intelligenza artificiale, cit., p. 25; G. SINHA, R. DUNBAR, *Artificial Intelligence and its Regulation in the European Union*, in D.M. BIELICKI (ed.), *Regulating Artificial Intelligence in Industry*, Abingdon-New York, p. 10).

¹²⁵ E. KARNER, *Liability for Robotics: Current Rules, Challenges, and the Need for Innovative Concepts*, in S. LOHSSE, R. SCHULZE, D. STAUDENMAYER (eds.), *Liability for Artificial Intelligence and the Internet of Things: Münster Colloquia on Eu Law and the Digital Economy IV*, Baden-Baden, 2019, p. 123.

Interessante, a questo proposito, la posizione del Comitato Economico e Sociale Europeo (CESE): "Il CESE è contrario all'introduzione di una forma di personalità giuridica per i robot o per l'IA (o i sistemi di IA), in quanto essa comporterebbe un rischio inaccettabile di azzardo morale. Dal diritto in materia di responsabilità civile deriva una funzione preventiva di correzione del comportamento, la quale potrebbe venir meno una volta che la responsabilità civile non ricade più sul costruttore perché è trasferita al robot (o al sistema di IA)" (Parere del Comitato economico e sociale europeo su «L'intelligenza artificiale – Le ricadute dell'intelligenza artificiale sul mercato unico (digitale), sulla produzione, sul consumo, sull'occupazione e sulla società», Bruxelles, 31 maggio 2017, 2017/C 288/01, p.to 3.33).

¹²⁶ A. BERTOLINI, *op. cit.*, p. 37.

¹²⁷ G. WAGNER, *Robot, Inc.*, cit., p. 611.

rebbe una serie di problematiche tali da renderla impraticabile. D'altro canto questo non significa che occorra necessariamente abbandonare l'idea di 'personalità elettronica' *tout court*, ma evidenzia semplicemente come essa debba essere concepita in modo diverso¹²⁸.

6. IA COME PERSONA GIURIDICA: CORPORATION O NUOVA LEGAL PERSON?

Seguendo lo schema proposto da Bertolini¹²⁹, la seconda alternativa è quella di considerare la personalità elettronica come un concetto identico o simile a quello di personalità giuridica. Questo potrebbe permettere di uscire dal *loop* della discussione politica e ontologica per sposare una prospettiva funzionale: la questione chiave non è se i robot debbano essere trattati come esseri umani, ma se ci siano buone ragioni per trattarli come persone giuridiche¹³⁰; in sostanza, occorre valutare, i pro e i contro dell'attribuzione della personalità alle macchine¹³¹. Quello che conta è capire se serva conferire la soggettività a tali sistemi¹³² e se l'individuazione di nuovi centri di imputazione non metta in tensione il 'sistema' della responsabilità civile¹³³, rimanendo in sintonia con i principi e gli obiettivi generali del diritto della responsabilità extracontrattuale, vale a dire il risarcimento e la deterrenza¹³⁴.

In realtà, come si cercherà di spiegare nelle righe che seguono, molte delle critiche rivolte a chi promuove un parallelo tra dispositivi IA e società con personalità giuridica hanno a che fare proprio con l'idea stessa di persona giuridica, che emerge da secoli di riflessioni della dottrina. L'attribuzione della personalità ad enti, come appunto le società, nasce sulla base del cosiddetto modello organicistico, ossia di un modello che ha comunque l'uomo come punto di riferimento; l'idea stessa di persona giuridica richiama l'idea di collettività, ossia di un insieme di persone fisiche¹³⁵. A questo proposito, assai significativo appare un passaggio della già citata lettera aperta "Intelligenza artificiale e robotica", in cui si afferma perentoriamente: "*(t)he legal status for a robot can't derive from the Legal Entity model, since it implies the existence of human persons behind the legal person to represent and direct it. And this is not the case for a robot*"¹³⁶. Secondo questa impostazione, l'impossibilità di adottare il modello delle società viene dunque ricondotta all'indispensabile presenza degli umani al momento della costituzione e della vita della stessa, secondo l'idea ancora oggi ricorrente nei manuali di diritto che le persone giuridiche sono una mera finzione costruita dalla legge sul modello della persona umana¹³⁷.

¹²⁸ J. TURNER, *op. cit.*, p. 189.

¹²⁹ A. BERTOLINI, *op. cit.*, p. 35 ss.

¹³⁰ G. WAGNER, *Robot, Inc.*, cit., p. 599.

¹³¹ A. BERTOLINI, *op. cit.*, p. 35 ss.

¹³² F. CAROCCIA, *op. cit.*, p. 249.

¹³³ U. SALANITRO, *op. cit.*, p. 1250.

¹³⁴ G. WAGNER, *Robot, Inc.*, cit., p. 608.

¹³⁵ F. CAROCCIA, *op. cit.*, p. 237.

¹³⁶ *Open Letter*, cit.

Sul punto anche Floridi e Taddeo, secondo cui: "*companies are constituted and run by real people. That is why they can be meaningfully attributed with intentions, plans, goals, legal rights and duties, and why they can be taught, praised or punished*" (L. FLORIDI, M. TADDEO, *Romans would have denied robots legal personhood*, in *Nature*, 2018, 557, p. 309).

¹³⁷ A. SANTOSUOSSO, *op. cit.*, p. 202.

Peraltro, il diritto positivo sembra esplicitare questa visione, ad esempio rimarcando che la società è amministrata (o almeno presidiata) da un consiglio di amministrazione e che questo consiglio è composto da persone fisiche¹³⁸. Tutto ciò si ritrova tanto in sistemi di *civil law*, quanto in sistemi di *common law*; in questo senso il codice delle obbligazioni svizzero al terzo capoverso dell'articolo 707 prevede che “Le persone giuridiche e le società commerciali non possono, anche se azionisti, essere membri del consiglio d'amministrazione, ma sono eleggibili, in luogo d'esse, i loro rappresentanti”, mentre, in modo ancora più chiaro, secondo la *Delaware General Corporation Law*, § 141 (b): “*The board of directors of a corporation shall consist of one or more members, each of whom shall be a natural person*”.

È stato, tuttavia, evidenziato come, a partire dalla seconda metà del XX secolo, il diritto societario, in particolare quello nordamericano, sia progressivamente divenuto più flessibile anche in tema di struttura e composizione della *governance* societaria¹³⁹. Alcuni studiosi del diritto e, in particolare, il giurista e programmatore Shawn Bayern si sono concentrati sul caso della società a responsabilità limitata (*LLC*), forma organizzativa caratterizzata da un elevato grado di libertà dei suoi membri nella determinazione della struttura interna e della *governance*, pur mantenendo i benefici connessi alla responsabilità limitata¹⁴⁰. Bayern, sfruttando un'apparente scappatoia presente sia nel *Revised Uniform Limited Liability Company Act* del 2006 (*RULLCA*)¹⁴¹ sia nella *New York Limited Liability Company Law* del 1994 (come modificata nel 1999)¹⁴²¹⁴³, sostiene che le *Limited Liability Company* potrebbero essere utilizzate per garantire a qualsiasi tipo di sistema autonomo la personalità giuridica (o quantomeno un suo equivalente funzionale)¹⁴⁴: si tratterebbe, in sostanza, di una *memberless entity* governata dall'intelligenza artificiale¹⁴⁵.

Il ragionamento è audace e viene articolato come segue: (1) un singolo soggetto costituisce una *member-managed LLC* e (2) ne disciplina la gestione con un *operating agreement* che (3) prevede, in base a talune condizioni e nel quadro del perseguimento dell'oggetto sociale, che le attività della *LLC* siano determinate da un *autonomous system*. Si immagini a questo punto che (4) il *sole member* receda dalla *LLC*, la quale rimarrebbe così *memberless*, ma in ogni caso provvista degli strumenti idonei per continuare a operare¹⁴⁶.

La possibilità di ammettere la *perpetuatio* di una *LLC* al venir meno della totalità dei soci, sembrerebbe legittimata dal § 701(a)(3) del *Revised Unified Limited Liability Company Act* del 2006 (*RULLCA*): “*a limited liability company is dissolved, and its activities must be wound up, upon (...) the passage of 90 consecutive days during which*

¹³⁸ S. BAYERN, *The Implications of Modern Business-Entity Law for the Regulation of Autonomous Systems*, in *Stan. Tech. L. Rev.*, 2015, 93, p. 98.

¹³⁹ *Ibidem*.

¹⁴⁰ A. BERTOLINI, *op. cit.*, p. 43.

¹⁴¹ Lo *Uniform Limited Liability Company Act (ULLCA)*, con la sua ‘revisione’ del 2006 (chiamata appunto *Revised Uniform Limited Liability Company Act (RULLCA)*), è una ‘legge modello’ proposta dalla *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws (NCCUSL)* per la disciplina delle *LLC* da parte degli stati degli Stati Uniti.

¹⁴² La legge è entrata in vigore il 24 ottobre 1994. Per maggiori informazioni: M.R. MILLER, *The New York Limited Liability Company Law at Twenty: Past, Present & Future*, in *Touro L. Rev.*, 2015, 31(3), p. 403 ss.

¹⁴³ J. TURNER, *op. cit.*, p. 177.

¹⁴⁴ S. BAYERN, *op. cit.*, p. 104.

¹⁴⁵ F.M. SBARBARO, *Algoritmi, intelligenza artificiale e personalità giuridica: prime note sul recente dibattito in tema di autonomous entity*, in *Nuovo Dir. Soc.*, 2020, 7, p. 893 s.

¹⁴⁶ S. BAYERN, *op. cit.*, p. 101; F.M. SBARBARO, *op. cit.*, p. 894.

the company has no members”. A prescindere dalla finalità della norma – probabilmente destinata, in una successione *mortis causa*, a permettere agli eredi di valutare se continuare l’impresa del *de cuius* e non concepita come un generale riconoscimento di una *memberless LLC* –, il termine di novanta giorni ivi previsto non sarebbe da considerarsi tassativo, non essendo ricompreso tra le ipotesi inderogabili di scioglimento previste dal *RULLCA*, e, pertanto, sarebbe possibile derogarvi fissando un termine anche sensibilmente più lungo nell’*operating agreement*¹⁴⁷. A conclusioni più o meno analoghe si perviene anche dall’esame del testo della *New York Limited Liability Company Law*, che prevede un termine di dissoluzione di 180 giorni per la *LLC* rimasta senza membri, termine che appare anche in questo caso assolutamente derogabile.

Tale argomentazione non sembra del tutto convincente, soprattutto se con essa si vuole giungere al conferimento della personalità ai dispositivi IA. In fondo, un conto è riconoscere la personalità giuridica in capo a un ente – sotto forma di *LLC* – che sia privo di *member person* e la cui gestione sia attribuita a un sistema di intelligenza artificiale¹⁴⁸, un conto è riconoscere la personalità al dispositivo IA che quella *LLC* gestisce. Come nota Turner, bisogna infatti distinguere tra contenitore e contenuto: “*Bayern aims to jump across the gap between container and contents by replacing the (existing) person in control of an LLC with an AI entity. However, it is questionable whether the AI entity in control of the LLC would be treated as having all of the LLC’s liabilities. Decision-making on behalf of an entity is not the same as having the same legal personality as that entity. A human controller of an LLC does not thereby become personally liable for the LLC’s debts, and, presumably, neither would the AI*”¹⁴⁹.

Se l’adozione di modelli esistenti derivanti dal diritto societario può dar luogo a dibattiti infiniti, nulla vieta di tagliare la testa al toro creando una forma differente di personalità giuridica – la personalità elettronica – e regolando essa diversamente¹⁵⁰. Si tratta di una soluzione su misura¹⁵¹ a cui apre, in un certo qual modo, anche il Parlamento europeo nella sua risoluzione del 2017, dove possiamo leggere: “l’autonomia dei robot solleva la questione della loro natura alla luce delle categorie giuridiche esistenti e dell’eventuale necessità di creare una nuova categoria con caratteristiche specifiche e implicazioni proprie”¹⁵². Si è già detto della personalità accordata, nell’ambito di alcuni ordinamenti giuridici, ad elementi della natura¹⁵³, ma, in generale, la creazione di nuove forme di personalità giuridica non è insolita quando vi siano specifiche esigenze per farlo¹⁵⁴.

¹⁴⁷ S. BAYERN, *op. cit.*, p. 102 s., F.M. SBARBARO, *op. cit.*, p. 895.

¹⁴⁸ F.M. SBARBARO, *op. cit.*, p. 894 ss.

¹⁴⁹ J. TURNER, *op. cit.*, p. 178 s.

¹⁵⁰ A. BERTOLINI, *op. cit.*, p. 43.

Una posizione decisamente critica sull’introduzione di un nuovo modello di personalità è espressa da Welters, secondo cui ciò solleverebbe solo ulteriori problemi e creerebbe incertezza giuridica senza alcun beneficio correlato (M. WELTERS, *Towards a Singular Concept of Legal Personality*, in *Can. Bar Rev.*, 2014, 92(2), p. 447).

¹⁵¹ J. TURNER, *op. cit.*, p. 179.

¹⁵² Risoluzione del Parlamento europeo del 16 febbraio 2017, cit., considerando AC.

¹⁵³ La questione è spiegata da Burri come segue: “(*Just as national legislature could determine that great apes or certain rivers are persons within the domestic legal order, it could also state so, for instance, for webpages*)” (T. BURRI, *Free movement of algorithms: artificially intelligent persons conquer the European Union’s internal market*, in W. BARFIELD, U. PAGALLO (eds.), *Research Handbook*, cit., p. 541).

¹⁵⁴ A. BERTOLINI, *op. cit.*, p. 43 (nota 99).

A titolo esemplificativo l’autore si riferisce alla Società cooperativa europea (SCE) disciplinata dal regolamento (CE) n. 1435/2003 del Consiglio del 22 luglio 2003.

Le ipotesi sulle possibili caratteristiche di tale nuova personalità elettronica sono molteplici e non è possibile ricostruirle qui nel dettaglio. Comunque sia, secondo autorevole dottrina, una questione su cui un qualsiasi legislatore è chiamato a interrogarsi è quella del ‘controllo’. In effetti, come le leggi nei diversi ordinamenti regolano le modalità di controllo di una società e chi ne è incaricato, nel caso della persona elettronica “*some kind of guardianship or agency could ensure control*”¹⁵⁵. Al contrario, non legare il riconoscimento della personalità ad alcuna forma di controllo rappresenterebbe una sostanziale equiparazione alla persona fisica, che, come noto, è considerata tale a prescindere dal fatto che qualcuno (genitori, tutore ...) eserciti un controllo su di lui/lei¹⁵⁶.

Altro elemento chiave a cui viene connesso il riconoscimento della personalità è quello del ‘patrimonio’. In specie, sarebbe necessaria la formazione di un patrimonio o la costituzione di un fondo assicurativo dedicato, vincolando ai conferimenti o al pagamento del premio quegli operatori che si ritiene opportuno debbano sopportare il rischio¹⁵⁷. In sostanza, per qualificarsi come persona giuridica, il dispositivo IA dovrebbe essere dotato di risorse adeguate a soddisfare potenziali richieste di risarcimento danni¹⁵⁸. In assenza di un ‘fondo’, la sola attribuzione della personalità elettronica condurrebbe a risultati intollerabili: da una parte, il danno causato a terzi rimarrebbe, di fatto, a carico delle vittime; dall’altra, produttori, programmatori e utenti non avrebbero alcun incentivo a concepire/fabbricare il dispositivo e a farlo funzionare in modo da ridurre il rischio di danni¹⁵⁹. Un’alternativa che persegue le medesime finalità dei requisiti patrimoniali minimi è quella di prevedere, per il riconoscimento, un’assicurazione di responsabilità civile obbligatoria, il cui premio dovrebbe essere pagato dalle persone fisiche e giuridiche coinvolte nel concepimento, funzionamento e utilizzo del dispositivo¹⁶⁰. Tutto ciò, però, implicherebbe, la difficile definizione di criteri che consentano, da una parte, di stabilire un livello patrimoniale sufficiente o un massimale assicurativo idoneo e, dall’altra, di ripartire “i costi tra una pluralità potenziale di soggetti concorrenti”¹⁶¹.

7. POTENZIALI VANTAGGI E CRITICITÀ DELLA ‘PERSONALITÀ ELETTRONICA’ IN UN’OTTICA DI RESPONSABILITÀ EXTRA CONTRATTUALE

Nella discussione sull’attribuzione della personalità ai dispositivi IA, emergono in particolare due argomenti a favore connessi con il tema della responsabilità civile (e, in particolare, di quella extracontrattuale): in primo luogo, la responsabilità imputata al dispositivo IA, soggetto di diritto, potrebbe rappresentare un incentivo al progresso, al contrario dell’effetto deterrente che deriverebbe se dovesse essere, ad esempio, il solo produttore a sopportare i costi del risarcimento per i danni causati; in secondo luogo, il riconoscimento della personalità può giustificarsi in funzione strumentale: una finzione giuridica per gestire più efficacemente i rischi e semplificare l’allocazione della respon-

¹⁵⁵ T. BURRI, *op. cit.*, p. 541.

¹⁵⁶ *Ibid.*, p. 541 s.

¹⁵⁷ U. SALANITRO, *op. cit.*, p. 1250.

Sul punto anche: D.C. VLADECK, *Machines Without Principals: Liability Rules and Artificial Intelligence*, in Wash. L. Rev., 2014, 89(1), p. 150.

¹⁵⁸ G. WAGNER, *Robot Liability*, in S. LOHSSE, R. SCHULZE, D. STAUDENMAYER (eds.), *Liability*, cit., p. 58.

¹⁵⁹ *Ibidem.*

¹⁶⁰ *Ibidem.*

¹⁶¹ G. COMANDÈ, *Intelligenza artificiale*, cit., p. 180.

sabilità, facilitando la soddisfazione dell'interesse risarcitorio del danneggiato con la chiara individuazione del soggetto responsabile¹⁶².

Sotto quest'ultimo aspetto, ossia l'imputazione della responsabilità, è chiaro che, in certe situazioni, non è semplice individuare il soggetto responsabile e ripartire correttamente la responsabilità tra coloro che cooperano alla creazione e al funzionamento del dispositivo IA¹⁶³. Detto in altro modo, si assommano due problematiche: a) identificare il responsabile, se la responsabilità può essere ascritta a un solo individuo; b) ritenere responsabile un singolo individuo: potrebbero esserci più persone coinvolte e quindi più responsabili¹⁶⁴. Questa questione di attribuzione e distribuzione delle responsabilità viene talvolta indicata come il 'problema delle molte mani' (*the Problem of Many Hands*¹⁶⁵) ed è rilevante anche per i dispositivi IA¹⁶⁶; in tal senso, anche il riconoscimento di una 'responsabilità distribuita'¹⁶⁷ tra più soggetti non sembra risolutivo perché rimane il tema della ripartizione, poste le difficoltà di conoscere la portata di tutti i contributi e le interazioni, ben potendoci essere soggetti più responsabili di altri¹⁶⁸.

Se, quindi, può essere vero che nella maggior parte dei casi, se non altro rispetto al livello tecnologico esistente, identificare un essere umano responsabile dei danni si rivelerebbe più efficiente e, quindi, risulterebbe superfluo prevedere a tal fine la personalità elettronica¹⁶⁹, ci sono però delle ipotesi in cui non sembra si possa escludere radicalmente tale possibilità; il riferimento va, in particolare, agli *unbundled digital products* – ossia i dispositivi che non sono commercializzati come un 'pacchetto chiuso' di hardware e software¹⁷⁰ –, rispetto ai quali i danneggiati possono incontrare seri problemi nell'individuare i responsabili e/o nel distribuire le responsabilità del cattivo funzionamento¹⁷¹. In tal senso, la soluzione *one-stop-shop*, che riconosce il robot/dispositivo IA come unico soggetto responsabile a cui la vittima può rivolgersi per il risarcimento, potrebbe essere molto efficace¹⁷². Sostanzialmente, il danneggiato potrebbe indirizzare la sua pretesa nei confronti dell'entità fittizia – il dispositivo IA dotato di personalità giuridica –, interagendo con un solo soggetto chiaramente individuato e superando la complessità della filiera produttiva, della *supply chain* e dell'ambiente digitale in cui opera l'applicazione tecnologica, con le connesse difficoltà rispetto all'accertamento del nesso di causalità e all'attribuzione, tra i vari soggetti coinvolti, delle responsabilità, che potrebbero dar luogo a contenziosi lunghi, onerosi e dall'esito incerto¹⁷³.

L'altro vantaggio associato al riconoscimento, quello dell'incentivazione del progresso tecnologico, può essere facilmente spiegato traendo spunto dal diritto societario.

¹⁶² S. ORITI, *Brevi note sulla risoluzione del Parlamento europeo del 16 febbraio 2017 concernente le norme di diritto civile sulla robotica*, 21/7/2017, disponibile all'indirizzo <https://www.ratioiuris.it/wp-content/uploads/2017/07/Brevi-note-sulla-risoluzione-del-Parlamento-europeo-del-16-febbraio-2017-concernente-le-norme-di-diritto-civile-sulla-robotica-1.pdf>.

¹⁶³ A. BERTOLINI, *op. cit.*, p. 44.

¹⁶⁴ M. COECKELBERGH, *Artificial Intelligence, Responsibility Attribution, and a Relational Justification of Explainability*, in *Sci. Eng. Ethics*, 2020, 26, p. 2056.

¹⁶⁵ I. VAN DE POEL *et al.*, *The Problem of Many Hands: Climate Change as an Example*, in *Sci. Eng. Ethics*, 2012, 18(1), p. 49 ss.

¹⁶⁶ M. COECKELBERGH, *op. cit.*, p. 2056.

¹⁶⁷ M. TADDEO, L. FLORIDI, *How AI can be a force for good*, in *Science*, 2018, 361(6404), p. 751.

¹⁶⁸ M. COECKELBERGH, *op. cit.*, p. 2056.

¹⁶⁹ A. BERTOLINI, *op. cit.*, p. 34 s.

¹⁷⁰ "(N)ot marketed as a closed bundle of hard- and software" (G. WAGNER, *Robot Liability*, cit., p. 60).

¹⁷¹ G. WAGNER, *Robot, Inc.*, cit., p. 608; U. SALANITRO, *op. cit.*, p. 1250.

¹⁷² G. WAGNER, *Robot, Inc.*, cit., p. 608; A. BERTOLINI, *op. cit.*, p. 44.

¹⁷³ A. BERTOLINI, *op. cit.*, p. 44 s.

Come noto, in ogni ordinamento sono regolati modelli di società, con diritti e, soprattutto, responsabilità, separati da quelli di proprietari e controllori, nella prospettiva di proteggere gli ‘esseri umani’ dai rischi e incoraggiare così l’innovazione e la crescita economica; si tratta di una caratteristica nota come ‘responsabilità limitata’, in base alla quale i creditori della società possono soddisfarsi solo sul patrimonio della società stessa e non su quello di azionisti e proprietari: ciò è uno stimolo per gli investitori che, altrimenti, avrebbero difficoltà ad accettare l’alea di mettere in gioco tutti i loro beni¹⁷⁴. Allo stesso modo, nell’ambito dell’intelligenza artificiale, la creazione di un simile *firewall* – la personalità giuridica – tra il danno causabile dal dispositivo IA e gli operatori (creatori, utilizzatori ...) potrebbe favorire il lancio di prodotti innovativi sul mercato, dal momento che si supererebbe la naturale riluttanza legata alle responsabilità che potrebbero essere attribuite¹⁷⁵. Anzi, in questo caso, le giustificazioni per fornire tale personalità giuridica all’IA sarebbero ancora più forti rispetto a quella di proteggere i proprietari umani dalla responsabilità delle società. I sistemi di intelligenza artificiale possono fare qualcosa che le società non possono fare: prendere decisioni senza il contributo umano. Mentre una società è semplicemente una finzione collettiva per le volontà umane, l’intelligenza artificiale per sua natura ha una propria ‘volontà’ indipendente¹⁷⁶.

A fronte di queste (potenziali) utilità rimangono però sul tavolo le problematiche già in parte enunciate: chi conferisce i fondi per costituire il patrimonio o paga il premio assicurativo? Quanto paga¹⁷⁷? Sono questioni di non semplice soluzione, che si collegano a un pericolo, quello “di creare entità di IA con risorse limitate al fine esclusivo di ridurre la responsabilità dei loro creatori / utenti”¹⁷⁸. Quindi, l’attribuzione della personalità all’IA, benché ammantata dei fini ‘nobili’ sopracitati, potrebbe infine configurarsi semplicemente come una tecnica per ‘restringere’ la responsabilità, assicurando un risarcimento alle vittime solo nei limiti dell’importo del massimale assicurativo o del valore del patrimonio minimo¹⁷⁹; in altre parole, questo ‘velo elettronico’ determinerebbe un ‘peggioramento’ della posizione dei danneggiati¹⁸⁰, le cui rivendicazioni non potrebbero essere soddisfatte oltre a un certo livello¹⁸¹. A tal proposito, tornando al parallelo con le società, è stato efficacemente affermato come la funzione protettiva della responsabilità limitata dei soci è accettabile per i creditori ‘volontari’ – ossia i creditori divenuti tali per propria scelta e, in specie, in base a un rapporto contrattuale –, che possono tutelarsi dal rischio di inadempimento richiedendo idonee garanzie (personali o reali)¹⁸². Al con-

¹⁷⁴ Si vedano: J. TURNER, *op. cit.*, p. 187; A. BERTOLINI, *op. cit.*, p. 40; B.C. CHEONG, *Granting legal personhood to artificial intelligence systems and traditional veil-piercing concepts to impose liability*, in SN Soc. Sci., 2021, 1, 231, p. 8 s.

¹⁷⁵ J. TURNER, *op. cit.*, p. 187.

¹⁷⁶ *Ibid.*, p. 187.

¹⁷⁷ G. COMANDÈ, *Intelligenza artificiale*, cit., p. 180.

¹⁷⁸ G. COMANDÈ, *Responsabilità ed accountability*, cit., p. 1010.

Sul punto anche: U. RUFFOLO, *La personalità elettronica*, cit., p. 115 s.

¹⁷⁹ G. WAGNER, *Robot Liability*, cit., p. 59.

¹⁸⁰ E. KARNER, *op. cit.*, p. 123.

¹⁸¹ B.A. KOCH, *Product Liability 2.0 – Mere Update or New Version?*, in S. LOHSSE, R. SCHULZE, D. STAUDENMAYER (eds.), *Liability*, cit., p. 115.

¹⁸² Questo è senz’altro vero per i creditori ‘forti’, ossia coloro che sono nella posizione di poter negoziare ad armi pari; essi possono peraltro pretendere che il ‘prezzo’ concordato incorpori il rischio assunto. Tuttavia anche i creditori ‘volontari’ non così robusti “dispongono almeno di strumenti legali di informazione sulle società che scelgono come controparti contrattuali, grazie alla pubblicità degli statuti e dei bilanci annuali” (R. WEIGMANN, *La responsabilità limitata delle società di capitali di fronte ai fatti illeciti*, in P. CENDON (cur.), *Scritti in onore di Rodolfo Sacco*, Tomo secondo, Milano, 1994, p. 1250).

trario, per i creditori ‘involontari’ – quelli da illecito – la giustificazione teorica di tale limitazione è molto più fragile e controversa¹⁸³. Riferendoci specularmente all’ambito dell’IA, mentre nella responsabilità contrattuale, il contraente si espone ‘volontariamente’ al rischio di contrattare con una controparte ‘elettronica’, in caso di responsabilità extracontrattuale, il danneggiato è esposto al rischio prodotto dall’IA senza che abbia in alcun modo espresso il suo ‘consenso’¹⁸⁴.

8. CONCLUSIONI E PROSPETTIVE FUTURE

È chiaro come l’avvento dell’IA ponga alcune sfide cruciali all’attuale sistema della responsabilità extracontrattuale¹⁸⁵. È però altrettanto evidente che la prospettata introduzione della ‘personalità elettronica’ non è esente da numerose criticità. Pur ignorando l’argomento ontologico e sposando unicamente una prospettiva funzionale, rimangono molte questioni aperte: anzitutto la determinazione di un livello adeguato di patrimonio o di copertura assicurativa in relazione alla quantità di danno che i dispositivi potrebbero potenzialmente causare; ma, al di là della questione ‘riparatoria’, è opportuno offrire uno scudo agli operatori (produttori, utilizzatori ...) ¹⁸⁶? In un’ottica di deterrenza, questo potrebbe portare a uno sviluppo senza controllo di sistemi ‘pericolosi’ e, più in generale, disincentiverebbe l’adozione di precauzioni tese a evitare i danni connessi all’automazione digitale¹⁸⁷.

C’è da dire che, accanto al riconoscimento di una ‘piena’ personalità, sono state proposte altre soluzioni, prima fra tutte quella della soggettività giuridica limitata o parziale¹⁸⁸. L’idea – sviluppata da Teubner e che qui si riporta per sommi capi – si fonda sul ‘ruolo servente’ della ‘macchina’, ossia sul fatto che essa persegue comunque un interesse ‘alieno’ (di uomini o di organizzazioni); ne deriva che non sarebbe affatto necessario conferirle una capacità giuridica generale, cioè una personalità giuridica, bastando una parziale soggettività determinata funzionalmente¹⁸⁹. In particolare, per rispondere al ‘rischio autonomia’ – ossia al rischio “che discende dalle ‘decisioni’ indipendenti che l’agente software assume”¹⁹⁰ – la ‘macchina’ dovrebbe essere trattata come ausiliario e rappresentante¹⁹¹, di modo che il suo comportamento difettoso costituisca la violazione di un dovere, del quale risponderà il principale-rappresentato¹⁹²; “(i)n sintesi: *de lege fe-*

¹⁸³ Si vedano, tra gli altri: D.W. LEEBRON, *Limited Liability, Tort Victims, and Creditors*, in Colum. L. Rev., 1991, 91(7), p. 1588 ss.; L. STANGHELLINI, *Proprietà e controllo dell’impresa in crisi*, in Riv. Soc., 2004, 5, p. 1044 (nota 3); G. WAGNER, *Robot Liability*, cit., p. 59.

A questo proposito non sono mancate voci a sostegno dell’introduzione di una responsabilità illimitata dei soci nei confronti dei creditori da atto illecito (*ex multis*: H. HANSMANN, R. KRAAKMAN, *Toward Unlimited Shareholder Liability for Corporate Torts*, in Yale L. J., 1991, 100(7), p. 1879 ss.; R. WEIGMANN, *op. cit.*, p. 1231 ss.).

¹⁸⁴ Ragiona sulla questione: G. TEUBNER, *Soggetti giuridici digitali? Sullo status privatistico degli agenti software autonomi* (a cura di P. FEMIA), Napoli, 2019, p. 86.

¹⁸⁵ G. WAGNER, *Robot Liability*, cit., p. 61.

¹⁸⁶ *Ibid.*, p. 62.

¹⁸⁷ A BECKERS, G. TEUBNER, *op. cit.*, p. 8.

¹⁸⁸ G. TEUBNER, *Soggetti giuridici*, cit., p. 33.

La tesi di Teubner è di sicuro interesse per la dottrina italiana anche perché chiamerebbe in causa le distinzioni dogmatiche tradizionali (e tormentate) tra soggettività, capacità e personalità giuridica. Si vedano, tra gli altri: G. PASSAGNOLI, *op. cit.*, p. 82; M. FARINA, *op. cit.*, p. 120.

¹⁸⁹ G. TEUBNER, *Soggetti giuridici*, cit., p. 30 ss.; G. PASSAGNOLI, *op. cit.*, p. 82.

¹⁹⁰ G. TEUBNER, *Soggetti giuridici*, cit., p. 37.

¹⁹¹ *Ibid.*, p. 94.

¹⁹² *Ibid.*, p. 125.

renda dovrebbe essere introdotta una vera e propria ‘responsabilità da assistenza digitale’, cioè una *strikte Haftung* aquiliana per danni cagionati da agenti software autonomi; (...) si tratterebbe dunque (...) di (...) responsabilità di un principale per le decisioni dannose illecite prese dal proprio agente software”¹⁹³. Anche questa impostazione, tuttavia, lascia spazio a numerose perplessità, in specie legate alle differenze ontologiche e cognitive esistenti tra l’essere umano e le macchine: a quest’ultima, in particolare, non potrebbe essere imputato un illecito, il cui elemento soggettivo – dolo o colpa – “è specificamente ragguagliato alla natura umana”¹⁹⁴, ossia a un’entità provvista di coscienza e libero arbitrio¹⁹⁵.

Comunque la si voglia costruire, la creazione di un nuovo soggetto di responsabilità, la *ePerson*, è dunque circondata da parecchi dubbi, appalesandosi, almeno allo stato, come una via ardua da percorrere. A riprova di ciò, come già accennato, lo stesso Parlamento europeo, che ha avuto senz’altro il merito di aver alimentato il dibattito in materia con la sua risoluzione del 2017 (“Norme di diritto civile sulla robotica”)¹⁹⁶, ha presto mutato la sua posizione¹⁹⁷ affermando, in una risoluzione del febbraio 2020¹⁹⁸, il principio per cui, rispetto ai sistemi decisionali automatizzati, “gli esseri umani devono sempre essere responsabili, in ultima istanza, delle decisioni prese”¹⁹⁹. Tale posizione è stata chiarita in modo ancora più netto nella risoluzione dell’ottobre 2020 recante raccomandazioni alla Commissione su un regime di responsabilità civile per l’intelligenza artificiale, laddove si dichiara apertamente la non necessità del conferimento della personalità giuridica ai sistemi di IA²⁰⁰, e in una successiva risoluzione del gennaio 2021²⁰¹, nella

¹⁹³ *Ibid.*, p. 94.

Il riferimento dell’autore va all’art. 831 del BGB tedesco (Responsabilità per i commessi), secondo cui “(1) Chi impiega un altro per un compito, è obbligato a risarcire il danno che questi abbia illecitamente provocato ad un terzo nella sua esecuzione. Il dovere di risarcimento è escluso, quando il principale abbia osservato la dovuta abituale diligenza nella scelta della persona incaricata e nell’impiego di dispositivi o apparecchiature che il commesso abbia dovuto procurarsi o abbia adoperato per l’esecuzione dell’incarico o quando il danno si sarebbe verificato anche con l’osservanza della predetta diligenza” (traduzione offerta da G. TEUBNER, *Soggetti giuridici*, cit., p. 88 (nota 167)). In Italia una disposizione simile è rappresentata dall’art. 2049 del codice civile (Responsabilità dei padroni e dei committenti), secondo cui “I padroni e i committenti sono responsabili per i danni arrecati dal fatto illecito dei loro domestici e commessi nell’esercizio delle incombenze a cui sono adibiti”. Sull’applicabilità dell’art. 2049 c.c. ai dispositivi IA si vedano, tra gli altri: U. RUFFOLO, *Intelligenza artificiale, machine learning e responsabilità da algoritmo*, in *Giur. it.*, 2019, 7, p. 1698 s.; U. RUFFOLO, *Per i fondamenti di un diritto della robotica self-learning: dalla machinery produttiva all’auto driverless: verso una “responsabilità da algoritmo”?*, in U. RUFFOLO (cur.), *Intelligenza artificiale e responsabilità*, Milano, 2017, p. 20; L. COPPINI, *op. cit.*, p. 726; G. SARTOR, *L’intenzionalità degli agenti software e la loro disciplina giuridica*, 2 novembre 2002, disponibile al link https://www.researchgate.net/profile/Giovanni-Sartor/publication/242154018_L%27intenzionalita_degli_agenti_software_e_la_loro_disciplina_giuridica/links/54b82ebf0cf269d8cbf6c847/Lintenzionalita-degli-agenti-software-e-la-loro-disciplina-giuridica.pdf.

¹⁹⁴ U. RUFFOLO, *Intelligenza artificiale*, cit., p. 1698.

¹⁹⁵ U. RUFFOLO, *Le responsabilità*, cit., p. 116.

¹⁹⁶ N. VAN DIJK, *op. cit.*, p. 230 ss.

¹⁹⁷ Sul punto: G. TADDEI ELMI, S. MARCHIAFAVA, A. UNFER, *Responsabilità civile e personalità giuridica della intelligenza artificiale. Il dibattito dottrinale e la normativa europea dal Draft Delvaux alla proposta di Regolamento della Commissione del 21 aprile 2021*, in *i-lex*, 2021, 2, p. 118 s.

¹⁹⁸ Risoluzione del Parlamento europeo del 12 febbraio 2020 sui processi decisionali automatizzati: garantire la tutela dei consumatori e la libera circolazione di beni e servizi (2019/2915(RSP)).

¹⁹⁹ *Ibid.*, p.to 10.

²⁰⁰ Risoluzione del Parlamento europeo del 20 ottobre 2020, cit., p.to 7.

²⁰¹ Risoluzione del Parlamento europeo del 20 gennaio 2021 sull’intelligenza artificiale: questioni relative all’interpretazione e applicazione del diritto internazionale nella misura in cui l’UE è interessata relativamente agli impieghi civili e militari e all’autorità dello Stato al di fuori dell’ambito della giustizia penale

quale il Parlamento “ribadisce che un processo decisionale autonomo non dovrebbe esonerare gli esseri umani dalla responsabilità e che le persone devono sempre avere la responsabilità ultima dei processi decisionali, in modo da poter identificare l’essere umano responsabile della decisione”²⁰².

La stessa linea è stata seguita dalla Commissione che ha ommesso di citare l’opzione ‘personalità elettronica’ nei suoi documenti²⁰³. In tal senso, la proposta di regolamento dell’aprile 2021 (“Legge sull’intelligenza artificiale”) sembra del tutto disinteressata alla prospettiva della personalità/soggettività dei sistemi IA, non accennando in alcun modo a tale possibilità²⁰⁴. Nessun riferimento a ipotesi di soggettività è rinvenibile anche nella recente proposta di direttiva del settembre 2022 sull’adeguamento delle norme in materia di responsabilità civile extracontrattuale all’intelligenza artificiale; rispetto a quest’ultimo testo, invero molto scarno, occorre tuttavia evidenziare che esso non mira a stabilire un regime di responsabilità ‘armonizzato’ per i danni connessi all’IA, ma piuttosto a definire “misure atte ad alleggerire l’onere della prova per i danneggiati che cercano di dimostrare la fondatezza della loro azione di responsabilità”²⁰⁵, lasciando in capo agli Stati membri la scelta in ordine al tipo di responsabilità (o alla natura della stessa)²⁰⁶.

La strada che si sta intraprendendo pare dunque improntata a una più comoda rivisitazione degli strumenti normativi esistenti in tema di responsabilità, giustificabile anche alla luce delle questioni di difficile soluzione che accompagnerebbero l’introduzione della personalità elettronica. In questa direzione va, tra l’altro, la proposta di una nuova direttiva sulla responsabilità per danno da prodotti difettosi²⁰⁷ – presentata congiunta-

(2020/2013(INI)).

²⁰² *Ibid.*, p.to 8.

²⁰³ Si veda, ad es.: Comunicazione della Commissione, “L’intelligenza artificiale per l’Europa”, cit.

Sul punto anche: F. CAROCCIA, *op. cit.*, p. 227 s.

²⁰⁴ G. TADDEI ELMi, S. MARCHIAFAVA, A. UNFER, *Responsabilità civile*, cit., p. 119; G. DI ROSA, *Quali regole per i sistemi automatizzati “intelligenti”?*, in Riv. dir. civ., 2021, 5, p. 838.

Non è questa la sede per approfondire i contenuti della proposta di regolamento. È opportuno comunque evidenziare, in estrema sintesi, alcuni elementi di interesse. In primis, la proposta adotta un approccio basato sul rischio, distinguendo tra gli usi dell’IA che creano: a) un rischio inaccettabile – espressamente vietati dalla stessa proposta –; b) un rischio alto; c) un rischio basso o minimo (Commissione Europea, Proposta di regolamento che stabilisce regole armonizzate sull’intelligenza artificiale, cit., Relazione, p. 14). Nello specifico, per i sistemi IA identificati ‘ad alto rischio’ sono introdotti “diversi obblighi da osservare prima e dopo l’immissione sul mercato o della messa in servizio (...) (sistema di gestione dei rischi, dati e governance di dati, documentazione tecnica, conservazione delle registrazioni degli eventi (log), obblighi di trasparenza e di informazione, certificazioni, dichiarazione di conformità UE, ecc.), da parte di tutti i soggetti che partecipano alla catena di valore (fornitore, fabbricanti, rappresentanti autorizzati, importatori, distributori, ecc.) e al sistema di governance” (G. TADDEI ELMi, S. MARCHIAFAVA, A. UNFER, *Responsabilità civile*, cit., p. 123 s.). In definitiva, la proposta legislativa non è volta specificamente a regolare il regime di responsabilità relativo ai sistemi IA (G. PROIETTI, *Intelligenza artificiale: una prima analisi della proposta di regolamento europeo*, in *dirittobancario.it*, 27 Maggio 2021, p. 23) sebbene affronti la problematica in modo indiretto (G. TADDEI ELMi, S. MARCHIAFAVA, A. UNFER, *Responsabilità civile*, cit., p. 124): in effetti, appare chiaro che “condotte tenute in violazione degli obblighi normativamente stabiliti non possono non generare responsabilità” (G. DI ROSA, *op. cit.*, p. 852).

²⁰⁵ Commissione Europea, Proposta di direttiva relativa all’adeguamento delle norme in materia di responsabilità civile extracontrattuale all’intelligenza artificiale, cit., Relazione, p. 10.

²⁰⁶ Sul punto: C. FRATTONE, *Reasonable AI and Other Creatures. What Role for AI Standards in Liability Litigation?*, in *JLMI*, 2022, 3, p. 19 s.; G. PROIETTI, *Sistemi di Intelligenza Artificiale e Responsabilità: la proposta di AI Liability Directive*, in *dirittobancario.it*, 6 Ottobre 2022, p. 6.

²⁰⁷ Commissione Europea, Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sulla responsabilità per danno da prodotti difettosi, Bruxelles, 28.9.2022, COM(2022) 495 final.

mente all'appena citata proposta di *AI Liability Directive* –, con cui si intende appunto ammodernare la legislazione europea “alla luce degli sviluppi legati alle nuove tecnologie, compresa l'intelligenza artificiale”²⁰⁸.

²⁰⁸ *Ibid.*, considerando 3.

Il diritto privato nel prisma del diritto costituzionale: alcune riflessioni sul rapporto tra diritto contrattuale e dignità umana

*Christian von BAR**

Appare sempre più evidente come il moderno diritto privato debba confrontarsi sia con i diritti fondamentali sia con quelli umani. Le norme che regolano i diritti delle persone fisiche devono infatti essere declinati alla luce della necessità costituzionale di proteggere la dignità umana. Questo principio generale è allora imprescindibile anche per il diritto contrattuale, dal momento che i contratti che non rispettano la dignità umana sono ineseguibili. Si rifletterà inoltre su come la dignità umana si faccia particolarmente vulnerabile alla fine della vita e, a tal proposito, si esaminerà la questione del diritto alla morte assistita, che dovrebbe essere sempre affrontata attraverso riflessioni libere da scelte ideologiche o da preconcetti religiosi.

It is becoming increasingly evident that modern private law has to deal with both fundamental and human rights. Indeed, the rules governing the rights of natural persons must be interpreted in the light of the constitutional need to protect human dignity. This general principle is also relevant to contract law so that contracts that do not respect human dignity are unenforceable. We will also spend some thoughts on how human dignity becomes particularly vulnerable at the end of life and, in this regard, the question of the right to assisted dying will be examined, which should then always be approached through reflections free of ideological choices or religious pre-conceptions.

1. INTRODUZIONE

L'occasione per sviluppare questa riflessione mi è stata offerta dalla seconda conferenza in memoria di Ole Lando¹ allorché, chiamato a ricordarlo e a intervenire sui alcuni temi di ricerca che a lui furono particolarmente cari, promisi ai suoi figli che mi sarei occupato sì del diritto dei contratti, ma non specificamente di quello dei contratti commerciali. Sentivo infatti di voler rivolgere la mia attenzione a quegli aspetti del diritto

* Professore nell'Università di Osnabrück; Dr., Dr. h.c. mult., European Legal Studies Institute.

¹ La seconda conferenza in memoria di Ole Lando si è tenuta a Vienna nel 2020. Le parole di quel mio intervento sono apparse come *Ole Lando Memorial Lecture: Contract Law and Human Dignity. Second Ole Lando Memorial Lecture*, European Review of Private Law, 6, 2020 p. 1195–1206.

contrattuale che sono più direttamente influenzati dai diritti fondamentali e, soprattutto, dai diritti umani. Riprendo allora in questa sede quegli argomenti, per raggiungere così anche più direttamente il pubblico dei civilisti e dei comparatisti italiani².

Più di qualcuno potrebbe infatti pensare che contratto e diritti fondamentali entrino raramente in conflitto, dal momento che siamo indotti a percepire i primi come qualcosa di interamente "positivo"; sicché diventa allora spontaneo domandarsi come e quando essi possano entrare in conflitto con i diritti fondamentali della persona.

Partendo da qui, nelle pagine che seguono, spero allora di riuscire a dimostrare come, a un esame più attento, ci sia invero molto da riflettere su tutti quegli accordi che, per ragioni essenzialmente o almeno prevalentemente costituzionali, finiscono poi per essere considerati non vincolanti.

La presente indagine è quindi strettamente legata al diritto delle persone fisiche. Una "persona" è un essere umano che, nell'ambito del diritto privato, si relaziona con altri esseri umani (e con le cosiddette "persone giuridiche"). Questo è il "volto pubblico" dell'essere umano. *Persona* era la maschera che, nell'antichità, un attore utilizzava per consentire al pubblico di riconoscere il personaggio che stava interpretando, consentendo di comprendere meglio la sua voce durante la recita. Un essere umano appare come persona quando entra in contatto con altri soggetti di diritto privato e indossa a tal fine la sua "maschera caratteriale". Il diritto della persona fisica non si occupa quindi della questione filosofica di ciò che un essere umano "è", ma della sua relazione con gli altri, e quindi anche, in larga misura, del quadro entro il quale può stipulare contratti con gli altri.

2. LA PERSONA COME CHIAVE D'ACCESSO AL DIRITTO PRIVATO

Una persona è tale perché è soggetto del diritto privato. Che cosa presuppone ciò? A mio avviso i presupposti sono cinque. Una persona deve essere (i) titolare di diritti e obblighi; senza questo requisito fondamentale, non potrebbe entrare in contatto con un'altra persona in modo rilevante nel contesto del diritto privato. Pertanto, nella formulazione corretta, un essere umano non "è" una persona, ma "ha" una personalità. In ogni caso, ai sensi dell'articolo 6 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, «ogni individuo ha diritto, in ogni luogo, al riconoscimento della sua personalità giuridica»³. L'esistenza umana non ha solo un aspetto fisico, ma anche mentale e spirituale. Per questo motivo, l'ordinamento giuridico (ii) deve escludere il corpo e la dignità dell'essere umano dalle transazioni di diritto privato (il "commercio"). Gli atti dispositivi del corpo e della psiche devono essere vietati, qualora non siano impossibili. Infatti, se un essere umano, in cooperazione con altri, fosse in grado di rendere se stesso un oggetto, sarebbe privato della sua personalità e quindi della sua capacità di partecipare alla vita giuridica. Ogni individuo "ha" (iii) un sesso. Se, invece, viene considerato (in relazione ad altre persone) come una persona, gli viene assegnato un genere per scopi specifici. Quali siano o possano essere questi scopi, quanti generi l'ordinamento giuridico "consenta", chi sia autorizzato a passare da quale genere a quale altro genere, in che modo e con quali conseguenze ciò avvenga, sono questioni disciplinate dal diritto delle persone fisiche. Parte della persona è (iv) il suo nome. Se una persona non avesse alcun nome, intere aree del diritto le rimarrebbero precluse. Tutti i diritti che presuppongono una registra-

² Ringrazio Carlos Nóbrega (Universität Osnabrück, European Legal Studies Institute) e Geo Magri (Università dell'Insubria) per il prezioso lavoro di traduzione e revisione linguistica del quale sono loro debitore.

³ Art. 6, Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo, New York, 9 dicembre 1948

zione, ad esempio, sono necessariamente diritti legati al nome. Infine, (v) la persona è autorizzata (con riserva di età e capacità mentale) a organizzare autonomamente la propria vita giuridica privata. Ha la *capacità di contrarre*.

3. CORPO E DIGNITÀ

Il corpo umano è giuridicamente considerato come un *unicum*. Un essere umano non può dividere il proprio corpo per contratto, disporre di esso o delle sue parti come proprietario, venderlo o regalarlo. Strettamente legata al corpo umano è la sua dignità. L'insistenza sulla dignità dell'essere umano pone anche dei limiti alla sua autonomia privata. La "dignità" sorge sempre quando si cerca di trasformare se stessi o gli altri in oggetti. Al giorno d'oggi, nei media è comune parlare e scrivere che la squadra di calcio Y ha "acquistato" il giocatore A e che questo giocatore "vale" attualmente X milioni. Sebbene sia una semplificazione riferirsi a un accordo intorno alla conclusione di un contratto di lavoro, parlare di "vendita" non rispetta la dignità umana. Allo stesso modo non si può considerare contratto un accordo nuziale in base al quale i genitori della sposa si accordino con lo sposo o i suoi genitori e pattuiscano una somma di denaro per il matrimonio. Sostenere che un tale "contratto" può essere azionato di fronte a un giudice significherebbe degradare la sposa a una sorta di merce, indipendentemente dal fatto che un "prezzo per la sposa" sia ancora una consuetudine in alcune società extraeuropee e senza considerare la nostra storia. Altri esempi sono relativi agli accordi in base ai quali una donna possa vincolare contrattualmente il partner a usare regolarmente i contraccettivi e se un datore di lavoro possa inserire una clausola contrattuale in base alla quale il rapporto di lavoro è soggetto alla condizione risolutiva dell'avvenuta celebrazione del matrimonio del dipendente. I tribunali tedeschi hanno risposto negativamente a queste due domande. A mio avviso, il risultato deriva direttamente dalla considerazione che il diritto contrattuale non dovrebbe consentire accordi che violano la Costituzione. Giustamente, il Consiglio di Stato francese ha vietato uno spettacolo pubblicizzato come "lancio dei nani", in quanto «une telle attraction porte atteinte à la dignité de la personne humaine⁴».

4. IL SESSO

In Europa, il diritto contrattuale non fa più distinzioni tra uomini e donne (potrebbe essere altrimenti, ad esempio in base ad alcune leggi religiose). Nell'ambito dei contratti, la questione se una persona sia maschio o femmina o appartenga a un altro (quale?) genere si pone quindi solo a livello di alcuni singoli accordi, ad esempio quando un'api-scina sarà aperta, in un determinato orario, soltanto alle "donne". La questione se una persona sia un uomo o una donna ha comunque un risvolto significativo in alcune altre aree del diritto, ad esempio nel diritto di famiglia, nel diritto penale, nel diritto del lavoro e nel diritto societario. Sono tramontati i tempi in cui una donna (sposata o non sposata) era privata del diritto di disporre dei propri beni o di acquisire autonomamente delle proprietà. Laddove alcune aree del diritto sono ancora basate sul genere, le norme corrispondenti sono sottoposte a un crescente sindacato volto a verificare e giustificare la loro esistenza. Nel lungo periodo, la questione fondamentale è se la distinzione giuridica tra uomo e donna o tra padre e madre debba e possa essere mantenuta. Per i nostri scopi, è altrettanto importante che nell'Europa di oggi non sia possibile cambiare il sesso esclusivamente in base alla volontà privata; ciò richiede sempre una qualche forma di

⁴ Conseil d'Etat, Assemblée, du 27 octobre 1995, n. 136727

coinvolgimento dello Stato. Né si può acquisire il genere in forza di un contratto, o scegliendo se farlo in modo permanente o per un periodo di tempo limitato. Per alcuni sportivi o donne nati con caratteristiche di entrambi i sessi, questa rappresenterebbe, però, una possibile soluzione al loro problema.

5. PARTECIPAZIONE A RAPPORTI GIURIDICI PRIVATI

Non tutti gli istituti di diritto privato sono fruibili da tutti gli individui senza restrizioni. Al contrario, gli ordinamenti giuridici possono ostacolare o impedire, ad alcuni gruppi di persone, l'accesso a determinate opzioni di diritto privato. Anche questo è oggetto di crescenti riflessioni con riferimento ai diritti umani. Ai sensi della sezione 1(6) del *Law of Property Act* del 9 aprile 1925, «a legal estate is not capable of ... being held by an infant⁵». Ciò è in contrasto con la Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo, nonostante questa regola possa trovare una mitigazione attraverso il *truste* nonostante sia possibile controargomentare che si tratta solo di un altro modo di distinguere tra "capacità attiva e passiva" (il minore ha i diritti, il fiduciario [*trustee*] li esercita per suo conto). Resta vero che il bambino non ha alcun diritto. D'altra parte, però, è ipotizzabile che i diritti reali concedano alle persone con disabilità fisiche *maggiori* diritti nei confronti dei loro concittadini rispetto alle persone che non soffrono di tali disabilità. Questo è emerso, ad esempio, nella giurisprudenza italiana con riferimento ai diritti di servitù di passaggio a favore delle persone con disabilità motorie.

6. JUS COGENS

Il diritto privato delle persone fisiche stabilisce, assicura e regola le modalità di partecipazione dell'individuo al sistema del diritto privato. La soggettività giuridica (o personalità) è il prerequisite della capacità giuridica *attiva* [capacità d'agire], la capacità giuridica attiva è un'espressione della soggettività giuridica. L'integrità fisica e la dignità ne sono alla base e presuppongono la capacità giuridica passiva e attiva. L'attribuzione di un genere apre e chiude, almeno attualmente, l'accesso ad alcune aree del diritto privato. Infine, gli esseri umani non solo hanno un nome per poter essere titolari di diritti, ma anche per non dover essere identificati con segni, numeri o codici a barre (come avviene, invece, con la proprietà). Certo, molte persone condividono un nome *simile*, ma non si tratta, almeno non nei sistemi continentali, dello *stesso* nome. Nelle condizioni attuali in Europa, non sarebbe accettabile, con riferimento alla dignità umana, sostituire i nomi con i numeri, anche se i cosiddetti codici di identificazione sono in aumento ovunque.

Il diritto privato delle persone fisiche si occupa di norme che sfuggono all'autonomia privata. Nessuno, nemmeno un adulto capace di intendere e volere, può decidere le caratteristiche che l'ordinamento giuridico gli assegna in nome della sua personalità. «I diritti naturali legati alla personalità di un essere umano non possono essere alienati o rinunciati⁶»; in Francia, si applica il principio dell'indisponibilità dello stato delle persone. Di conseguenza, si tratta sempre di distinguere tra le transazioni che possono ancora essere organizzate secondo le forme del diritto privato e quelle per le quali il diritto privato non offre più o non può più offrire un quadro di riferimento. Il diritto delle persone fisiche impedisce di porre se stessi o altri al di sopra di sé. La dignità umana implica limiti al potere di disposizione su se stessi.

⁵ Sez. 1(6), *Law of Property Act*, 9.4.1925

⁶ §19(2), Codice civile Repubblica Ceca

7. TERMINOLOGIA

Nei sistemi giuridici europei si parla ripetutamente di diritti "inalienabili", "indisponibili", "non vendibili" o "non trasferibili". Questo non è soddisfacente. Il modo di parlare di "trasmissione" (ecc.) si riferisce ai diritti di proprietà individuali. Ma in questi casi si tratta di altro. L'uomo non "acquisisce" la sua personalità, nemmeno "per nascita"; essa gli viene assegnata dall'ordinamento giuridico fin dalla nascita. In sostanza, il sistema del diritto privato trae dai suoi meccanismi di azione tutte le caratteristiche che, a suo avviso, costituiscono l'uomo come persona. In altre parole, nessun essere umano può liberarsi dalla propria persona, dividerla o trasferirla a un altro soggetto, né con una dichiarazione unilaterale né con un contratto. Da un punto di vista costituzionale, ciò è evidente; da un punto di vista puramente di diritto privato, questo punto è molto più difficile da affrontare.

8. SENSIBILITÀ DEL DIRITTO PRIVATO AL DIRITTO COSTITUZIONALE

La natura essenziale del diritto privato è plasmata dai diritti umani e da quelli fondamentali. In fin dei conti, queste due aree del diritto si occupano di questioni correlate. Ancora una volta, però, la terminologia diventa un problema. Per "diritti umani" intendo i diritti soggettivi che hanno la loro fonte in un trattato internazionale, mentre per "diritti fondamentali" intendo i diritti che hanno la loro fonte nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea o nella Costituzione scritta di uno Stato, e considero entrambi, in *termini di contenuto*, tra gli oggetti del diritto costituzionale. In linea di principio, i "diritti umani" si applicano a tutti; i "diritti fondamentali" possono avere un ambito personale o territoriale più limitato. Una questione indipendente da questo è lo *status* di tale diritto costituzionale in termini di gerarchia delle fonti del diritto. Anche le "libertà fondamentali" sono ambigue. La Convenzione europea dei diritti dell'uomo si rivolge ai *diritti umani e libertà fondamentali*. Nel contesto del diritto dell'Unione Europea, invece, le "libertà fondamentali" rappresentano le libertà dei cittadini dell'UE legate al mercato interno. Queste libertà creano, tra l'altro, un diritto alla mobilità, che non dovrebbe essere violato nemmeno dalle norme di diritto delle persone (ad esempio, le norme sul nome dei figli, il riconoscimento dei matrimoni omosessuali conclusi all'interno dell'UE e il matrimonio dei minori).

9. LE FONTI DEI DIRITTI UMANI

Purtroppo non ho il tempo di affrontare in questa sede nemmeno le fonti più importanti dei diritti umani e fondamentali. Oltre alla Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo con il divieto di schiavitù (art. 4) e di discriminazione razziale (art. 2), vorrei citare in particolare l'articolo 15 (2) della Convenzione delle Nazioni Unite per l'eliminazione di ogni forma di discriminazione nei confronti delle donne, che recita: «Gli Stati Parti riconoscono alla donna, in materia civile, una capacità giuridica identica a quella dell'uomo e le medesime possibilità di esercitare tale capacità. Le riconoscono in particolare diritti eguali per quanto concerne la conclusione di contratti e l'amministrazione dei beni, accordandole il medesimo trattamento in tutti gli stadi del procedimento giudi-

ziario⁷». Ciò è chiaramente diretto, *tra l'altro*, a impedire l'applicazione della legge sharaïtica, sulla base della quale oggi vengono stipulati un gran numero di contratti, anche in Europa. L'articolo 15 (3) della Convenzione è ancora più specifico: «Gli Stati Parti convengono che ogni contratto e ogni altro strumento privato, di qualunque tipo esso sia, avente un effetto giuridico diretto a limitare la capacità giuridica della donna, deve essere considerato nullo⁸». L'articolo 16, paragrafo 1, lettera g), obbliga inoltre gli Stati a concedere alla moglie lo stesso diritto del marito alla scelta del cognome. Ai sensi dell'articolo 7 della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo del 20 novembre 1989, ogni bambino deve essere iscritto in un registro subito dopo la nascita e ha diritto fin dalla nascita a un nome (sarebbe quindi contrario alla Convenzione attribuire effetto costitutivo solo alla registrazione. Una persona non ha un nome perché è registrata. Il nome è registrato perché viene attribuito alla persona per effetto della legge). L'articolo 8 stabilisce un dovere di protezione da parte dello Stato, che viene specificato negli articoli 34 e 36 (protezione contro lo sfruttamento), mentre l'articolo 35 prescrive misure contro la tratta di minori. L'articolo 12 (2) della Convenzione ONU sui diritti delle persone con disabilità riconosce «che le persone con disabilità godono della capacità giuridica su base di uguaglianza con gli altri in tutti gli aspetti della vita⁹». Per dare attuazione a questo principio, l'articolo 12 (3) della Convenzione stabilisce che gli Stati parti devono adottare «misure adeguate per consentire l'accesso da parte delle persone con disabilità al sostegno di cui dovessero necessitare per esercitare la propria capacità giuridica¹⁰». Si tratta di un chiaro rifiuto delle norme che comportano la perdita della capacità.

Naturalmente, la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e i suoi protocolli aggiuntivi (CEDU) è particolarmente importante per noi europei. Le sue garanzie più importanti dal punto di vista del diritto privato si trovano nell'articolo 8 (diritto al rispetto della vita privata e familiare) e nell'articolo 14, che afferma che «il godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione deve essere assicurato senza nessuna discriminazione, in particolare quelle fondate sul sesso¹¹». Di crescente importanza è l'articolo 21 della Convenzione per la protezione dei Diritti dell'Uomo e della dignità dell'essere umano nei confronti delle applicazioni della biologia e della medicina (Convenzione sui Diritti dell'Uomo e la biomedicina o Convenzione di Oviedo) del 4 aprile 1997, che afferma che «il corpo umano e le sue parti non debbono essere, in quanto tali, fonte di profitto¹²».

10. LA DISTINZIONE TRA TITOLARITÀ ED ESERCIZIO DEI DIRITTI

Oggi quasi nulla è protetto, in termini di diritti fondamentali e umani, quanto la *capacità giuridica* della persona fisica. Chi gode della capacità giuridica è una persona, e quindi non appartiene né a se stesso né agli altri. L'uomo è una "persona naturale" semplicemente perché è un essere umano. Questo è un assioma che non si presta ad altre giustificazioni e che risulta garantito da un diritto costituzionalmente protetto "alla" ca-

⁷ Art. 15 (2), Convenzione delle Nazioni Unite per l'eliminazione di ogni forma di discriminazione nei confronti delle donne, 18.12.1979

⁸ Art. 15 (3), Convenzione delle Nazioni Unite per l'eliminazione di ogni forma di discriminazione nei confronti delle donne, 18.12.1979

⁹ Art. 12 (2), Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, 13.12.2006

¹⁰ Art. 12 (3), Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, 13.12.2006

¹¹ Art. 14, Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali

¹² Art. 21, Convenzione sui Diritti dell'Uomo e la biomedicina, 4.4.1997

capacità giuridica e che è strettamente legato alla tutela costituzionale del diritto alla vita dell'uomo. L'uomo ha capacità giuridica finché è in vita; chi non è ancora o non è più in vita non ha capacità giuridica. La vita umana è il lato fattuale della capacità giuridica; la capacità giuridica è il lato giuridico dell'esistenza di un essere umano.

Di solito si distingue tra "passive legal capacity", la capacità di godere (*capacité de jouissance*) della *personalità giuridica* o *Rechtsfähigkeit*, e "active legal capacity", la *capacità di agire* (*capacité d'exercice*) o *Geschäftsfähigkeit*. Per capacità giuridica passiva si intende quindi la capacità (astratta) di essere titolari di diritti e obblighi, mentre per capacità giuridica attiva si intende la capacità (concreta) di acquisire e disporre di diritti attraverso la propria azione giuridica, nonché di vincolarsi con la propria volontà assumendo obblighi. Tuttavia, la distinzione continentale tra capacità giuridica passiva e capacità giuridica attiva, come insegna il diritto inglese, non è priva di problemi. Le norme in materia di capacità giuridica presuppongono uno stretto rapporto con le disposizioni della Costituzione. Il diritto dell'uomo a essere riconosciuto dall'ordinamento giuridico come titolare di diritti e doveri ha la sua ragione ultima nella tutela della sua dignità. Ciò significa che ogni essere umano deve essere dotato della capacità di partecipare *in modo sostanziale* alla vita giuridica. Per questo motivo, come già detto, è problematico in termini di diritti umani privare i minori della "proprietà" della terra. Per lo stesso motivo, infine, le norme che privano una persona della capacità non sono più difendibili in termini di diritti umani. Non dobbiamo mai dimenticare che la separazione tra titolarità e potere di esercitare i diritti è un trucco popolare in tutti gli Stati totalitari.

11. SCHIAVITÀ

Una conseguenza diretta del diritto alla capacità giuridica passiva è, ovviamente, il divieto di schiavitù, che oggi diamo per scontato. In realtà, però, la schiavitù esiste ancora ed è conosciuta come *schiavitù moderna*. La schiavitù moderna non è "schiavitù" ai sensi dell'articolo 4 della CEDU, che utilizza la nozione nel senso tradizionale del concetto. Le sue manifestazioni crudeli devono essere combattute soprattutto attraverso il diritto penale. Dal punto di vista del diritto privato, si tratta di una violazione della dignità. Le vittime della schiavitù moderna non possono essere parti di un contratto (valido). Per consentire alle vittime di questa moderna tratta di agire con richieste di risarcimento del danno extracontrattuale o in arricchimento senza causa, è importante offrire alle vittime maggiori opportunità di intraprendere azioni legali contro le grandi aziende che non controllano adeguatamente i loro subappaltatori nei paesi a basso salario, nonché fornire agli sfruttati un'assistenza legale rapida ed efficace.

12. TIPI DI VIOLAZIONE CONSENSUALE DELLA DIGNITÀ

Se si volesse ridurre la distinzione tra contratto e illecito a un unico denominatore, si potrebbe dire che un contratto è qualcosa di fondamentalmente positivo, mentre un evento illecito è qualcosa di fondamentalmente negativo. Gli eventi illeciti violano un diritto altrui; i contratti si basano sull'accordo delle parti. Esistono ovviamente dei limiti alla rilevanza giuridica di tali accordi. Nel campo del diritto contrattuale ciò è spesso espresso nel senso che i contratti contrari alla legge e alla morale sono nulli (o almeno "non azionabili in giudizio"). Questa prospettiva di diritto contrattuale, ovviamente, risale a un'epoca in cui i diritti fondamentali e quelli umani non svolgevano ancora un ruolo

lo, o, al massimo, avevano un ruolo politico e programmatico. Oggi le cose sono fondamentalmente diverse, almeno nell'Europa continentale. Negli ordinamenti europei è il diritto costituzionale, non quello contrattuale, ad aver preminenza. È quindi sostanzialmente irrilevante il modo in cui il diritto contrattuale reagisce alle violazioni dei diritti fondamentali e umani, compreso il fatto che classifichi le norme costituzionali che fanno scattare la sanzione (di diritto privato) della nullità come "legge" o "morale". Si tratta solo di determinare il campo d'azione che il diritto costituzionale assegna al diritto contrattuale nell'ambito del diritto privato. Ciò vale in particolare per le disposizioni che vietano la violazione della dignità umana. Nella misura in cui la condotta che viola la dignità è sistematicamente qualificata come un illecito civile, ci si trova di fronte, come avviene in certi ordinamenti, a un vero e proprio pezzo di diritto costituzionale privato. Il diritto contrattuale dovrebbe muoversi nella stessa direzione. La dignità umana è una categoria talmente fondamentale che non può essere collegata ad argomenti accessori come il fatto che i contratti inumani sono "immorali", anche se una delle parti ha accettato la propria degradazione. In questi casi non ci troviamo di fronte a un problema che riguarda il diritto contrattuale interno, ma siamo davanti a un evento puramente fattuale esterno all'organizzazione giuridicamente possibile della vita, non perché sia immorale o illegale, ma perché il diritto costituzionale nega alle parti la possibilità di usare il diritto contrattuale. Quando si tratta di violazioni della dignità umana, non è più possibile distinguere tra effetti "verticali" e "orizzontali" dei diritti costituzionali e dei diritti umani.

Naturalmente le violazioni alla dignità che si fondano su un comune accordo sono molto meno frequenti di quelle che vengono causate da altri. Si possono distinguere due forme fondamentali. Una si occupa di interventi sul corpo, l'altra di degradazioni che lasciano inalterate le condizioni fisiche della persona colpita. Abbiamo già fornito esempi della seconda forma nella sezione precedente. Con riferimento diretto all'articolo 1 della Costituzione tedesca e senza la "deviazione" del § 138 BGB (contratti immorali), la Corte d'appello del lavoro di Düsseldorf ha correttamente ritenuto inefficaci le cosiddette "linee guida etiche" (!) di una catena di grandi magazzini americani, che pretendevano di proibire le relazioni personali private tra i dipendenti se queste influivano sulle loro "condizioni di lavoro". Tuttavia, la discussione più recente sulla rilevanza del diritto costituzionale come limite all'autonomia privata si è spostata sugli accordi che riguardano l'eutanasia e le funzioni del corpo umano: maternità surrogata, commercio di organi e tessuti, cambiamento chirurgico del sesso. Per motivi di tempo, mi limiterò qui ad alcune osservazioni conclusive con riguardo alla morte assistita.

13. MORTE ASSISTITA

La morte assistita è un argomento molto delicato. È meglio inteso come un gruppo di ipotesi variegato, che sono più vicine all'omicidio che al suicidio, ma che è comunque caratterizzato dalla peculiarità di riguardare persone che vogliono smettere di vivere, ma che non possono (più) realizzare questo desiderio attraverso il proprio comportamento e dipendono da un aiuto esterno. Lo Stato ha il dovere di proteggere sia la dignità che la vita delle persone che vivono nella sua sfera di influenza; di conseguenza, sia la dignità che la vita sono libere non solo dall'arbitrio statale, ma anche da quello privato. Nessuno può elevarsi a padrone della vita e della morte di un altro, nemmeno con il suo consenso o come suo "rappresentante", e non importa se si tratti di un adulto sano o di un neonato malato.

14. ESPOSIZIONE DEI FATTI

La morte assistita copre un'ampia gamma di ipotesi. (i) La forma (indiretta) di eutanasia è relativamente poco problematica, in quanto si tratta di una mera gestione del dolore (o di cure palliative) volta a facilitare il "crepuscolo" di una persona in fin di vita, ed è quindi lecita anche se è accompagnata da un accorciamento della vita come effetto collaterale non voluto ma inevitabile. A rigore, non c'è alcuna ragione convincente per riservare questa forma di eutanasia al personale medico o addirittura ai medici. Si tratta sempre e solo di evitare abusi e difficoltà nel provare i fatti. (ii) L'eutanasia sotto forma di suicidio assistito si verifica quando un medico o una persona vicina al suicida rimane al fianco dell'interessato fino all'ultimo atto necessario per il suicidio, ma non interviene e rispetta la volontà della persona di non essere rianimata. La persona sofferente affretta la propria morte e l'operatore sanitario non interviene. Anche questo, secondo l'opinione preferibile, non è un reato, perché rafforza il diritto di autodeterminazione del paziente, che è caratteristico della sua dignità. Il medico non viola i suoi obblighi contrattuali; li adempie perché il loro contenuto è cambiato.

(iii) L'eutanasia sotto forma di interruzione del trattamento sanitario è spesso chiamata impropriamente "eutanasia passiva". L'interruzione del trattamento è in linea di principio possibile in qualsiasi momento su richiesta del paziente; nessuno che possa fare una dichiarazione legalmente vincolante può essere trattato contro la sua volontà al di fuori di rapporti speciali di diritto pubblico (ad esempio nelle carceri). Qualsiasi altra cosa costituirebbe violazione del diritto del paziente all'autodeterminazione e del suo diritto alla vita privata. Non fa differenza se la persona dipende da un trattamento medico per prolungare la sua vita, né se soffre di una malattia curabile. L'interruzione del trattamento è problematica solo se il paziente non può più sopportarlo a causa del suo attuale stato di salute.

La situazione più difficile e allo stesso tempo più controversa è (iv) quella in cui un paziente divenuto incapace di formare la propria volontà (ad esempio a causa di una demenza avanzata) non può più essere "curato" dal punto di vista medico. Può solo ricevere assistenza, soffre in modo incurabile, versa in condizioni insopportabili e ha espresso la sua volontà di morire in libera autodeterminazione, ma non è più in grado di metterla in pratica. L'ultimo passo deve essere compiuto da un medico che abbia precedentemente consultato con attenzione altri medici e i familiari più stretti. Si tratta quindi di un caso particolare di omicidio su richiesta. Non si tratta di un'interruzione del trattamento, ma piuttosto di un'interruzione delle cure. Sebbene sia realizzato tramite un omicidio attivo, serve a porre fine a gravi sofferenze, in conformità con le norme di procedura e di diligenza. A differenza della forma classica di omicidio su richiesta, si tratta di un atto di assistenza medica. Il paziente non sfrutta la sua situazione per fare di altri lo strumento del suo desiderio di morte; non è più in grado di farlo, anche se aveva sperato di farlo quando era ancora in salute. Il desiderio di morire espresso in precedenza è ora solo un indicatore che la sofferenza è diventata veramente insopportabile. Una situazione siffatta non può essere risolta riducendola a una disputa sull'esistenza o meno di un "diritto a morire".

15. NESSUN PUNTO DI RIFERIMENTO PER IL DIRITTO PRIVATO

Vivere e morire non sono punti di riferimento di un diritto privatistico del quale il titolare possa disporre. Una persona che si suicida non compie un atto dispositivo della

sua vita. Una persona che si suicida non agisce, se e nella misura in cui non sono coinvolte altre persone, nell'esercizio di un diritto soggettivo, perché agisce completamente al di fuori dell'ordinamento giuridico. Ai fini di una regola giuridica è presupposta sempre la presenza di almeno due persone. Oggi il suicidio è un evento giuridicamente rilevante solo e al massimo se è coinvolto un istigatore o un complice. Nella disciplina sulla morte assistita si rimane nella legalità per la stessa ragione; anche in questo caso è necessariamente coinvolta una seconda persona. Tuttavia, quest'ultima non "dispone" della vita, perché non esiste un simile diritto disponibile. La vita, anche la propria vita, non è un diritto soggettivo disponibile, e certamente non è un diritto riconosciuto dal diritto privato. Di conseguenza, tutte le discussioni sul fatto che un "diritto a morire" sia complementare al "diritto alla vita", che è protetto dal diritto costituzionale e dai diritti umani, deviano l'attenzione. Esiste solo un *diritto (oggettivo) alla vita e alla morte* e non un *diritto (soggettivo) a vivere e a morire*.

16. BILANCIARE GLI INTERESSI IN GIOCO

La difficoltà principale è quella di sviluppare un insieme di regole per le persone che vogliono accomiarsi dalla vita in modo autodeterminato, ma che non possono (più) realizzare tale desiderio autonomamente. Dipendono da un aiuto esterno, il che significa che non si tratta solo della dignità del malato, ma anche di quella dei suoi familiari e del professionista medico e farmaceutico che lo assiste. In base al diritto costituzionale, anche l'interesse pubblico a prevenire gli abusi, compreso l'abuso di cure parentali, svolge un ruolo considerevole, perché lo Stato ha il dovere di proteggere la vita delle persone soggette alla sua autorità. D'altra parte, non si può dedurre da nessun testo costituzionale che esista un interesse pubblico a prevenire la morte che si estende sino al punto di imporre la sofferenza di una persona a tutti i costi, anche contro la sua volontà.

La disciplina della morte assistita dovrebbe essere orientata, in primo luogo, alle necessità della persona interessata. La persona è al centro. Tuttavia, ci sono limiti invalicabili che divengono evidenti quando l'omicidio su richiesta avviene al di fuori delle cure mediche di pazienti gravemente malati. La situazione nella quale si trova una persona del genere non può essere assimilata a quella di un uomo stanco della vita, che pretende l'aiuto di altri nell'esaudire il suo desiderio di morire. Parlare di un diritto a vivere o a morire causa solo un inutile irrigidimento nella regolamentazione di una situazione estrema dell'esistenza umana, nella quale la persona interessata è dipendente dalle cure. In questo caso non esiste né un "creditore" né un "debitore" di un presunto diritto soggettivo a morire di natura privatistica. Ciò non toglie che, a seconda del contesto, la morte autodeterminata abbia implicazioni sui diritti pubblici soggettivi di coloro che vogliono rispettare l'autodeterminazione del paziente.

17. ACCORDO PRATICO

Entrambe le posizioni devono trovare un equilibrio fondato su un accordo pratico all'interno di un quadro oggettivo che impedisca gli abusi. Ciò non può essere ottenuto con le tradizionali distinzioni tra azione e omissione, con la distinzione tra eutanasia "attiva" e "passiva", né in modo convincente con la nozione di controllo fisico dell'atto in questione. Si tratta piuttosto di determinare i limiti del dovere dello Stato di proteggere la vita secondo i principi di dignità e proporzionalità. Per farlo, il legislatore ha bisogno di un ampio margine di apprezzamento, ma anche della forza di liberarsi, senza perdere la certezza del diritto, dalle eccessive semplificazioni proposte qualche tempo fa. La

questione fondamentale, che alla fine è sempre in gioco, è quando la morte di una persona debba essere attribuita all'azione e alla volontà di un'altra, e questo è un problema normativo a cui si può rispondere solo valutando tutte le circostanze del singolo caso.

18. LA SOLUZIONE BELGA

Una delle leggi che ha avuto particolare successo nel raggiungere questo equilibrio nello spirito della Convenzione di Oviedo è la legge belga sull'eutanasia del 28 maggio 2002¹³. La legge definisce l'eutanasia come un atto compiuto da terzi, per porre intenzionalmente fine alla vita di una persona, su richiesta della stessa (art. 2) e, all'art. 3 § 1, aggiunge che il medico che pratica l'eutanasia "non commette reato" se ha accertato che il paziente è maggiorenne o emancipato e, al momento della richiesta, "è capace di agire ed è consapevole che la richiesta è stata fatta volontariamente, in modo ponderato e ripetuto e non è il risultato di una pressione esterna, che il paziente si trovi in una situazione medica disperata e che stia lamentando una sofferenza fisica o mentale costante e insopportabile che non può essere alleviata perché conseguenza di un incidente o di una malattia grave e incurabile, e che osservi le condizioni e le procedure prescritte dalla presente legge"¹⁴. Il medico deve consultare un collega indipendente, dare i consigli necessari al paziente e giungere alla conclusione che "non esiste un'altra soluzione ragionevole"¹⁵. Il paziente deve avere la possibilità di "discutere la sua richiesta con le persone che desidera incontrare"¹⁶. Si applicano precauzioni speciali se la morte è chiaramente improbabile in un futuro prevedibile (art. 2 § 3). La volontà del paziente deve essere registrata per iscritto e può essere revocata in qualsiasi momento (art. 4). In un capitolo a parte, la legge disciplina il testamento biologico, che chiama in modo condivisibile "dichiarazione anticipata di volontà"¹⁷. La legge afferma che "ogni adulto capace di agire o un minore dichiarato maggiorenne può, nel caso in cui non sia più in grado di esprimere la propria volontà, rilasciare una dichiarazione scritta in cui esprime il desiderio di essere assistito da un medico"¹⁸ in circostanze dettagliate "per essere assistito nell'eutanasia"¹⁹. Un medico che si attenga a questa dichiarazione preventiva di volontà non commette un reato se sussistono le circostanze specificate dall'articolo 4, paragrafo 2. Una commissione federale di monitoraggio e valutazione composta da 16 membri redige, tra gli altri compiti, un formulario per la registrazione della dichiarazione e, sulla base di questo, verifica la legalità delle misure mediche adottate (artt. 6-13). La legge rappresenta un'importante traguardo nel riconoscimento della morte rispettosa della dignità umana. Ha depenalizzato la cosiddetta eutanasia, perché il legislatore ha voluto privilegiare l'autonomia del paziente rispetto alla difesa della vita a tutti i costi. Un regime simile si applica anche nei Paesi Bassi.

19. CONCLUSIONI

Come ho già detto, avrei potuto declinare il mio intervento concentrandomi su altre questioni, come la maternità surrogata o le numerose implicazioni costituzionali che caratterizzano il moderno diritto ad appartenere a un solo sesso. Purtroppo ho dovuto con-

¹³ Legge del 28 maggio 2002 relativa all'eutanasia, *Moniteur belge*, 22 giugno 2002

¹⁴ Art. 3 §1, Legge del 28 maggio 2002 relativa all'eutanasia, *Moniteur belge*, 22 giugno 2002

¹⁵ *Ibidem*

¹⁶ Art. 3 §2, Legge del 28 maggio 2002 relativa all'eutanasia, *Moniteur belge*, 22 giugno 2002

¹⁷ Art. 4 §1, Legge del 28 maggio 2002 relativa all'eutanasia, *Moniteur belge*, 22 giugno 2002

¹⁸ Art. 4 §1, Legge del 28 maggio 2002 relativa all'eutanasia, *Moniteur belge*, 22 giugno 2002

¹⁹ *Ibidem*

centrarmi su un solo esempio. Per me, però, era importante dimostrare che il moderno diritto contrattuale deve essere orientato, in misura molto maggiore di quanto si pensi, al diritto costituzionale che gli è superiore e, quindi, al concetto di dignità umana. Il diritto contrattuale esiste solo all'interno di un quadro costituzionale. Tutto ciò che avviene al di fuori di questo quadro non è oggetto di un'obbligazione rilevante per il diritto contrattuale. Sembra ora necessario definire questo quadro in modo più consapevole. Forse ciò imporrà anche di riconsiderare l'atteggiamento tradizionale degli accademici che lavorano nel campo del diritto privato e che considerano il loro settore come la disciplina suprema del diritto.

The Post-Westphalian Polyhedral Dimension of Legal Mutation – A Case Study: Party Autonomy in International Contracts in Latin America

Lorenzo SERAFINELLI*

This paper deals with legal mutation and intends to place it in the perspective of a globalized and post-Westphalian world. The major goal of this research is to provide a theoretical sketch to analyze legal mutation by not flattening it to its inter-State movement alone. In other words, it aims to identify suitable tools to describe the ways in which law changes also because of the interactions that occur between its national and international dimensions. This perspective of analysis is defined polyhedral since it is not constrained to the mere bilateral inter-State scenario. Such perspective will be employed to investigate the recent developments occurred in Latin American with regard to party autonomy in international contracts. The selected case study will thus be used as a test case to check the validity of the theoretical sketches concerning the kind of circulation we have termed post-Westphalian and polyhedral.

Il presente contributo affronta la mutazione giuridica ponendosi nell'ottica di un mondo globalizzato e post-vestfaliano. Obiettivo primario della ricerca è quello fornire un abbozzo teorico di uno schema di analisi attraverso cui osservare la mutazione giuridica non appiattendola al solo suo movimento interstatale. In altri termini, si intende individuare degli strumenti idonei a descrivere le modalità attraverso cui il diritto muta anche a causa delle interazioni che avvengono tra la sua dimensione nazionale e quella internazionale. Questa prospettiva di analisi, definita poliedrica poiché appunto non si limita, nel descrivere il mutamento, alla sola dimensione bilaterale del rapporto inter-statale, sarà impiegata per indagare le ragioni delle recenti evoluzioni latino-americane concernenti l'autonomia dei privati nella contrattualistica internazionale. Il caso di studio selezionato sarà dunque utilizzato come banco di prova per verificare la validità degli abbozzi teorici relativi a quella forma di circolazione che abbiamo definito post-vestfaliana e poliedrica.

* Dottore di ricerca in diritto privato comparato presso La Sapienza, Università di Roma. Borsista di ricerca in diritto privato comparato presso la medesima Università.

1. INTRODUCTION

This research deals with legal mutation and aims to address such phenomenon by capturing how legal systems change in a way not limited to the inter-State dimension and trajectories of such evolutions¹. In so doing, it attempts to unhinge the prevailing views that flatten comparative inquiries to a mere analysis of relationships between sovereign subjects. This paper tries to put forward a different perspective, hence, by employing a polyhedral approach to legal mutation.

It focuses on the issue of party autonomy in international contracts in Latin America. Party autonomy is a well-known and globally recognized principle according to which parties to an international contractual relationship have the right to choose the applicable law. As Symeon Symeonides puts it²:

The last 50 years in particular have been a triumphant period for party autonomy. It has been characterized as “perhaps the most widely accepted private international rule of our time,” a “fundamental right,” and an “irresistible” principle that belongs to “the common core of the legal systems.” The vast majority of codifications and conventions adopted during this period have assigned a prominent role to this principle. In fact, as far as it can be ascertained, only three codifications enacted during this period have *not* adopted this principle for contract conflicts—those of Ecuador, Paraguay, and Guinea-Conakry. However, none of these codifications is comprehensive, and the first two are from Latin America, a region that is still under the influence of the Bustamante Code and its negative position on this subject.

As acknowledged by Symeonides, the Latin American region has long been an exception to the recognition of the principle. Traditionally, in fact, the American continent in its entirety was influenced by the ideals of territorialism in conflict of laws; ideals that were widespread during the postcolonialism period, both in North and South Amer-

¹ «Il diritto muta. Muta senza interruzione. Muta da sempre»: cfr. A. GAMBARO, R. SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, in R. SACCO (dir.), *Trattato di diritto comparato*, Torino, 2008, p. 23. *Ex multis*, see J. MERRYMAN, *Comparative Law and Social Change: On the Origins, Style, Decline & Revival of the Law and Development Movement*, in *Am. J. Comp. L.*, 1977, III, p. 457 ff.; A. WATSON, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*, Edinburgh, 1974, *passim*; ID., *Comparative Law and Legal Change*, *The Cambridge L. J.*, 1978, II, p. 313 ff.; ID., *From Legal Transplants to Legal Formants*, in *Am. J. Comp. L.*, 1995, III, p. 469 ff.; ID., *The Birth of Legal Transplants*, in *Ga. J. Int'l & Comp. L.*, 2013, III, p. 605 ff.; G. AJANI, *By Chance and Prestige: Legal Transplants in Russia and Eastern Europe*, in *Am. J. Comp. L.*, 1995, I, p. 93 ff.; W. EWALD, *Comparative Jurisprudence (II): The Logic of Legal Transplants*, in *Am. J. Comp. L.*, 1995, IV, p. 489 ff.; P. LEGRAND, *The Impossibility of Legal Transplants*, in *Maastricht J. Eur. & Comp. L.*, 1997, II, p. 111 ff.; ID., *What Legal Transplants*, in D. NELKEN, J. FEEST (eds.), *Adapting Legal Cultures*, Oxford-Portland, Oreg., 2001, p. 55 ff.; P.G. MONATERI, *Black Gaius: A Quest for the Multicultural Origins of the Western Legal Tradition*, in *Hastings L.J.*, 2000, III, p. 479 ff.; J. WIENER, *Something Borrowed for Something Blue: Legal Transplants and the Evolution of Global Environmental Law*, in *Ecology L.Q.*, 2001, IV, p. 1307 ff.; M. GRAZIADEI, *Legal Transplants and the Frontiers of Legal Knowledge*, in *Theoretical Inq. L.*, 2009, II, p. 723 ff.; G. MARINI, *Diritto e politica: la costruzione delle tradizioni giuridiche nell'epoca della globalizzazione*, in *Polemos*, 2010, I, p. 31 ff.; A. DOLIDZE, *Bridging Comparative and International Law: Amicus Curiae Participation as a Vertical Legal Transplant*, in *Eur. J. Int. L.*, 2015, IV, p. 851 ff.; E. GRANDE, *Legal Transplants and the Inoculation Effect*, in *Am. J. Comp. L.*, 2016, III, p. 583 ff.; A. MIRANDA, *Lo “stingimento” delle regole giuridiche tra diritti e limiti nell'era dei flussi migratori e della crisi delle nazioni*, in *Cardozo EL. Bull.*, 2018, p. 1 ff.

² S.C. SYMEONIDES, *Codifying Choice of Law Around the World*, Oxford, 2014, p. 114 (citation omitted). For greater clarity, from the time Symeonides wrote, Paraguay enacted, as we have stated above, a new law in 2015 which recognized the principle limited to international commercial contracts.

ica, indeed³. The territoriality principle gave tremendous importance to national law, relegating foreign law to a few hypotheses of application. In contract conflicts, such principle and the political trend by which it was inspired, led to the refusal of the more liberal one of party autonomy⁴. The territoriality of law was looked at as a shield against foreign intrusions, to which the American continent was particularly sensitive in the XIX century. As a consequence, the idea that a contract would be governed by a law other than the national one, and particularly by the law of the conquerors, paved the way to hostility to party autonomy and its liberal nature.

This attitude has long survived in Latin America, and has prolonged its influence until recent times. Thus, the major goal of this paper is to set forward a plausible explanation of such Latin American exceptionalism by assuming a comparative law perspective that overcomes the classic views on legal mutation. In my opinion, this *modus operandi* is apt to give a better insight of the dynamics that brought Latin American States to abandon their original strong rejection of party autonomy in international contracts. This paper suggests the need to address the selected case study by assuming a Post-Westphalian polyhedral methodology whereby approaching to legal mutation from a non-exclusively inter-State perspective.

2. ADDRESSING LEGAL MUTATION FROM A POLYHEDRAL PERSPECTIVE

After all, ever since legal comparison emerged as a science, its devotees have sought to develop theoretical models that are apt to intercept the movement and describe it⁵. As is widely known, different views have been developed over time about how legal mutation occurs. Each and every one of these views wanting to try to identify a unique model applicable in every context and at every latitude: there has been talk of legal transplants⁶, of spreading a model because of its prestige⁷, of grafts⁸, of inoculations⁹, of stinging¹⁰, of imitations, etc.

It is not the purpose of the present research to rekindle the debate about which model most accurately succeeds in describing the dynamics of the legal phenomenon. I take the argument, however, that the most fitting view is the one that admits a circulation of legal rules such that the bodies that transpose these rules contribute to their modification and adaptation to the legal, economic, social, cultural and political context of reception.

³ See for a general address J.M. SHAMAN, *The Choice of Law Process: Territorialism and Functionalism*, in *William & Mary L.R.*, 1980, II, p. 227 and L. PEREZNIETO CASTRO, *La tradition territorialiste en droit international privé dans le pays de l'Amérique Latine*, in *Rec. Cours de l'Académie de Droit Intern.*, Vol. 190, 1985, 270 ff., esp. at p. 279.

⁴ See H. BATIFFOL, *Les Contrats en Droit International Privé Comparé*, Montréal, 1981, p. 1; E. HERNÁNDEZ BRETÓN, *Autonomía conflictual en América latina. Tendencias actuales*, in *Anuario Hispano-Luso-Americano de derecho internacional*, 2003, p. 41 ff., esp. at p. 450; D. OPERTTI BADÁN, C. FRESNEDO DE AGUIRRE, *Contratos Comerciales Internacionales*, Montevideo, 1997, p. 15; and J. SAMTLEBEN, *Teixeira de Freitas e a autonomia das partes no direito internacional privado latino-americano*, in *Rev. de Informação Leg.*, 1986, I, p. 257 ff.

⁵ Cfr. G. TARDE, *Le droit comparé et la sociologie*, in *Bull. mensuel de la Soc. leg. comp.*, 1900, p. 530 s.

⁶ A. WATSON, *Legal Transplants*, cit.

⁷ R. SACCO, P. ROSSI, *Introduzione al diritto comparato*, in *Trattato Sacco*, cit., 2019, p. 130.

⁸ E.A. FELDMAN, *Patients' Rights, Citizens' Movements and Japanese Legal Culture*, in D. NELKEN (ed.), *Comparing Legal Cultures*, Aldershot, 1997, p. 215 ff., esp. at p. 220 f.

⁹ E. GRANDE, *The Inoculation Effect*, cit.

¹⁰ A. MIRANDA, *Lo stingimento delle regole*, cit.

Such point of view, therefore, is closer to grafts rather than to transplants. The latter, in fact, would assume the absence of any reaction from the receiving organ in deference to an alleged, and unproven, neutrality of legal rules¹¹. Being that said, the aspect on which I intend to deal with is strongly related to the subjects involved in the legal mutation.

Let me explain further: a view on legal mutation that is eminently inter-Statist is obvious in not all, but much of the comparative literature. According to the traditional view, the transmigration of models, rules and institutions would occur mainly between States, or in any case one witnesses a major presence of them. Notwithstanding that, the world we live in largely belies this description: legal mutation, in contemporary times, also contemplates the active participation of non-State actors, to whom I refer with the all-encompassing adjective of “international” (International Institutions, International Organizations, Supranational and Regional Bodies etc.).

The vast majority of legal comparative studies on legal mutation has moved from the assumption that the latter occurs through a flow that runs from State to State, in a horizontal and Westphalian dynamic, that is, between subjects who are formally equals. Take, for instance, the following passage from Alan Watson: «The common law has in turn become a legal export commodity to most of Canada and the United States, to Australia, New Zealand, India and elsewhere»¹². But, ultimately, even those who speak of grafts access an exclusively bipolar view, as this passage from Eric Feldman demonstrates: «Grafts take the form of the fusion of lives of two organisms, the donor and the recipient, or alternatively the superimposition of one on top of the other»¹³.

In a globalized world, however, it is also necessary to address legal mutation by envisioning the possibility that the circulation of legal rules (or even of their imposition for a wide variety of reasons) takes place following trajectories other than inter-State ones¹⁴.

The expression “trajectories other than inter-State trajectories” alludes to the so-called dynamics of vertical (but which it would be more correct to call polyhedral) circulation of legal models. They can be summarized as the exchange of models, rules and institutions that takes place between national levels, both in ascending terms (i.e., a State solution is internationalized in an international instrument, for example) and in descending ones (i.e., a solution contained in an international instrument is made its own by a State legal experience). For the avoidance of doubt, the ascending/descending binomial is merely descriptive and does not postulate the existence of an internal opposition between the two forms of circulation. By this I mean, as will be shown below, that in many cases the two different forms of circulation are integrated in the very same dynamic.

¹¹ A. SOMMA, *Introduzione*, cit., p. 155 ff.

¹² A. WATSON, *Comparative Law and Legal Change*, cit., p. 313 f.

¹³ E.A. FELDMAN, *Patients' Rights, Citizens' Movements*, cit., p. 220 f.

¹⁴ See *ex multis* W. TWINING, *Diffusion of Law: A Global Perspective*, in *J. Leg. Plur.*, 2004, p. 1 ff.; ID., *Diffusion and Globalization Discourse*, in *Harv. Int. L.J.*, 2006, II, p. 507 ff.; A. DI MARTINO, *Circolazione delle soluzioni giuridiche e delle idee costituzionali. Questioni di metodo comparativo e prassi tra culture costituzionali e spazi globali*, in *DPCE Online*, 2021, Numero speciale, p. 743 ff.

3. THE IDEA OF “VERTICAL LEGAL TRANSPLANTS”: THE POLITICAL SCIENCE PERSPECTIVE

As early as the first half of the XX century, Roscoe Pound pointed out that, in large part, the history of any given legal experience was the history of “borrowings of legal materials” from other legal experiences and the assimilation of material from the sphere of the extra-legal¹⁵. The acme, however, of legal mutation in the comparative discourse occurred in the 1980s, with the widespread popularity enjoyed by Watsonian theories, which were successful but also met with much criticism. In this time frame, legal mutation became a popular topic among comparative scholars. The study of the transnational circulation of ideas has been widely echoed, becoming one of the main objects of study of comparative investigations, leaving out often the interaction between State and international rule-making centers.

There have been, indeed, analyses that have offered research aimed at identifying the national origin of certain rules contained in international instruments. For instance, an effort of this kind was made with reference to the Vienna Convention on the International Sale of Goods¹⁶. This paper aims at fitting into the string of scholarly literature that deals with the subject of legal diffusion from a global and non exclusively Statist perspective¹⁷. In order to do so, this research tries to elaborate on a theoretical framework that helps to build on a deeper knowledge of global diffusion of law by adapting the conceptual tool of “vertical legal transplant”¹⁸.

A sketch of such theoretical framework can be found in Jonathan Wiener’s *Something Borrowed for Something Blue: Legal Transplants and the Evolution of Global Environmental Law*, where the Author puts forward the hypothesis that legal circulation also takes place via the projection of national institutions in the international arena. A dynamic he has termed “trans-echelon”¹⁹. Wiener was concerned with tracing the provenance from U.S. environmental law of two principles (that of “integration” and that of “market-based emission trading”) accepted in the Kyoto Protocol and the United Nations Framework Convention on Climate Change. According to him, the acceptance of U.S. solutions has been possible because of the role played in the negotiations by North American delegates, referred to as “legal entrepreneurs”. In Wiener’s opinion, these agents can be for instance academics commissioned by governments, NGOs, etc.²⁰. Again, he maintains that the choice would have fallen on the U.S. model of environmental law in part because the legal entrepreneurs, very pragmatically, were familiar with that law.

Wiener has in some ways been influenced by works and essays produced by political science. For example, Hidemi Suganami, in *Domestic Analogy and the World Order Proposals*²¹, argued that the ideas and the institutions that served as the foundation for the construction of the world order are often State-based. Suganami envisions an ascen-

¹⁵ R. POUND, *The Formation Era of American Law*, Boston, 1938, p. 94. See also P.G. MONATERI, *Black Gaius*, cit. And S. WILF, *The Invention of Legal Primitivism*, in *Theoretical Inq. L.*, 2009, II, p. 485 ff.

¹⁶ *Convenzione di Vienna del 1980 sulla vendita internazionale di merci*. V. F. GALGANO (ed.), *Atlante di diritto privato comparato*, Bologna, 2011, Tav. no. 6 – “Il diritto uniforme: la vendita internazionale”.

¹⁷ See, for a non exclusively State-focused perspective and international in legal mutation, A. SOMMA, *Introduzione*, cit., p. 166 ff. and citations.

¹⁸ See A. DOLIDZE, *Bridging Comparative Law*, cit.

¹⁹ J. WIENER, *Something Borrowed for Something Blue*, cit., p. 1307.

²⁰ *Ivi*, p. 1349.

²¹ H. SUGANAMI, *Domestic Analogy and the World Order Proposals*, Cambridge, 1989.

dant type of circulation which fits well with Wiener's perspective, for that matter. Still then Anne-Marie Slaughter, in *Regulating the World: Multilateralism, International Law and the Projection of the New Deal Regulatory State*, points out that international institutions (e.g., World Food Program, Food and Agriculture Organization, etc.) would be nothing more than a form of international projection of the Alphabet Agencies crafted by the New Deal enacted under the Franklin Delano Roosevelt Administration²². By employing this approach, Martha Finnemore and Kathryn Sikkink²³ have attempted to demonstrate the State origin of several international law norms. Being political science studies, they provide an overall depiction of the political explanations and policy changes that led to the selection of certain rules over others. To the contrary and understandably, they do not plunge into the legal effects of their theoretical frameworks. And such is the aim this paper intends to pursue hereinafter.

4. THE IDEA OF “VERTICAL LEGAL TRANSPLANTS”: THE COMPARATIVE LAW PERSPECTIVE

In the more strictly comparative legal sphere, the topic of the ascending circulation of norms has recently been taken up by Anne Dolidze in her essay *Bridging Comparative and International Law: Amicus Curiae Participation as a Vertical Legal Transplant*²⁴. In it, the Author moves from Wiener's theoretical sketch to elaborate more precisely a theoretical model applicable to the dynamic of vertical migration of models and rules. Overall, Dolidze's approach is convincing, although it requires some necessary adjustments. First, a terminological clarification: in my perspective, it is more appropriate to speak of “circulation” in lieu of “transplants”, the latter evoking a scheme in which the receiving organism is limited to a mere passive activity. As it has already been stated, it is difficult, if not impossible, to speak of mere transpositions. In fact, legal mutation necessarily involves reinventions and contaminations between influences from external and internal factors. Second, Dolidze constrains her theoretical scheme to the circulation of patterns by focusing on the ascending path whereas her elaboration – as she herself concedes, indeed – could be also applicable to describe circulation by descending path.

In detail, Dolidze's in-depth study delved into the circulation of the *amicus curiae*, the well-known Anglo-Saxon procedural tool that allows a subject to appear during a trial to inform the court on questions of law or fact relevant to the decision (or otherwise to make his or her contribution to ascertaining the truth). The *amicus curiae* is not entitled to any procedural initiative power, not being the owner of an identical or related legal situation to be inferred in court, and who, nevertheless, is admitted participating in the proceedings because of the assistance he or she can provide to the adjudicating body in solving the dispute²⁵. Dolidze focuses in particular on the dynamics that led the ECHR Court to accept *amicus curiae* briefs in its rules of procedure. To this end, she elaborates a model of vertical reconstruction of circulating models that can be summa-

²² A.-M. SLAUGHTER, *Regulating the World: Multilateralism, International Law, and the Projection of the New Deal Regulatory State*, in J. RUGGIE (ed.), *Multilateralism Matters: The Theory and Praxis of an Institutional Form*, New York, 1993, p. 125 ff.

²³ M. FINNEMORE, K. SIKKINK, *International Norm Dynamics and Political Change*, in *Int'l Org.*, 1998, IV, p. 887 ff.

²⁴ A. DOLIDZE, *Bridging Comparative and International Law*, cit.

²⁵ See G. CRISCUOLI, *Amicus Curiae*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1973, p. 187 ff.

rized as follows. First, vertical circulation contemplates both ascending and descending trends. In the former case, solutions worked out in the State are later accepted in the international arena. In the latter hypothesis, on the contrary, States transpose into their national law solutions developed at the international or supranational level. Even though Dolidze does not specify it, from the reading of her essay it emerges that she deems these two dynamics as being separated and not meant to interact.

As just stated above, this paper diverges on this point and is antithetical to Dolidze to the extent that I argue that a more accurate approach is the one that sees ascending and descending circulation as mere descriptive models that do not postulate a mutually exclusive pair of the kind. Practice, moreover, is replete with examples in which pyramid-type circulations occur, thus contemplating both the one and the other. A major example of it is represented by the good faith clause contained in Dir. 13/93 and which has occupied English literature so much²⁶. This general clause, developed in the civil law context, was then conveyed in the Directive on unfair terms in consumer contracts, and then transposed to individual legal systems, including the British one, which had traditionally shunned the application of general clauses.

5. FROM “VERTICAL LEGAL TRANSPLANTS” TO “POLYHEDRAL LEGAL MUTATION”, AND ITS MECHANICS

Being that clarified, rather than vertical circulation, which seems to allude to a one-way dynamic (State A → International Institution, i.e., International Institutions → State B), it would be more appropriate to speak of multilateral circulation. The latter, in fact, contemplates pyramidal dynamics, such as the one just described, but also polyhedral (State A → International Organization → International Organization → State B).

In any case, Dolidze’s approach is valuable, especially because she has identified the three conditions necessary for tracing vertical circulation. Notwithstanding the fact that she limits them to the ascending type, they are extendable to descending hypotheses as well:

(a) there must be structural transformations taking place in an international institution or State.

(b) there must be legal entrepreneurs, agents of mutation (academics, experts, organizations, etc.) who spend themselves to affirm a particular legal institution, rule or model.

(c) these agents of mutation must be in a material condition to realize their goal, meaning that they must be capable of impacting the decision-making process that will lead to the packaging of the rule they intend to influence²⁷.

That of the *amicus curiae* before the ECHR Court is indeed a fitting example of this theoretical model. The Strasbourg Court, beginning with a 1978 *arrêt*, affirmed that its judgments, although not binding *ultra partes*, would nevertheless constitute a form of persuasive authority²⁸. This event constituted condition (a), that is, a structural change in

²⁶ See H. COLLINS, *Good Faith in European Contract Law*, in *Oxf. J. Leg. Stud.*, 1994, II, p. 229 ff.; J. BEATSON, *The Incorporation of the EC Directive on Unfair Consumer Contracts into English Law*, in *ZEuP*, 1998, VI, p. 957 ff.; G. TEUBNER, *Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends up in New Divergences*, in *Modern L. Rev.*, 1998, I, p. 11 ff.

²⁷ A. DOLIDZE, *Bridging Comparative and International Law*, cit., p. 853.

²⁸ ECHR, *Ireland v. UK*, January 18th, 1978.

the relevant legal system. This paradigm shift aroused the concerns of English lawyers, who feared that by doing so, the interests of their clients who were not parties to the judgment, and who were nevertheless “affected” by pronouncements of the Court, would remain unable to be adequately protected²⁹. Thus, they began to send applications to participate as *amicus curiae*, despite the silence of the Court’s rules of procedure. Such dynamic satisfies condition (b): English lawyers are the agents of mutation. The ECHR Court ruled favorably toward the request for the first time in the *Wintewerp* case³⁰. According to Dolidze, this was possible because the request for participation came from the British government. The U.K., being a founding member of the Court and playing at the time an exalted role in ECHR jurisprudence itself, was able in this way to influence the decision-making process, producing an internationalization of a domestic rule (that of *amicus*) at the international level³¹. The impact of English lawyers qualifies as condition (c).

6. A LABORATORY OF POLYHEDRAL LEGAL MUTATION: PARTY AUTONOMY AND INTERNATIONAL CONTRACTS IN LATIN AMERICA

The digression on the description of legal mutation in ways other than inter-Statist is instrumental in demonstrating how law evolves by following trajectories that do not involve exclusively State actors and only on inter-State levels. I now intend to show how the theoretical framework I have sketched herein above is well suited to describe the changes occurred in Latin America with regard to party autonomy in international contracts. If one limits his or her scope of analysis on describing the dynamics that have occurred in the southern part of the American continent by having exclusive recourse to the inter-State dynamics of pattern circulation, he or she would be unable to provide an accurate picture. An analysis limited to an inter-Statist approach would lack of the theoretical-conceptual tools to proceed to a coherent analysis of events and changes.

The history of party autonomy in international contracts in Latin America, but more generally the history of Latin American conflict of laws set of rules, is a history of ascending and descending circulation. In fact, the model embraced at the national level have over time been widely reflected in regional codifications of private international law; and the solutions contained therein have in turn influenced, in a descending manner, national solutions aimed at modernizing the legal experiences of individual States. There are at least three events that well exemplifies the polyhedral legal mutation this paper aims to elaborate on.

7. MONTEVIDEO TREATIES

First, the drafting history of the Montevideo Treaties of 1889 and 1940, respectively. Uruguay and Argentina co-sponsored the First South American Congress of Private International Law, held precisely in Montevideo in 1889. This event stands for the first condition of polyhedral circulation: the need to reform private international law. The agents of legal mutation in that case were Uruguay and Argentina, but – especially – the

²⁹ *Ibid.*

³⁰ ECHR, *Wintewerp v. The Netherlands*, October 24th, 1979.

³¹ Cfr. A. DOLIDZE, *op. cit.*, p. 854 ff.

latter's ambassador, Gonzalo Ramírez. Hence the second condition of the polyhedral legal mutation framework is satisfied. The third one is represented by the circumstance that Gonzalo Ramírez wrote the solutions contained in the Treaty in his own hand, drawing largely from the Argentine conflict of laws discipline.

An analogous dynamic took place in the negotiations of the Montevideo Treaties of 1940. In that context, the Uruguayan representative, Vargas Guillemette, hijacked the Argentinean intentions to include party autonomy. Argentina, in fact, perceived this principle as a vehicle for the modernization of national conflict of laws national set of rules. Vargas Guillemette then was capable of influencing the debate and succeeded in ruling out of the text of the treaties any reference to party autonomy. In detail, he countered the principle in so far as he deemed conflict of laws to be expression of the sovereignty of States, and therefore no space should have left to private's choices and interests. This position was coherent with the territoriality principle, which in the Uruguayan context of that period served the purposes of the dictatorship of Gabriel Terra³². As a consequence, Guillemette's intervention produced the suppression of the first wording of Article 37 of the Argentinean draft, that embraced party autonomy. This principle was relegated into the Annexes to the Montevideo Treaty and indeed downgraded as an ambiguous recognition of a mere "incorporation by reference". Since these legal instruments have significantly impacted on Latin American national reforms in the subject matter, we can infer that the Guillemette's move significantly limited the diffusion of party autonomy at State level. This is a case of upward diffusion (rather conservation of the *status quo*) that was made possible due to the intervention of a norm entrepreneur capable of interfering with the decision-making process in the context of a policy-making reform situation.

8. THE ARGENTINEAN REFORMS IN 1970S

Second, the erosion of party autonomy materialized as a downward diffusion subsequent to the democratic transition occurred in 1970s and further in Latin America. Several Latin American States experienced a democratic transition following the fall of totalitarian regimes in the region. As a form of reaction to previous conditions, these States opened up to the international community, to international law and more in general to cosmopolitanism. One of the major downsides of this transition was that Latin American States were essentially forced to enter into international loan agreements to refinance their economies. Money was loaned by foreign lenders on strict conditions, including the imposition of choice-of-law clauses in favor of lenders' national laws and arbitration clauses (which removed controversies from national tribunals by referring them to private panels of adjudicators). Territorialism, upon which the refusal of party autonomy was historically grounded, entered into a profound crisis, and an irreversible one³³. Such shift of paradigm is well proven by the radical changes in the attitude of Latin American States' representatives in the context of the negotiations for the amendment of the Vienna Convention on the International Sale of Goods vis-à-vis the one as-

³² Si vis, L. SERAFINELLI, *Le recenti evoluzioni latino-americane in materia di scelta del diritto applicabile ai contratti internazionali – Parte I: L'autonomia conflittuale e la rilevanza della comparazione giuridica nel campo del diritto internazionale privato*, in *Dir. Comm. Int.*, 2020, II, p. 403 ff.

³³ See J. SAMTLEBEN, *Cláusulas de jurisdicción y legislación aplicable en los contratos de endeudamiento externo de los Estados latinoamericanos*, in *Verfassung und Recht in Übersee*, 1988, III, p. 305ff.

sumed in the preparatory work for the International Convention on the Transfer of Technology and Applicable Law³⁴.

In the latter, Latin American negotiators envisioned the sole possibility of applying foreign law by incorporation by reference, whereas in the former they changed approach to the issue, expressing their favor to the principle of party autonomy (though limited to contracts for the international sale of goods). It is striking that the rule that would have been envisaged by the amendment of the Vienna Convention was extremely liberal, since it also permitted the selection of a law even though it presented no connection with the contract to be governed³⁵. Furthermore, several Latin American States adopted the New York Convention on international arbitral awards and the ICSID Convention on foreign investments: both these instruments envisioned party autonomy along with, but it is stating the obvious, arbitration clauses.

In this dynamic one finds a downward diffusion of party autonomy which was capable of eroding its rejection. In other terms, there was a transformation (democratic transition) that required for reforms in a broader sense (not only in a legislative one); there were entrepreneurs, in this case foreign lenders, who realized the purpose to impose their own law and arbitration clauses as a loan condition; and they were successful in imposing such conditions upon heavily indebted poor Countries.

9. RECENT DEVELOPMENTS: FROM THE MEXICO CONVENTION ONWARD

As a consequence, Latin American States became acquainted, forcedly, with party autonomy to such an extent that it was even included in the Mexico Convention in 1994. Even though, internationally, the MC Convention was a failure (since only Mexico and Venezuela adopted it), it impacted nonetheless on the internal reform which occurred in the continent subsequent to its signature. With the exception of Ecuador, every and each national reform in Latin America envisioned such principle in contract conflicts, even though significative divergences among national solutions exist.

Particularly, the polyhedral circulation is apt to describe what occurred in the context of both national reforms in the Rioplatense region and in the drafting of the OAS Guide on the Law Applicable to International Commercial Contracts³⁶. Both national reforms and the preparation of the regional soft-law instrument were extensively influenced by the 2013 Hague Principles on the Choice of Law in International Commercial Contracts, which aims to guide legislators, national judges, arbitrators and economic operators in

³⁴ See G. CABANELLAS JR., *Transfer of Technology and Applicable Law*, in *Int'l Rev. Ind. Prop.*, 1985, I, p. 44 ff.

³⁵ *Ibid.*

³⁶ OAS, *Guide On the Law Applicable to International Contracts*, full text available at <http://www.oas.org/en/sla/dil/publications/InternationalContracts.asp>. For an early comment on the Guide, *si vis* L. SERAFINELLI, *Le recenti evoluzionilatino-americane in materia di scelta del diritto applicabile ai contratti internazionali – Parte II: The New OAS Guide on The Law Applicable to International Commercial Contracts*, in *Dir. Comm. Int.*, 2021, I, p. 75 ff.; J.A. MORENO RODRÍGUEZ, *La Nueva Guía de la Organización de los Estados Americanos y el derecho aplicable a los contratos internacionales (Parte I)*, in *Rev. Esp. Derecho Intern.*, 2021, I, p. 187 ff.

the field of choice of law in international contracts³⁷. It is worth noting that out of Latin America, such instrument played no role in national or regional reforms³⁸.

There is a particular feature of the Hague Principles which strongly resonated in Latin America, i.e., the issue of contract subject to non-State norms³⁹. Principle no. 3 states that «(t)he law chosen by the parties may be rules of law that are generally accepted on an international, supranational or regional level as a neutral and balanced set of rules, unless the law of the forum provides otherwise». It is a formula that is included in the Paraguayan Law on International Commercial Contracts⁴⁰, in the new Uruguayan General Law on Private International Law⁴¹, and in the reform of Article 2651 of the Argentinean Civil and Commercial Code. The solution embedded in Principles no. 3 is taken to the extreme in the OAS Guide, since there is no reference to the requirements of neutrality and balance in the selected non-State body of laws⁴².

The polyhedral diffusion scheme also applies here: policy-changing processes were put into motion (both at a national level and at a supranational one). Norm entrepreneurs, particularly in the person of José Moreno Antonio Rodríguez, a legal scholar and a lawyer, worked for an a critical recognition of party autonomy and for the right to select non-State body of laws. He in particular was able to influence the results of such procedures by virtue of the role he played both as chief of the reform committee in Paraguay and as First Rapporteurs in the context of the OAS Guide. His ideas were also able to spread in the Rioplatense region due to the rising belief toward cosmopolitanism and universalism as opposed to territorialism and ethnocentrism.

³⁷ For an analysis of the Hague Principles see S.C. SYMEONIDES, *The Hague Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts*, in *Am. J. Comp. L.*, 2013, IV, p. 873 ff.

³⁸ In Europe, contract conflicts are regulated by Rome I Regulation and a little role, if any, the Hague Principles can play: see F.RAGNO, *I Principi dell'Aja e il Regolamento Roma I: complementarità o alternatività?*, in *Studi in onore di Maurizio Pedraza Gorlero*, 2014, p. 681 ff., esp. at p. 681 ff. For the irrelevance of the Principles outside of Europe see S. KHANDERIA, *Indian private international law vis-à-vis party autonomy in the choice of law*, in *Oxf. Univ. Commonw. L.J.*, 2018, I, p. 1 ff.; T.H.T. NGUYEN, *Party Autonomy in Vietnam – The New Choice of Law Rules for International Contracts in the Civil Code 2015*, in *J. Priv. Int. L.*, 2018, II, p. 343 ff. and J. MONSENEPWO, *Contribution of the Hague Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts to the codification of party autonomy under OHADA Law*, in *J. Priv. Int. L.*, 2019, I, p. 162 ff.

³⁹ See L. GAMA JR., G. SAUMIER, *Contratos Internacionais e os (Futuros) Princípios da Haia: Desafios da Aplicação e Interpretação do Direito Não Estatal (Non-State Law)*, in *Revista de Arbitragem*, 2012, I, p. 72 ff.; IID., *Non-State Law in the (Proposed) Hague Principles in International Commercial Contracts*, in D.P. FERNÁNDEZ ARROYO, J.J. OBANDO PERALTA (eds.), *El Derecho Internacional Privado en los procesos de Integración Regional*, San José, 2014, p. 41; S.C. SYMEONIDES, *The Hague Principles*, cit., p. 892 ff.; R. MICHAELS, *Non-State Law in the Hague Principles on Choice of Law in International Contracts*, 2014, available at https://scholarship.law.duke.edu/faculty_scholarship/3227/; ID, *Non-State Law in The Hague Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts*, in D.P. FERNÁNDEZ ARROYO, J.A. MORENO RODRÍGUEZ (eds.), *Contratos Internacionales (entre la libertad de las partes y el control de los poderes públicos): jornadas de la ASADIP*, Buenos Aires, 2016, p.153; G.SAUMIER, *The Hague Principles and the Choice of Non-State “Rules of Law” to Govern an International Commercial Contract*, in *Brook. J. Int’l L.*, 2014, I, p. 1 ff.

⁴⁰ See Art. 5, *Ley N°5395/2015*: «En esta ley, la referencia a derecho incluye normas de derecho de origen no estatal, generalmente aceptadas como un conjunto de normas neutrales y equilibradas».

⁴¹ Art. 45, *Ley General de Derecho Internacional Privado*, November 17th, 2020: «as partes pueden elegir normas de derecho generalmente aceptadas a nivel internacional como un conjunto de reglas neutrales y equilibradas, siempre que estas emanen de organismos internacionales en los que la República Oriental del Uruguay sea parte».

⁴² Rec. no. 6, OAS Guide: «The domestic legal regime on the law applicable to international commercial contracts should recognize and clarify choice of non-State law».

Indeed, the choice to extend choice of law to non-State body of laws seems to be an act of faith, of sentiment and passion rather than a rational choice based on rational arguments. States are usually reluctant to open to such possibility indeed, since while the recognition of foreign national laws enhances the role of any State's law, because it creates what has been defined a *cartel of lawmakers*,⁴³ they are almost necessarily reluctant to outsiders. Also, economic actors are not particularly inclined to select non-State body of laws: the only available data on this topic comes from the Bulletins of the International Chamber of Commerce, which among other things collects information on contracts and arbitration disputes, indicating which laws are more frequently selected. As it is well known, in international arbitration parties are entitled to select non-State law. However, they do so very unfrequently: between 1999 and 2019, non-State laws were chosen in less than 1% of cases⁴⁴. Even though these data cannot be characterized as statistically relevant, they convey nonetheless the impression that the recognition of non-State laws does not come from the need of the merchants. Indeed, there are several reasons that compromise the viability of selecting non-State law. Primarily, these body of rules often present lacunae. For instance, one of the most important, balanced and neutral set of rules, the UNIDROIT Principles on International Commercial Contracts only covers the general aspects of contracts. Consequently, specific issues should be filled with the recourse to other laws. Thus, parties are required, on the one hand, to agree on the UNIDROIT Principles and, on the other, indicate a non-State body of rules specific to the contract they will enter into. Moreover, as a sort of backup plan, parties must also come to an agreement on a national law which will respond to issues that are not envisaged by the selected non-State laws. In other terms, private actors almost always are forced to resort to national laws, among which some are more often picked than others (e.g., Swiss law and English law)⁴⁵. It is not debatable that such process is lengthy and costly.

It is legitimate then to try to single out the reasons that rendered possible the shift toward the acceptance of the choice of non-State norms principle. The main reason – again assuming the polyhedral approach to legal mutation – is to be found in the role of the agent of change, i.e., Moreno Rodríguez. In several scholarly writings, he expressed his favor not only for conflicting autonomy, but for designating non-State rules as applicable to contracts too. As alluded to, the dynamic here was truly multilateral: Moreno succeeded in bringing together in the Pan-American instrument both the domestic Paraguayan solutions (ascendant) and those embedded in the Principles (Hague Conference/international level -> OAS/international level). The Organization of American States, expressly inspired by the Hague Conference, issued in February 2019 the *Guía sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales en las Américas*. Needless to say, the First Rapporteur, as well as the drafter of the official commentary attached to the Guide, was the Paraguayan jurist himself. Moreover, the possibility of choosing as applicable law a non-State body of rules was implemented in the late 2020 by Uruguay and is now being discussed in Argentina as well. Since 2015, as mentioned, it has been contemplated in Paraguayan law.

⁴³ See R. MICHAELS, *The True Lex Mercatoria: Law Beyond the State*, in *Indiana J. Glob. Leg. Stud.*, 2007, II, p. 447 ff., esp. at p. 462.

⁴⁴ See G. CUNIBERTI, *The Three Theories of Lex Mercatoria*, in *Colum. J. Transnat'l L.*, 2014, II, p. 369 ff., mapping data since 1999; *ICC Dispute Resolution Bulletin (2015)*, p. 4 ff.; *ICC Dispute Resolution Bulletin (2019)*, p. 15 ff.

⁴⁵ *Ibid.*

10. THE AGENTS OF CHANGE: GENERATIONS OF LATIN AMERICAN JURISTS AND LEGAL SCHOLARS

The polyhedral approach also serves the purpose to better understand the contemporary features of the legal mutation phenomena by acknowledging their historical dimension and in the perspective of a genealogy of legal systems⁴⁶. It is noteworthy to give a brief sketch of some historical data and of the main actors of this story in order to take cognizance of the great significance of the Latin American U-turn in favor of party autonomy in international contracts.

Joseph Beale in the United States of America personified and channeled resistance to party autonomy in the XX century, being the drafter of the First Restatement of Conflict of laws. In his view, parties' freedom to agree on the applicable law would have been tantamount to giving them a license to legislate⁴⁷. To the contrary, Beale proposed the *lex loci contractus* rule to select the law governing international contracts which mandated the application of the law of the State in which the contract was made to all aspects of the contract. And this was the rule introduced in the First Restatement, at §332⁴⁸. Beale did not stand alone in arguing that party autonomy would have led to a *contrat sans lois*: Ernest Lorenzen⁴⁹, Raleigh Minor⁵⁰, and Judge Learned Hand⁵¹ took the same argument.

Resistance to party autonomy had been also embraced in the south of the continent during XIX and XX centuries: Andrés Bello in Chile⁵²; Antonio Sánchez de Bustamante y Sirvén in Cuba⁵³; Narvaja, Vargas Guillemette⁵⁴ and Quintín Alfonsín⁵⁵ in Uruguay; in Brazil, Tito Fulgêncio⁵⁶, Espínola⁵⁷, Machado Villela⁵⁸, Octavio⁵⁹ and Francesco Cavalcanti Pontes de Miranda⁶⁰.

⁴⁶ See A. SOMMA, *Global Legal History, Legal Systemology, and the Genealogy of Law*, in *Am. J. Comp. L.*, 2018, IV, p. 751 ff.

⁴⁷ J.H. BEALE, *A Treatise on the Conflict of Laws*, New York, 1935, p. 1080: «at their will [parties] can free themselves from the power of the law which would otherwise apply to their acts».

⁴⁸ See *Restatement* §332.

⁴⁹ E.G. LORENZEN, *Validity and Effect of Contracts in the Conflict of Laws*, in *Yale L. J.*, 1921, VII, p. 655 ff., esp. at p. 658.

⁵⁰ R.C. MINOR, *Conflict of Laws or Private International Law*, Boston, 1901, p. 401 f.

⁵¹ *Gerli & Co. v. Cunard S. S. Co.*, 48 F.2d 115, 117 (2d Cir. 1931).

⁵² A. BELLO, *Principios de Derecho de Jentes*, Santiago de Chile, 1832, p. 84.

⁵³ A. SÁNCHEZ DE BUSTAMANTE Y SIRVÉN, *El Código de Derecho Internacional Privado y la Sexta Conferencia Panamericana*, 1929.

⁵⁴ Vargas Guillemette played a decisive role both at a supranational level, in the context of the Montevideo Treaties of 1940, and at a national one (the previous Uruguayan conflict of laws set of rules was called *Ley Vargas Guillemette*).

⁵⁵ Q. ALFONSÍN, *Regimen internacional de los contratos*, Montevideo, 1950.

⁵⁶ V. DE OLIVEIRA MAZZUOLI, G. BOGER PRADO, *L'autonomie de la volonté dans les contrats commerciaux internationaux au Brésil*, in *Rev. Crit. DIP*, 2019, II, p. 427 ff., esp. at p. 435.

⁵⁷ Cfr. E. ESPÍNOLA & E. ESPÍNOLA FILHO, *Tratado de Direito Civil Brasileiro, VIII – Do Direito Internacional Privado Brasileiro*, Rio de Janeiro, 1939, p. 501 ff., claiming that party autonomy cannot serve to contract around mandatory rule of the law that would otherwise apply.

⁵⁸ A. DA C. MACHADO VILLELA, *O Direito Internacional Privado no Código Civil Brasileiro*, Coimbra, 1921, p. 366 ff.

⁵⁹ R. OCTAVIO, *O Direito Internacional Privado. Parte Geral*, São Paulo, 1942, p. 152 ff.

⁶⁰ F.C. PONTES DE MIRANDA, *La conception du droit international privé d'après la doctrine et la pratique au Brésil*, in *Rec. Cours de l'Académie de Droit Intern.*, Vol. 39, p. 551 ff., esp. at p. 649, arguing that party autonomy does not exist in international law either as an acceptable principle, either as a legal theory.

Currently, instead, we find a new generation of lawyers who are favorable to party autonomy, both in the United States and in Latin America. In the latter, the eponym, due to his role as promoter of the principle both at a national level and at a supranational one in the context of the Organization of American States, of the new generation is, as reported in the previous paragraph, the Paraguayan José Antonio Moreno Rodríguez.

To become acquainted with the principal characters of the story related to party autonomy serves the purpose to shed light on what were the main legal theories underpinning the refusal of party autonomy in contract conflicts and on which ones its current acceptance is grounded upon. It gives support to contextualize them in the historical timeline in which they operated or still operates, and to unveil the *zeitgeist* they were into. Conclusively, contextualization of “who” is instrumental to explain the “why” question, to which this research now turns on.

Simply put, in the past American jurists deemed conflict of laws to be a powerful instrument to preserve the newly acquired sovereignty. A shield against the law of Kings and Queens who once ruled over the Columbus’ discovery. Therefore, the basic idea was that foreign laws should have an extremely limited, if any, application within the borders of newborn American States⁶¹. Under this belief, the application of foreign laws was perceived as a threat undermining the acquired independence. It was then a precise need that induced lawyers to give a technical apparatus to such belief.

Not surprisingly, indeed, the fact that parties to a contract would have been entitled to select a law other than the national one was looked at suspiciously, at the least. Even though it could appear to be paranoic, the refusal of party autonomy was strongly maintained on the ground that the acceptance of it would have allowed parties to engineer at the point that they would create contracts without any law. This is the exact point made by Beale in his “Treatise”: recognizing party autonomy would be tantamount to give parties the right to legislate⁶². It is also the point made by several Latin American scholars, such as Quintín Alfonsín⁶³ and, more recently, Cecilia Fresnedo de Aguirre⁶⁴.

So, it is apparent that conflict of laws rules, and out of necessity the refusal of party autonomy, have represented a political device and still do so. A political device which was used as a standard of sovereignty defense, in the very first place, but also to serve dictatorships’ needs to exercise a strict control over the national territory, by – essentially – giving the order of an exclusive application of national law.

In this context, along with the pursuit of practical aims, the refusal of party autonomy has acquired the status of a symbol. In the American context, and particularly in the south, conflict of laws is manifestly entrenched with politics. This is also the case in other environments, such Europe; however, the American peculiarity lies in the fact that it is highly sensitive to political changes. Meaning that the broader context of politics and legal advancements impact in a more manifest and immediate manner on conflict of laws.

Therefore, it does not suffice to say that the refusal of party autonomy derived from the influence of the Bustamante Code over Latin America, as Symeonides argued⁶⁵. For instance, Uruguayan long refusal of party autonomy was grounded primarily on eco-

⁶¹ It is the idea underlying the territoriality principle after all: see L. PEREZNIETO CASTRO, *La tradition territorialiste*, cit.

⁶² J. BEALE, *Treatise*, cit., p. 1080.

⁶³ Q. ALFONSÍN, *Regimen*, cit.

⁶⁴ C. FRESNEDO DE AGUIRRE, *La autonomía de la voluntad en la contratación internacional*, 1991, Montevideo.

⁶⁵ S. C. SYMEONIDES, *Codifying Choice of Law*, cit., p. 114.

conomic reasons, i.e., the need to protect its own merchants against foreign competitors, who would have imposed their own national laws in maritime transport contracts. Second, internal politics impacted significantly upon such refusal over history: conflict of laws rules were strongly perceived by Latin American jurists as political devices to either preserve acquired independence or perpetuate dictatorships. To sum up, a sort of juridical xenophobic position. Currently, party autonomy acceptance, along with a trend to the “modernization” of national conflict of laws set of rules, is still a device employed by Latin American States. This time, however, it is aimed at showing to the international community that these systems have become committed to the idea of openness and to cosmopolite ideals.

Therefore, the reforms occurred in this part of the world must be read in light of these changes and revolutions. In detail, novelties in party autonomy, in particular, and conflict of laws, more in general, must be inquired starting from the very reasons which fueled such processes⁶⁶.

The reported changes do not represent a “natural” normalization of the Latin America toward party autonomy acceptance. As shown in the previous paragraphs thanks to the application of a polyhedral framework to legal mutation, many heterogeneous forces were at work in order to achieve this result. And such forces were not operating exclusively in an inter-State framework. To the contrary, several artificial factors played the role of silent agents of change.

11. THE POST-WESTPHALIAN POLYHEDRAL FRAMEWORK FOR A BETTER APPRAISAL TO LEGAL MUTATION

The inter-State approach to comparative law tends to overstate the quality of law as a rational response to social problems. However, one must take cognizance of the fact that the social functions of the law play an important role, but – as I have attempted to stress in previous paragraphs – not an exclusive one. Law functions for several different purposes, for instance, as a rhetoric for telling stories about the culture that helped to shape it and which it in turn helps to shape, and through which social data are imaginatively rebuilt as legal facts and concepts⁶⁷.

It is therefore important to take into consideration the moral and political aspects of laws that may not function as social problem-solvers, but that have different, sometimes antagonist, functions. A critical approach and a polyhedral one to legal mutation give a support to developing different standards of evaluation that can be tailored on the different experiences analyzed. As I have reported, the three conditions for the polyhedral circulation are apt to furnish a set of tools capable of explaining the miscellaneous of events and interests underneath policies adopted by States. Law then serves different and heterogeneous purposes: political, technical, social, rhetorical, religious, spiritual, symbolic etc. It cannot be reduced to the technical dimension as well as its mutation cannot be limited to inter-State and Westphalian schemes.

The further implication of the polyhedral approach, being it pluralistic in its very nature, permits to go beyond the functionalist approach to comparative law. As it is intelli-

⁶⁶ See M.J. OCHOA JIMÉNEZ, *Exploring a Minefield: Private International Law in Latin America, Its Neo-colonial Character and Its Potentialities*, in *CAL*, 2021, II, p. 87 ff.

⁶⁷ M.A. GLENDON, *Abortion and Divorce in Western Laws*, 1987, Cambridge-Mass., p. 8 f.

gently repeated by Myres S. McDougal, «(t)he demand for inquiring into function is, however, but the beginning of insight. Further questions are ‘functional’ for whom, which respect to what values, determined by what decision-makers under what conditions, how, with what effects»⁶⁸. Paraphrasing him, the demand for inquiring into the inter-State dynamic is, however, the beginning of insight. Further questions are what triggered the reform of a discipline, who were the agents of reforms and to what extent they impacted upon the result of the process. In doing so, one can bring back on the surface the values behind the technique. And it is particularly significant in the conflict of laws branch, where values themselves have long been concealed under the technical cloak⁶⁹, being it still deemed to be one of its distinctive features⁷⁰. Indeed, if we take values out of the equation with reference to the Latin American systems, we could not have a comprehensive and complete understanding of the revolution that led from territoriality to this some sort of a-critical cosmopolitanism.

In XIX and in the most part of XX century, territorialism shaped conflict of laws set of rules in a fashion which strongly refused the application of foreign laws. It was indeed pivotal, in the first place, for the emancipation of American States from the English and the Spanish dominations, and then – in a different perspective – for securing the power of dictatorships in South America. The rapid and Copernican change occurred in the last part of XX century witnessed a completely different scenario, in which the then-authoritarian States have embarked a journey along the road of opening up to cosmopolitanism and universalism. Consequently, then the refusal of party autonomy, and currently its full-fledged recognition calls into question the symbolism of law. To give private parties leeway and an ample margin of maneuver is today the symbol of Latin American States commitments, both at a regional and at a national level, to what we can synthesize with the term “openness”. It is also a matter of ransom, of passion and of sentiments. It suggests that Latin American legal systems and their lawyers are affirming their intention to be embedded in the international community, along with a certain degree of denial of a past they desire perhaps to forget and to leave behind.

In light of the above, the analysis of party autonomy in contract conflicts, particularly in Latin America, is not, and cannot be, an aseptic analysis of legal rules. It calls into question – as demonstrated – several other factors, such politics, symbolism and, more in general, values. To fully understand these issues and in order to intercept the other than inter-State trajectories that took place in the evolution process, it is of the essence to assume a polyhedral approach to legal mutation. Otherwise, the analysis would be

⁶⁸ M.S. MCDUGAL, *The Comparative Study of Law for Policy Purposes: Value Clarification as an Instrument of Democratic World Order*, in *Am. J. Comp. L.*, 1952, I-II, p. 24 ff., esp. p. 31, footnote 24 (quoting Ernst Rabel).

⁶⁹ On values in conflict of laws see H. E. YNTEMA, *The Objectives of Private International Law*, in *Can. B. Rev.*, 1957, 721 ff., esp. at p. 730 ff.; K. ZWEIGERT, *Some Reflections on the Sociological Dimensions of Private International Law*, in *U. Colo. L. Rev.*, 1973, II, p. 283 ff.; S. VRELLIS, *Conflit ou coordination de valeurs en droit international privé à la recherche de la justice*, in *Rec. Cours de l'Académie de Droit Intern. de La Haye*, Vol. 328, 2007, p. 175 ff.; L. GANNAGÉ, *Les Méthodes du droit international privé à l'épreuve des conflits de culture*, in *Rec. Cours de l'Académie de Droit Intern. de La Haye*, Vol. 357, 2013, p. 1 ff.; S. TONOLO, *Religious Values and Conflict of Laws*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 2016, I, p. 1 ff. See also R. MICHAELS, *Private International Law and the Question of Universal Values* and M. REIMANN, *Are There Universal Values in Choice of Law Rules? Should There Be Any?*, in F. FERRARI, D.P. FERNÁNDEZ ARROYO (eds.), *Private International Law: Contemporary Challenges and Continuing Relevance*, Cheltenham, 2019, respectively at p. 148 ff. and p. 178 ff. See also M. GEBAUER, S. HUBER (eds.), *Politisches Kollisionsrecht – Sachnormzwecke, Hoheitsinteressen, Kultur. Symposium zum 85. Geburtstag von Erik Jayme*, Tübingen, 2021.

⁷⁰ See R. MICHAELS, *op. ult. cit.*, p. 175, stating that technique in private international law is a meta-value.

subjugated by a magic trick. A trick that would lead the observer to believe that the law is only made of words and sterile social functions and that comparative law only deals with inter-State legal circulation. Such a view would not only be positivistic, but also monolithic in its very nature.

Good breakups: a brief recap of the case for institutional competition, from a public law and economics perspective

Riccardo DE CARIA*

The centrifugal drive currently being experienced in many jurisdictions and at different levels of government is typically perceived as a problem. In my paper, I would like to make a different case, if rather not the opposite, based on law and economics considerations: state fragmentation and dis-unity is, on the other way round a great opportunity for freedom and fundamental rights to thrive, and for Europe to live up to its glorious past.

Overcoming the Westphalian model of state, and even the fictional notion of sovereignty as we have come to know it, is the only path that can offer a safe anchoring to democracy. Not embracing this view and continuing to argue in favour of “more of the same”, bears instead a huge risk that democracy twists up, and ingloriously loses the ongoing, epical battle to wall builders and closed-borders advocates.

La spinta centrifuga che al giorno d'oggi si sta manifestando in diverse giurisdizioni, nonché a diversi livelli di governo viene normalmente percepita come un problema. Nel mio contributo mi soffermerò su un caso differente, se non opposto, sulla base di considerazioni di law and economics: la frammentazione e la disunione dello Stato può essere considerata, al contrario, una grande opportunità per lo sviluppo della libertà e per dei diritti fondamentali, nonché un'occasione per l'Europa per rimanere all'altezza del suo glorioso passato. Il superamento del modello di stato westfaliano, ma anche la nozione fittizia di sovranità che abbiamo imparato a conoscere è l'unica via che può offrire un sicuro ancoraggio alla democrazia. Non adottare questo punto di vista e continuare a discutere a favore del “più o meno lo stesso”, porta con sé, invece, l'enorme rischio che la democrazia si frantumi e perda ingloriosamente l'epica battaglia contro i costruttori di muri e i fautori della chiusura dei confini.

“Any people anywhere, being inclined and having the power, have the right to rise up, and shake off the existing government, and for a new one that suits them better. This is a most valuable, – a most sacred right – a right, which we hope and believe, is to liberate the world. Nor is this right confined to cases in which the whole people of an existing government, may choose to exercise it. Any portion of such people that can, may revolutionize, and make their own, of so much of the territory as they inhabit. More than this, a majority of any portion of such people may revolutionize, putting down a minority, intermingled with, or near about them, who may oppose their movement”.

Abraham Lincoln, Speech in United States House of Representatives: The War with Mexico, 12 January 1848

* Professore associato di Diritto dell'economia nell'Università di Torino.

1. INTRODUCTION: A CENTRIFUGAL THRUST IN SEARCH OF A THEORETICAL FRAMEWORK

Three competing drives seem at work in today's Europe. On the one hand, the Eu is continuously advocating for an increase of its competence, and effectively pursuing this agenda, at the expense of national jurisdictions. On the other hand, several nationalist movements have emerged at the Member States level, that have tried to resist this centralising push and reaffirm the reasons of traditional nation-states. Finally, other groups have actively begun operating to promote territorial disaggregation, secession, or state fragmentation.

The prevailing view, among legal scholars and public opinion leaders¹, seems to be that this latter wave is a potentially fatal threat for Europe (first drive). To a certain extent paradoxically, this phenomenon is linked to the spread of nationalist-populist-sovereignist movements (second drive): despite some apparent differences between the second and third trend (one challenges national sovereignty, while the other reaffirms it), they both obstruct the political design of an “ever closer union”².

Therefore, supporters of such political goal believe that these somewhat opposite, but connected, trends need to be tackled jointly. This effort should be pursued by reaffirming the push toward centralisation, beyond both national and sub-national identities. Some civil passion should be ignited among European peoples, so that they finally subscribe to the ultimate goal of political unification.

In other words, European elites seem to believe that the people of Europe have been fooled by irresponsible political leaders, who have fomented and exploited an anti-establishment attitude – either in the sense of reaffirming national sovereignties, or of promoting their fracturing into smaller states – for the sake of their short-term electoral benefit, disregarding the actual interests of the continent.

In this brief article, I would like to make the opposite case: first of all, populist politicians are arguably not the *cause* of the anti-Eu wave, but rather the *effect*. They appear to be shrewd political animals who have smelled an opportunity in an already existing trend, and have capitalised on it, but they have not originated it in the first place. In fact, the anti-Eu sentiment was arguably grown out of widespread discontent for a too “intellectual” project, that was perceived as a threat to local (national, or sub-national) identities. As it turned out, people were more attached to such identities than the European ruling class was prepared to appreciate.

Contrary to the mainstream view, I submit that the centrifugal trend is not to be feared or rejected, but instead embraced. My argument here is in favour of state fragmentation, therefore I will express support for the subnational arrangements advocated by several political movements in their respective contexts; from this perspective, I take the view that the Westphalian model of national sovereignty should actually be challenged. From my perspective, though, this should not lead toward a European federation, but rather to the opposite perspective. To be sure, the belief expressed here is that nation-states are far from ideal and indeed need to be questioned; however, for both ide-

¹ See, among many, G. HERNÁNDEZ, C. CLOSA, *The Challenge of Catalan Secessionism to the European Model of the Rule of Law*, 14 *Hague J Rule Law* 257, 2022.

² This is the very famous expression included in the Treaties since the very beginning (Preamble to the 1957 Rome Treaty), in pursuance of the underlying political goals of the EEC's founding fathers.

ological and economically-driven reasons, as will be explained in the course of the article, they are still preferable to a politically united federation at the European level³. Also, most of the claims made by nationalist movements are admittedly incompatible with the perspective of territorial fragmentation advocated for here, but nonetheless their resistance to European political unification can still be shared by those supporting this latter vision.

In the following sections, I will first present a summary of the theoretical arguments that make state fragmentation and dis-unity a great opportunity for freedom and fundamental rights to thrive, drawing on what I believe are some illuminating pieces of scholarship on the subject (§ 2); I will then apply these premises to the current situation in Europe, explaining why in my view a connection should be drawn between the different existing pushes towards fragmentation, and how to handle them coherently (§ 3). Finally, I will conclude by envisioning the possible scenarios that will materialise as far as fundamental rights protection in Europe is concerned, according to how the current centrifugal trends are addressed (§ 4).

2. THE THEORY SUPPORTING THE CASE FOR STATE FRAGMENTATION AND DIS-UNITY: AN OPPORTUNITY, NOT A THREAT, FOR FUNDAMENTAL RIGHTS PROTECTION

The mistrust in the ability of centralised polities to guarantee, in the long run, a high level of protection of fundamental rights derives from a double strand of considerations: in part, from a disenchanted observation of the limits of the policymakers' cognitive abilities; in part, from a straightforward acknowledgment of the incentives that govern their behaviour.

As far as the first point is concerned, Hayek's arguments remain in my opinion irrefutable, even though they have come to be too easily dismissed in the mainstream debate. In several writings⁴, Hayek has shown very convincingly how the cognitive ability of individuals is inherently limited. Clearly, this structural limitation does not disappear because of the mere fact that they start holding public office.

Therefore, broadening their power is a long shot that has the features of a gamble: in some cases, it can turn out to generate a profit, but there is also a chance that things will go wrong. In fact, rationality tells us that this latter hypothesis is much more likely and realistic.

Such an increase in the powers of elected official is therefore to be avoided. This appears to be true both on the quantitative level, *i.e.* with regard to the number of decisions taken by public decision-makers and to the amount of wealth that undergoes their intermediation, and on the geographical level, *i.e.* with regard to the territorial scope within which the decisions considered are effective: the greater the boundaries of such territory, the more disruptive the consequences in case they prove to be misguided.

³ See Y. HAZONY, *The Virtue of Nationalism*, New York, 2018. For different perspectives on the subject, L. ORGAD, *The Cultural Defense of Nations. A Liberal Theory of Majority Rights*, Oxford, 2015.

⁴ The most relevant of which is his article on *The Use of Knowledge in Society*, 35(4) *The American Economic Review* 519, 1945. On the subject, see also R. A. POSNER, *Hayek, Law, and Cognition*, 1 *NYUJ. Law and Lib.* 147, 2005; A. AMBROSINO, 48(1) *Journal of Economic Issues* 19, 2014.

The second consideration is closely linked and derives from the law and economics scholarship on the subject of incentives, with particular regard to the teachings of the public choice school⁵: given the cost that moving still has in terms of both time and monetary disbursement, the variable of how far one has to travel, before reaching the border and finding a new jurisdiction with a different set of rules, can have a significant impact: the further away the borders, the higher will the costs be to leave a jurisdiction, exercising the so-called foot voting⁶. As a result, the less will policy-makers of a given jurisdiction be deterred from adopting policies harmful to individual freedom, because the risk of alienating their constituency, and thus losing taxpayers to other competing jurisdictions, will be lower⁷.

In other words, the fundamental economic assumption that monopoly supply tends to harm consumers, who normally benefit from competitive markets, holds true also on the institutional terrain, with regard to the supply of public services, or conversely the “consumption” of rules. From this point of view, Lord Acton’s golden dictum “power tends to corrupt; absolute power corrupts absolutely” applies not only in terms of the number of such powers but also in terms of their geographical extent.

Admittedly, this statement derives from an implicit premise, that is almost taboo for most public law scholarship, but which has instead solid grounds in the studies of constitutional law and economics. Such underlying premise is that laws too can be seen as the object of a market, where the presence of multiple suppliers will trigger a virtuous process of “race to the top”. In this competitive “market for laws”⁸, bad laws will arguably tend to be eliminated, because bad laws (starting from the ones limiting fundamental rights, or levying high taxes) tend to push citizens, or better taxpayers, to relocate elsewhere, while good rules will be extended by imitation.

On the other way round, when such market has an oligopolistic structure, this will most likely lead to a “race to the bottom”: in such a scenario, the virtuous mechanisms just described do not have the necessary conditions to operate, and what takes place is a phenomenon not too different from what in the monetary sphere is known as the Gresham’s law, under which – in the presence of an artificial rule of legal tender that equates its value – the bad currency drives out the good currency⁹. In the analogy, bad laws drive out good laws.

⁵ Starting from the seminal masterpiece by J.M. BUCHANAN, G. TULLOCK, *The Calculus of Consent: Foundations of Constitutional Democracy*, Ann Arbor, 1962.

⁶ One of leading experts on the subject is certainly I. SOMIN: see in particular his book *Free to Move: Foot Voting, Migration, and Political Freedom*, Oxford, 2020, and revised edn 2021. Some obstacles to foot voting have been identified in rent control by G. GALLES, [Rent Control Makes It Harder to Vote with Your Feet, Market Urbanism](#), 16 November 2018.

⁷ There appears to be significant evidence to confirm this assumption: see C. EDWARDS, [New Census Data Show Americans Are Migrating from Tax-Punishing States](#), Fee Stories, 21 December 2018; M.J. PERRY, [Top 10 Inbound Vs. Top 10 Outbound US States: How Do They Compare on a Variety of Tax Burden, Business Climate, Fiscal Health, Energy/housing Costs and Economic Measures?](#), AEIdeas, 5 November 2019; Id., [Markets in Everything: Investors Will Pay Moving Costs for Companies Leaving High-cost, Business-hostile States like CA, NY, NJ, and IL](#), AEIdeas, 17 July 2020; D. SANCHEZ, [How Elon Musk Beat a California Dictate by Flexing the “Power of Exit”](#), FEE Stories, 15 May 2020.

⁸ Among the first ones to use this expression, see B.L. BENSON, E.M. ENGEN, *The Market for Laws: An Economic Analysis of Legislation*, 54(3) *Southern Economic Journal* 732, 1988.

⁹ See G. SELGIN, *Salvaging Gresham’s Law: the Good, the Bad, and the Illegal*, 28 *Journal Of Money, Credit, And Banking* 637, 1996; G. SELGIN, *Gresham’s Law*, EH.Net Encyclopedia, 2003, eh.net/encyclopedia/greshams-law/.

For such a mechanism to work, citizens need to be guaranteed the possibility of freely exiting the system¹⁰. Otherwise, the incentives and disincentive outlined just above cannot operate properly: it is not by chance that the least free political systems are typically the ones building barriers, physical and/or legal, to prevent their citizens from defecting to other countries, from the Berlin Wall to the experiences of several other authoritarian regimes.

If this applies to individuals, the same reasoning holds true if applied to the territories themselves: for the virtuous incentives mentioned above to apply, it is necessary that a territory can also move, in this case not in a physical way, but as a jurisdiction, either by choosing to belong to a different jurisdiction or by establishing one of its own.

This argumentative line leads to the conclusion that small and confined jurisdictions are the preferred institutional solution for the protection of fundamental rights. This certainly applies to economic rights, and therefore to the creation of institutional premises that encourage the flourishing of entrepreneurial activities. But arguably it is also valid for the promotion of social rights. Firstly, an economically prosperous system will also be in a better position to provide social benefits¹¹. But in any case, a genuinely competitive system will be able to attract workers also based on the better legal conditions offered to them, including a higher degree of protection of their labour-related rights. Therefore, it can be argued that the principle that workers' rights are best guaranteed by a system in which they can effectively implement the "hire your best employer"¹² mechanism, can also be applied to the institutional context: in this case, the principle could become "choose your best jurisdiction", or "choose your best welfare state".

But as mentioned, institutional competition appears to benefit businesses at the same time. From this point of view, a final consideration is warranted. Very often, businesses demand the standardisation of rules, because of the costs involved in compliance with the rules of many different jurisdictions. This explains the favour of many employers' organizations for projects of legislative unification, at the Eu or even worldwide level¹³.

However, the flaw in such claims is that they focus on the short term: immediately, there may be a reduction in costs, but in the medium-to-long term, less competition in the supply of rules implies less incentives for policy-makers to keep the quality of their offer high. The severe risk is that, in the absence of "institutional" deterrents, such quality declines irreparably, eventually damaging those same companies that had been lured by the perspective of an apparent near-term advantage¹⁴.

¹⁰ See A.O. HIRSCHMAN, *Exit, Voice, and Loyalty. Responses to Decline in Firms, Organizations, and States*, Cambridge, Mass., USA and London, 1972.

¹¹ Cf T. WORSTALL, *Astonishing Numbers: America's Poor Still Live Better Than Most of The Rest Of Humanity*, Forbes, 1 June 2013.

¹² The expression was popularised by the Italian labour law scholar P. ICHINO, *Inchiesta sullavoro. Perché non dobbiamo avere paura di una grande riforma*, Milano, 2011.

¹³ For some interesting reflections on the subject, see, among many: L. ENRIQUES, M. GATTI, *The Uneasy Case for Top-Down Corporate Law Harmonization in the European Union*, 27(4) *U. Pa. J. Int'l Econ. L.*, 2006; M.G. FAURE, *Legal Harmonisation from the Perspective of the Economic Analysis of Law*, in Id., H. Koziol, S. Puntischer-Riekman (Eds.), *Vereintes Europa ~Vereintheilichtes Recht?*, Maastricht, 2008, 11; E. BAFFI, P. SANTELLA, *The Economics of Legal Harmonization*, *Encyclopedia of Law and Economics*, 2nd edn, vol. 7, 2011. Cf. also M. ZUCKERBERG, *The Internet needs new rules. Let's start in these four areas*, *The Washington Post*, 30 March 2019.

¹⁴ See broadly, with different perspectives: C.G. CHUKWUDUMOGU, *The Regulation of Tax Competition. Rethinking "Harmful" Tax Competition in a Global Context*, Cheltenham, 2021; J.F. MÜLLER, *Political Pluralism, Disagreement and Justice. The Case for Polycentric Democracy*, London, 2020; P.D. ALIGICA, V. TARKO, *Polycentricity: From Polanyi to Ostrom, and Beyond*, 25(2) *Governance: An International Journal of Policy, Administration, and Institutions* 237, 2012; A. BERGH, R. HÖJER (Eds.), *Institutional Competition*,

After all, the extraordinary flourishing of trade that, between the Low Middle Ages and the Renaissance, made the territories today included in Italy so great, took place in an era of extreme territorial fragmentation: the *Communes* and the *Seigniories* were for some centuries the lighthouse of the world at both economic and cultural level, and this was not been prevented – in fact, I maintain, it was fostered – by the remarkable amount of different jurisdictions existing on the territory of the Italian peninsula.

Similarly, at the European level, the *lex mercatoria* or Law Merchant, which has done so much for the economic development of Europe, was developed precisely in a context of multiple jurisdictions, none of which was so extensive that it could impose its laws on others¹⁵. Such form of spontaneous law¹⁶ emerged overcoming the boundaries of the coercive law, which preceded the nationalised law of the post-Westphalian era¹⁷.

Ultimately, there appear to be three levels from which to look at experiences of secession, territorial fragmentation, and state dis-unity: that of efficiency, that of legitimacy, and that of legality. Firstly, from the law and economics literature, we obtain various arguments that lead us to believe that the possibility that local communities freely decide on their own borders, evaluating from time to time the preferable extension of the territory in which they wish to live, is beneficial for the economy, so even a very high fragmentation of the institutional landscape can be deemed as highly efficient.

But territorial fragmentation appears above all to be legitimate, that is to say corresponding to a universal sense of justice (which disregards any economic considerations and would also apply if the reasoning in terms of efficiency led to different or even opposite conclusions). In other words, it corresponds to justice that communities can self-determine, as is recognised to a certain extent by international law, although the latter appears to restrict this right only to circumstances in which the fundamental rights of a people living in a given territory are violently infringed upon by a jurisdiction that people perceive to a very large extent as foreign¹⁸.

Cheltenham, 2008. A wonderful collection of quotes on the subject was proposed by D.J. MITCHELL on his very famous blog, *International Liberty*, [Jurisdictional Competition Is Why the West Became Rich While Asia languished](#), 10 September 2012. A notable stance against tax competition was taken by former Eu Commissioner Mario Monti in his Report to the President of the European Commission José Manuel Barroso, of 9 May 2010, *A New Strategy for the Single Market. At the Service of Europe's Economy and Society*, 79 ff.; cf. also OSSERVATORIO CPI, [L'Unione Europea e le eccessive differenze nella tassazione dei profitti tra paesi](#), 16 maggio 2020.

¹⁵ Cf. this reflection by J. STUART MILL, *On Liberty*, 1859: “What has made the European family of nations an improving, instead of a stationary portion of mankind? Not any superior excellence in them, which, when it exists, exists as the effect, not as the cause; but their remarkable diversity of character and culture. Individuals, classes, nations, have been extremely unlike one another: they have struck out a great variety of paths, each leading to something valuable; and although at every period those who travelled in different paths have been intolerant of one another, and each would have thought it an excellent thing if all the rest could have been compelled to travel his road, their attempts to thwart each other's development have rarely had any permanent success, and each has in time endured to receive the good which the others have offered. Europe is, in my judgment, wholly indebted to this plurality of paths for its progressive and many-sided development”.

¹⁶ See B.L. BENSON, *The Spontaneous Evolution of Commercial Law*, 55(3) *Southern Economic Journal*, 644, 1989; Id., *Law Merchant*, in R. HAMOWY (Ed.), *The Encyclopedia of Libertarianism*, Thousand Oaks, 2008, available at <https://www.libertarianism.org/topics/law-merchant>.

¹⁷ See M. BELOV, *The Challenges to Westphalian Constitutional Geometry in the Age of Supranational Constitutionalism, Global Governance and Information Revolution*, in Id. (Ed.), *Global Constitutionalism and Its Challenges to Westphalian Constitutional Law*, Oxford, 2018, 13 ff.

¹⁸ Cf. M. STERIO, *Self-Determination and Secession Under International Law: The Cases of Kurdistan and Catalonia*, 22(1) *ASIL Insights*; A. TANCREDI, *Secessione e diritto internazionale: un'analisi del dibattito*, 17(2) *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo* 449, 2015; A. TANCREDI, *La secessione nel diritto internazionale*, Padova, 2001; A. CASSESE, *Self-Determination of Peoples. A Legal Reappraisal*, Cambridge,

From a theoretical perspective, it seems justified to go beyond what is currently sanctioned by international law, acknowledging a generalised and very broad natural right of all peoples to self-determination. Such right should not only entail the granting of a certain degree of “autonomy”, however extensive, within an existing legal system¹⁹, as enshrined for instance in the European Charter of Local Self-Government, but it should go as far as to include the possibility of founding a new one. The decision on its own borders is the first and fundamental decision that any political community should arguably be allowed to take.

At this point, the focus eventually shifts to the level of legality: aside from international law, what is the currently applicable legal framework of secession, particularly in the European context, where disruptive pressures have appeared more significant, at least in recent years? This aspect is subject to consideration in the following paragraph.

3. FROM THEORY TO PRACTICE: HOW TO ADDRESS THE CURRENT CENTRIFUGAL FORCES IN EUROPE

It is far beyond the scope of the present work to reconstruct the constitutional framework of secession in European countries, a task that has been performed thoroughly by very authoritative scholars²⁰. Rather, what I would like to do is to draw a connection between the various disintegrating pressures that have existed in the European continent in the past few years and evaluate how they have been dealt with by the different legal systems concerned.

From this point of view, the United Kingdom has proved to be the most open system towards these pressures, allowing first the referendum for the independence of Scotland, and then the historical one to leave the European Union. On the other hand, Spain (with regard to Catalonia) and Italy (with regard to Veneto) represent the opposite pole: in these latter cases, voting on boundaries was either prohibited in advance, by declaring unconstitutional (in 2015) the regional law of Veneto establishing a consultative independence referendum²¹, or severely repressed during and after the fact in the case of Catalonia, where the referendum was held in 2017 but only led to the imprisonment of the organisers, with no other practical effect in spite of the more than 90% rate of approval for independence²².

1995.

¹⁹ After all, as Italian legal philosopher Bruno Leoni acknowledged, “[local] self-government is not necessarily compatible with individual freedom” (1961 conference in Stresa, the translation is mine: such quote was pointed out to me by my colleague Giovanni Boggero).

²⁰ Among the most recent works, see D. HALJAN, *Constitutionalising Secession*, London, 2014; E. NOVIC, P. URS, *Secession* (entry), in R. GROTE, F. LACHENMANN, R. WOLFRUM (Eds.), *Max Planck Encyclopedia of Comparative Constitutional Law*, 2016; C. CLOSA, C. MARGIOTTA, G. MARTINICO, *Between Democracy and Law: The Amoralism of Secession*, Routledge, New York, 2019.

²¹ This is a well-established trend: see G. TARLI BARBIERI, *Regione Veneto o “Repubblica di San Marco”?* *Riflessioni sparse a partire dalla sent. 183/2018 della Corte costituzionale*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 4 aprile 2019, disponibile su https://www.forumcostituzionale.it/wordpress/wp-content/uploads/2019/05/nota_183_2018_tarlibarbarieri.pdf.

²² On the subject, see R. DE CARIA, *I referendum indipendentisti*, 16(4) *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo* 1611. See also H. LÓPEZ BOFILL, *Hubris, constitutionalism, and “the indissoluble unity of the Spanish nation”*: *The repression of Catalan secessionist referenda in Spanish constitutional law*, 17(3) *I. J. Const. L.* 943, 2019, with a reply by A. BAR, p. 970, and a rejoinder by LÓPEZ BOFILL, p. 984; A. ABATININET, *Self-Determination as an Expression of Collective Human Dignity: The Case of Catalonia*, 5 *The Italian Law Journal*, 2019; G. MARTINICO, *Preserving Constitutional Democracy from Populism. The Case of Secession*

In this context, the European Union has never affirmed the right to independence of the people involved, dismissing the Catalanian referendum as “not legal”²³, and resisting as much as possible the decision to leave the Union by the United Kingdom, in connection to which some European officials voiced some desire for retaliation²⁴. Consistently with its unifying vocation, the Eu sided with the greatest possible limitation of the vote on the borders, not taking a position on the violence in Catalonia, effectively ignoring the initiative in Veneto, and trying to give the Uk the hardest possible time on Brexit²⁵.

Arguably, it would have been preferable for the Eu institutions to show greater openness towards the centripetal pressures underway, welcoming them instead of fighting them. Such openness to the right of self-determination would be the best antidote to nationalist movements, that gained significant consensus in recent years (second drive of those identified at the beginning): the attitude of closure by the Eu institutions seems instead to have even reinforced such tendencies.

Instead, the best way to protect Europe from the return of nationalism appears to be open to rediscussing the sovereignty model developed after the Treaties of Westphalia, and comfortably accepting the possibility that Europe breaks up into many small homelands²⁶. Such new polities would eventually differ from simply small nation-states, since the institutional competition in a landscape of strong territorial pluralism like the one advocated here would lead them to evolve into different subjects, more respectful of individual liberties²⁷. In fact, this is arguably the best way to protect Europe and safeguard its peaceful existence, rather than the “imperial” approach championed by the Eu’s most heated supporters²⁸.

Referendums, 39(2) *National Journal of Constitutional Law* 139; more broadly, C. CLOSA (Ed.), *Secession from a Member State and Withdrawal from the European Union: Troubled Membership*, Cambridge, 2017.

²³ European Commission, *Statement on the events in Catalonia*, 2 October 2017, available at https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/STATEMENT_17_3626. Before the Spanish constitutional crisis of 2017-2018, see already C.K. CONNOLLY, *Independence in Europe: Secession, Sovereignty, and the European Union*, 24 *Duke J. Comp. & Int'l L.* 51, 2013.

²⁴ Cf. REUTERS, *German officials warn against EU “revenge” for UK Brexit vote*, 24 June 2016, available at [reuters.com/article/us-britain-eu-germany-future-idUSKCN0ZA319](https://www.reuters.com/article/us-britain-eu-germany-future-idUSKCN0ZA319). On Brexit in connection to secession movements, see the very interesting reflections by E. FRANTZIOU, *Was Brexit a Form of Secession?*, 13 *Global Policy* 69, 2022.

²⁵ It is though necessary to recall that the CJEU has on two occasions established the right to immunity for Catalan independentists elected to the European Parliament: C-502/19, *Criminal proceedings against Oriol Junqueras Vies*, Grand Chamber, 19 December 2019; C-629/21 P(R), *Puigdemont i Casamajó and Others v Parliament and Spain*, Order of the Vice-President of the Court of 24 May 2022. However, see also the case *Forcadell I Lluís and Others v. Spain* (75147/17, 7 May 2019), the main (but not only) instance in which the European Court of Human Rights has dealt a significant blow to Catalan independentists, here by finding that the Spanish Constitutional Court lawfully suspended a session of the Catalan parliament where independence was expected to be declared.

²⁶ Even Luigi Einaudi wrote that “we need to dispel from people’s hearts the obscene idol of sovereign state”.

²⁷ Some good examples can come from countries like Switzerland (on which see, among many, C. LOTTIERI, *Un’idea elvetica di libertà. Nella crisi della modernità europea*, Brescia, 2017, or J. STEINBERG, *Why Switzerland?*, Cambridge, 2015 or, even more, Liechtenstein. On Liechtenstein, see for instance: the articles published in the IACL-AIDC symposium on the one hundredth birthday of its constitution, available at <https://blog-iacl-aidec.org/centenary-constitution-liechtenstein>; as well as L. PIRRI, *Lo Stato come impresa: il caso del Liechtenstein*, available at <https://www.polyarchy.org/papers/liechtenstein.html>. More broadly on micro-states see H. HOBBS, G. WILLIAMS, *Micronations and Statehood: Why Pretend to be a State?*, 16 December 2021, IACL-AIDC blog; E. BERTOLINI, *I micro Stati. La sfida della micro dimensione e le sue ricadute costituzionali*, Bologna, 2019.

²⁸ See the 9 November 2018 tweet by French Minister of Finance Bruno Le Maire: “L’Europe doit s’affirmer comme un empire paisible dans les 25 années qui viennent. Cette empire doit être celui des droits de l’homme et de la croissance durable”, further developed in an interview three days later to the German newspaper

As an intermediate way, or in any case, as a second best, the European ruling class should arguably promote at the European level a federalism like the one envisioned by an author like Cattaneo²⁹, or in more recent years by Miglio³⁰. Such approach vigorously refuses any centripetal movement, and instead promotes a strong political and institutional decentralisation. Unfortunately, in Europe, but also beyond Europe, there appears to be considerable confusion about the term ‘federalism’: paradoxically enough, both in the US and in Europe, the term ‘federalists’ has been employed to designate the advocates of greater territorial integration. But a genuinely federal Europe, one that never overcomes states’ rights (as advocated in the US for example by John C. Calhoun³¹) would be a perspective worthy of the greatest consideration.

The preference for a federal Europe, or even for an ultra-fragmented one, is not just a prerogative of the anti-statist tradition, brought forward until today by scholars and representatives of the libertarian and anarcho-capitalist thinking, such as Bassani³², Lottieri³³, or Hoppe³⁴, but which has some predecessors already in the 19th century, such as von Haller³⁵ and de Molinari³⁶, and Mises at the beginning of the 20th³⁷. This line of thought prefigures a society without a state, governed by a market order, in which public services are also provided by private corporations³⁸, urban planning is not a public

Handelsblatt, where he reiterated that Europe needs to become a “form of empire, like China and the U.S.”. Just to make one further example, longtime MEP Guy Verhofstadt echoed this line of thought a year later: cf. B. JOHNSON, *Only an EU ‘empire’ can secure liberty: EU leader*, Transatlantic Blog, 16 September 2019, available at <https://www.acton.org/publications/transatlantic/2019/09/16/only-eu-empire-can-secure-liberty-eu-leader>.

²⁹ See the recent collection of his writings on *Federalismo* (Milano, 2019).

³⁰ In English, see for instance his essay *The Cultural Roots of the Federalist Revolution*, *Telos* no. 97(1993), 33.

³¹ Among his writings, see in particular the two gathered in R.K. CRALLE (Ed.), *The Papers of John C. Calhoun: A Disquisition on Government and a Discourse on the Constitution and Government of the United States*, Columbia, 2003. An opposite perspective was recently voiced by D. FRENCH, *Divided We Fall: America's Secession Threat and How to Restore Our Nation*, New York, 2020. One of the most recent cases shaping American federalism was *Franchise Tax Board of California v. Hyatt* (or *Hyatt III*), 587 U.S. ____ (2019).

³² See for instance his co-authored book (with A. VITALE AND W. STEWART) on *I concetti del federalismo*, Milano, 1995 or his work on Jefferson *Contro lo Statonazionale. Federalismo e democrazia in Thomas Jefferson*, Bologna, 1995; or, in English, his essay on *Jefferson, Calhoun and States' Rights: The Uneasy Europeanization of American Politics*, *Telos* no. 114 (1999) 132.

³³ See for instance his edited studies *Dalle vicinie al federalismo. Autogoverno e responsabilità*, Pordenone, 2010 and (with N. IANNELLO), *Secessione. Una prospettiva liberale*, Brescia, 2015.

³⁴ See for instance his essays *Small is Beautiful and Efficient: The Case for Secession*, *Telos* no. 107 (1996), 95, and *Of Private, Common, and Public Property and the Rationale for Total Privatization*, 3 *Libertarian Papers* 1, 2011.

³⁵ See broadly his six-volume masterpiece *Restauration der Staats-Wissenschaft oder Theorie des natürlich-geselligen Zustandes, der Chimäre des künstlich-bürgerlichen entgegengesetzt*.

³⁶ See in particular his essay *The Production of Security*, published in 1849 with two essays of Frédéric Bastiat.

³⁷ See in particular his *Nation, State, and Economy*, of 1919. On his thought, see R.M. EBELING, *Ludwig von Mises on Liberalism, Nationalism, and Self-Determination*, 21 November 2018, available at <https://www.a-ier.org/article/ludwig-von-mises-on-liberalism-nationalism-and-self-determination/>.

³⁸ On the subject see, from different perspectives: J. TROUNSTINE, *The Privatization of Public Services in American Cities*, 39(3) *Social Science History* 371, 2015; R.J. DILGER, R.R. MOFFETT, L. STRUYK, *Privatization of Municipal Services in America's Largest Cities*, 57(1) *Public Administration Review* 21, 1997; C.P. GILLETTE, *Opting out of Public Provision*, 73 *Denv. U. L. Rev.* 1185, 1996. Some notable examples of privatized public services include utilities like water in Atlanta and Detroit, prison management in several American states as well as in the UK, and even certain police powers, also in the UK and in several U.S. cities (the best-known experiment, however controversial, has been Sharpstown, Texas). In general, the most signifi-

monopoly³⁹, and new forms of political aggregation can be tested, such as gated communities⁴⁰, or private cities⁴¹, or the experiences of newly established institutions like the platforms created as a result of sea steading⁴², not to mention the challenges to traditional national sovereignty brought about by new technologies, with particular regard to decentralised-ledger ones⁴³.

The return to the Middle Ages on the legal and institutional level was in fact famously invoked also by a highly original author of a completely different tradition, Paolo Grossi⁴⁴. The unified Europe of law appears, in his writings, one of the “legal mythologies” to overcome, the result of a “legal Jacobinism” living “many lives”, that he believed was expressed even in the “constitutional” documents such as the Nice Charter or the aborted Treaty Establishing a Constitution for Europe.

It seems therefore useful to read together all the various disruptive instances in action, looking at them as reactions to the ruling classes’ project of “making the Europeans”⁴⁵, a unitary people created in the laboratory a bit like Esperanto, the language that is proposed for adoption by the politically unified Europe. Such reactions should be welcomed as a beneficial jolt of history, a moment of pride for peoples with centuries-old identities that cannot be erased out of political wishful thinking. In the concluding

cant experiment, now scaled back, was Sandy Springs, Georgia: cf. M. STRACHAN, *Sandy Springs, Georgia: The City That Privatized Nearly Everything*, *HuffPost*, 22 April 2011.

³⁹ See for instance A. BERTAUD, *Order without Design. How Markets Shape Cities*, Cambridge, 2018; D.E. ANDERSSON, S. MORONI, *Cities and Private Planning. Property Rights, Entrepreneurship and Transaction Costs*, Cheltenham, 2014. See also the classic work by J. JACOBS, *The Death and Life of Great American Cities*, New York, 1961, as well as several interviews or writings to the architect Patrik Schumacher, available on his website <https://www.patrikschumacher.com/>: see in particular *Plea: privatization of cities; Private creativity instead of political planning. Conversation with a libertarian German star architect; For a Market-led Revolution in Urban Housing; Free Market Urbanism - Urbanism beyond Planning*. Houston, Texas is one of the most important examples of cities with no zoning laws.

⁴⁰ For an overview, already more than fifteen years ago, see R. ATKINSON, S. BLANDY (Eds.), *Gated Communities*, New York, 2006.

⁴¹ Here the reference is to the studies and actual experiments by T. GEBEL, *Free Private Cities: Making Governments Compete for You*, CreateSpace Independent Publishing Platform, 2018. Another interesting experiment is the one of Liberland, see <https://liberland.org/en/about>. Recent reflections on the subject of cities are the ones by F. PIZZOLATO, G. RIVOSECCHI, A. SCALONE (Eds.), *La città oltre lo Stato*, Torino, 2022; R. HIRSCHL, *City, State. Constitutionalism and the Megacity*, Oxford, 2020. Finally, see also D.T. BEITO, P. GORDON, A.T. TABARROK (Eds.), *The Voluntary City. Choice, Community, and Civil Society*, Oakland, 2002.

⁴² See J. QUIRK, P. FRIEDMAN, *Seasteading. How Floating Nations Will Restore the Environment, Enrich the Poor, Cure the Sick, and Liberate Humanity from Politicians*, New York, 2017; V. TIBERIUS (Ed.), *Seasteads. Opportunities and Challenges for Small New Societies*, Zurich, 2017.

⁴³ Cf. B. MAÇÃES, *The Crypto State? How Bitcoin, Ethereum, and other technologies could point the way to new systems of governance*, in *City Journal*, Autumn 2020, available at <https://www.city-journal.org/technological-developments-new-systems-of-governance>.

⁴⁴ See in particular *L'ordine giuridico medievale* (Roma-Bari, 1995), *Mitologie giuridiche della modernità* (Milano, 2001), *Società, diritto, stato. Un recupero per il diritto* (Milano, 2006); but see also W. CESARINI SFORZA, *Il diritto dei privati*, 1929. Finally, cf. this quote from Czech author Milan Kundera: “Alas, wretched large nation! The gateway to humanity is narrow and so difficult for you to pass through... I believe in the great historical calling of small nations in a world that is at the mercy of great powers yearning to smooth its edges and readjust its dimensions. Because they are constantly searching for and creating their own visage, because they must struggle for their independence, small nations are the agents of resistance against the frightful influences of global uniformity, protectors of the variegation of traditions and ways of life, and guarantors that the original, the extraordinary and the idiosyncratic are at home in the world” (from *Czech Destiny*, 1968, translated by T. West).

⁴⁵ To paraphrase a famous quote attributed to the Italian patriot Massimo D’Azeglio, after the unification of Italy.

paragraph, I will reflect briefly on the different paths that open up in front of us, depending on whether the Eu institutions decide or not to welcome at least in part the perspective advocated for in these pages.

4. THE POSSIBLE SCENARIOS FOR EUROPE

Centrifugal forces and nationalist movements have been partially defused by a massive new wave of public spending by the Eu with its Next Generation EU instrument. But sooner or later those trends will resurface, likely exacerbated. At that point Europe will arguably face an Ackermanian “constitutional moment”⁴⁶. The disruptive process (currently more silently) in progress in Europe might end up in two opposite ways: either the centralisation process eventually succeeds, or new strong institutional fragmentation like the one imagined above might materialise. It appears more difficult that the current middle way can last indefinitely, and that the traditional instruments and categories elaborated by constitutional law⁴⁷ will be able to accommodate such trends forever⁴⁸.

To be sure, we seem to have already started to enter a “post-Westphalian situation”⁴⁹, one where the fictional notion of sovereignty has come under substantial criticism⁵⁰, even though it is at the same time reaffirmed by the raising political movements to which I referred in the beginning. In other words, as stated at the beginning of this paper, nation-states are currently subject to three different drives: in the first place, they face substantial centrifugal forces, that press for fragmentation into smaller political units; secondly, they are at the centre of a revival by nationalist forces; finally, they are subject to tension from Eu institutions, which push for the transfer of more and more powers from Member States.

Any of these drives could eventually prevail. If the push towards state fragmentation succeeds at least somewhere, it could generate a partial domino effect, encouraging similar movements in different areas to take action to go down the same road. If nationalist forces prevail, instead, there will be little to no room for other levels of government, and this will be even more so if the Eu succeeds in its design of political unity. The solution advocated here is the former, which is the one that arguably guarantees fundamental rights to the greatest extent, for the reasons stated above.

⁴⁶ B. ACKERMAN, *We the People: Foundations*, Cambridge, 1991.

⁴⁷ Broadly on the subject, see: I. LAGO (Ed.), *Handbook on Decentralization, Devolution and the State*, Cheltenham, 2021; M. MONTI, *Federalism disintegrativo? Secessione e asimmetria in Italia e Spagna*, Torino, 2021; G. ANDERSON, S. CHOUDHRY (Eds.), *Territory and Power in Constitutional Transitions*, Oxford, 2019; the symposium on *Crisis and Constitutional Pluralism in the EU* in Volume 21 of the *Cambridge Yearbook of European Legal Studies* 2019; the symposium on *Constitutional Amendment and Dismemberment* of the *Yale Journal of International Law* 2018; C. PAVEL, *Divided Sovereignty. International Institutions and the Limits of State Authority*, Oxford, 2014; F. PALERMO, *Beyond Second Chambers: Alternative Representation of Territorial Interests and Their Reasons*, 10(2) *Perspectives on Federalism* 49, 2018.

⁴⁸ Cf. J. Ratzinger: “the [European] project, which is unilaterally oriented toward the construction of an economic power, in fact automatically produces a sort of new system of values that must be tested in order to find out its ability to last and to create a future”, *Europe Today and Tomorrow. Addressing the Fundamental Issues*, San Francisco, 2007 [2004].

⁴⁹ M. BELOV, *The Challenges to Westphalian Constitutional Geometry*, cit., 13. See also S. Cassese, *A World Government?*, Sevilla, 2018.

⁵⁰ See several passages in L.M. BASSANI, A. MINGARDI, *Dalla Polis allo Stato. Introduzione alla storia del pensiero politico*, Torino, 2022.

In the present time, there is growing discussion of the possible overcoming of nation-states: the literature on the subject has started to be abundant, and there are many authors engaged in envisioning a world that goes beyond them⁵¹. However, this movement goes predominantly upwards, in the sense of further centralisation. Instead, I maintain that the opposite perspective should be carefully considered and appreciated: responding to the shortcomings of modern democracies and nation-states with “more of the same” does not seem to be geared toward success. Europe should not be afraid to retrieve from its own past what made it great, forgo intellectualist projects, and let the traditional institutional differences thrive. It would thus create the conditions for a pluralist, competitive market for legal institutions and thus for a virtuous process of imitation and mutual learning, that a unitary institutional setting unforgivably prevents.

⁵¹ On top of the authors mentioned above, in footnotes 32 and following, we could also mention modern classics like D.D. FRIEDMAN, *The Machinery of Freedom. Guide to a Radical Capitalism*, available at <http://www.daviddfriedman.com/Machinery%203rd%20Edn.pdf>, 2014, or E.P. STRINGHAM, *Private Governance: Creating Order in Economic and Social Life*, Oxford, 2015. See also the study by P. HANKUS, *The Secessionist Processes from Libertarian Perspective*, 19(2) *Res Publica. Revista de Historia de las Ideas Políticas* 419, 2016, as well as the essay by M. MCCONKEY, *Anarchy, Sovereignty, and the State of Exception: Schmitt's Challenge*, 17(3) *The Independent Review* 415, 2013.

The Chinese Approach to Dispute Settlement under the BRI

Marta BONO *

In 2018 the Chinese Supreme People's Court has established two International Commercial Courts (CICC), which will act as "One Stop" platform and will have jurisdiction over commercial disputes related to the Belt and Road Initiative (BRI). Since such jurisdiction is not compulsory for BRI contracting parties, this paper aims at investigating how the CICC will fit in the International Dispute Resolution arena by analyzing first what are the types of disputes that may arise within the BRI and what are the options already in place for the parties to choose; it will then describe the characteristics of such International Commercial Courts and the "One-Stop" working mechanism, tracing the potential issues that may prevent non-Chinese parties from selecting the CICC. Finally, the paper suggests some adjustments for the Courts to be perceived as truly "international" and draws some conclusions on the role that the CICC may play in the future.

Nel 2018, la Corte Suprema cinese ha istituito due Corti Commerciali Internazionali (CICC), le quali fungeranno da piattaforma "One Stop" e avranno giurisdizione sulle dispute commerciali relative all'Iniziativa Belt and Road (BRI). In considerazione del fatto che tale giurisdizione non è vincolante per le parti coinvolte nel progetto, il paper vuole analizzare innanzitutto i tipi di dispute che possono sorgere all'interno della BRI e le opzioni già in atto tra cui le parti possono scegliere per risolvere le loro controversie. Successivamente, il paper descriverà le caratteristiche di tali Corti Commerciali Internazionali e il funzionamento del meccanismo "One Stop", individuando le possibili criticità che possano ostacolarne la scelta per le parti non cinesi. Infine, verranno esposte le conclusioni sul futuro ruolo delle Corti e come queste dovrebbero adeguarsi per essere percepite come autenticamente "internazionali".

1. THE PROJECT

The Belt and Road Initiative (hereinafter "BRI") is a very ambitious project launched by the Chinese President Xi Jinping in 2013, modeled on the heritage of the Ancient

* Marta Bono is a PhD candidate in System Dynamics at the University of Palermo. Her main areas of research include the international commercial arbitration and its application in the BRICS countries.

Silk Road, which brought great economic and commercial benefits to Asia, Continental Europe, and the Near East in the mid-15th century.

The BRI is the result of two different initiatives: the land-based Silk Road Economic Belt (“Belt”), which aims at joining Asia and Europe together and linking China with Central and West Asia, Southeast Asia, Russia, Europe, the Persian Gulf, and the Mediterranean Sea with railways, highways, and fiber-optic cables; and the 21st Century Maritime Silk Road (“Road”), a sea-based project that links China with the sea ports, coastal lines, and markets in the Pacific, Indian, and Atlantic oceans¹. (Fig.1)

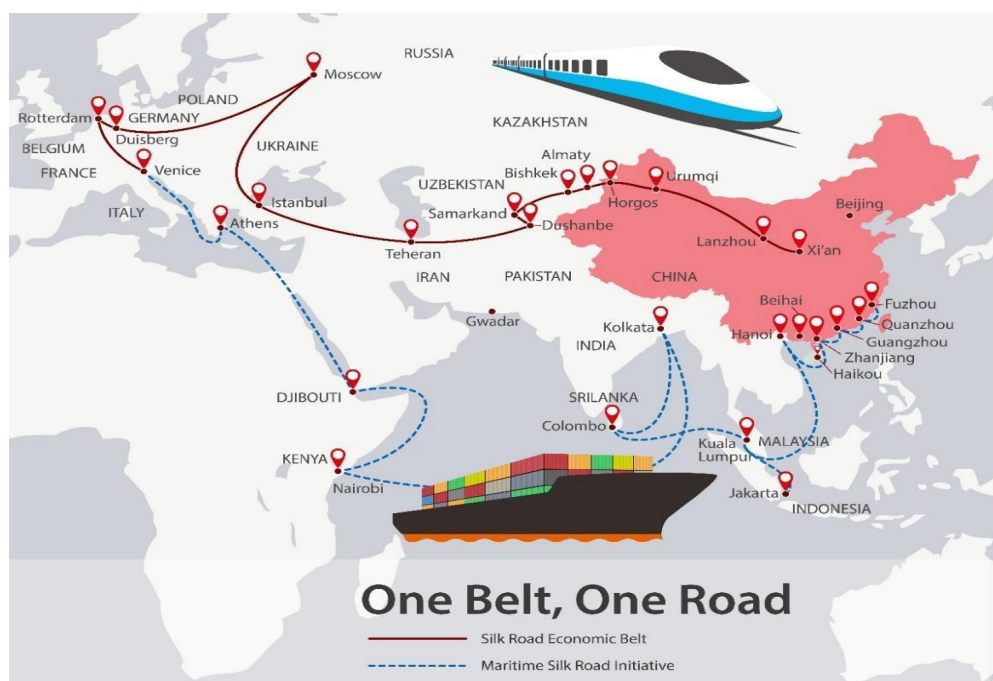


Figure 1. Source: <http://www.china-arbitration.com/index/news/detail/id/2114.html>.

The BRI encompasses the promotion of trade links, capital flows, infrastructure investment and policy coordination among the states involved, thereby becoming a substantial strategic endeavor and an extraordinary effort in terms of Chinese financial commitment².

At present, the BRI comprises more than 65 countries -most of these are either developing or least-developed economies-making up to 65 percent of the world's population, and 30 percent of the global economy. In addition, merchandise trade occurring between

¹ J. WANG, *Dispute Settlement in the Belt and Road Initiative: Progress, Issues, and Future Research Agenda*, in *The Chinese Journal of Comparative Law*, VIII, 1, 2020, pp. 4-28.

² According to data on Chinese investments in the 138 countries participating in the Belt and Road Initiative, there were around US\$47 billion worth of total BRI investments in 2020. This is almost US\$78 billion less than the peak year of BRI investments in 2015, which represents a reduction of 54% from investments in 2019. On the topic see N. WANG *China's Investments in the Belt and Road Initiative (BRI) in 2020*, Green BRI Center, International Institute of Green Finance (IIGF), Beijing, 2021. See also J. CRAWFORD, *China and the Development of an International Dispute Resolution Mechanism for the Belt and Road Construction*, in W. SHAN, S. ZHANG, J. SU (eds), *China and International Dispute Resolution in the Context of the "Belt and Road Initiative"*, Cambridge, 2020, p. 12.

the economies in the BRI's many economic corridors form 40 per cent of global exports³. On the investment front, the market potential is remarkably more impressive. The law firm Baker McKenzie and the BRI consultancy firm Silk Road Associates modelled five scenarios of BRI investments for the 2020s, all indicating that the 2020s could be a golden Era for infrastructure investments in the BRI area⁴, albeit the COVID-19 pandemic may have contributed to the BRI investments' weakest growth since the Chinese Initiative was launched.

Considering that BRI is fundamentally an economic and political project, its legal aspects are presently not considered as a priority. This can be drawn from the BRI definition released by the Chinese authorities where no reference – even indirect – can be found to the legal implications of the BRI: “The Belt and Road Initiative is a way for win-win cooperation that promotes common development and prosperity and a road towards peace and friendship by enhancing mutual understanding and trust, and strengthening all-round exchanges . . . It promotes practical cooperation in all fields, and works to build a community of shared interests, destiny and responsibility featuring mutual political trust, economic integration, and cultural inclusiveness”⁵. The BRI has no specific implementation or governance structure, and it seems that there is no need to create any⁶. There is no “Belt and Road” convention or agreement for the parties to adhere to in order to join in the Initiative, nor there is any specific legal framework indicating the overarching strategy and the norms applicable to the Initiative. Ultimately, the BRI simply expresses the external policy of China and – in line with the Chinese culture – it is flexible and even rhetoric, as the Memoranda of Understanding that China has signed with some states adhering to the BRI demonstrate⁷. In the implementation of the Initiative, China aims at taking full advantage of the existing bilateral and multilateral cooperation mechanisms, so that the BRI will take advantage from the existing international law frameworks of cooperation and economic integration rather than replacing them or adding a new one.

The utter size of the economic activities involved in the BRI would for sure generate the need for a reliable and predictable cross-border dispute settlement mechanism. The countries involved in the Initiative all have distinct legal systems, cultures, and traditions, which will unavoidably lead to the emergence of legal misunderstandings and, consequently, to potential controversies. The given situation may pose several risks and

³ The BRI comprises six transregional economic corridors: the China- Mongolia- Russia corridor; the Eurasian Land Bridge; the China-Asia-Central Asia Occidental corridor; the economic corridor of China and Pakistan (China-Pakistan Economic corridor- CPEC); and finally, the corridor of Bangladesh-China-India-Myanmar.

⁴ See Backer McKenzie, *BRI & Beyond Forecast, Five Divergent BRI Forecasts for the Decade Ahead*, 2019, available at <https://www.bakermckenzie.com/en/insight/topics/bri-and-beyond> (accessed on November 30, 2022).

⁵ See section III of the “Vision and Actions on Jointly Building Silk Road Economic Belt and 21st-Century Maritime Silk Road”, National Development and Reform Commission, Ministry of Foreign Affairs, and Ministry of Commerce of the People's Republic of China, with State Council authorization available at <https://www.beltandroad.gov.hk/visionandactions.html> (accessed on November 30, 2022).

⁶ According to section VII of the “Vision and Action Plan on jointly building Belt and Road”: “The development of the Belt and Road should mainly be conducted through policy communication and objectives coordination. It is a pluralistic and open process of cooperation which can be highly flexible and does not seek conformity. China will join other countries along the Belt and Road to substantiate and improve the content and mode of the Belt and Road cooperation [...] and align national development programs and regional cooperation plans”. Available at <http://www.beltandroadforum.org/english/n100/2017/0410/c22-45-5.html> (accessed on November 30, 2022).

⁷ J. CRAWFORD, *op.cit.*

challenges for investors, contractors, and other service providers, as performance of the contracts, to make an example, would be carried out in jurisdictions where litigating disputes, recognition and enforcement of court judgements or arbitral awards, may be complex. Another major issue is related to the fact that the BRI's participating nations all vary in their levels of development and several of them are also classified as "high risk" nations, like Syria or Afghanistan, not to mention that the Belt and Road will pass directly through zones that are the subject to serious territorial and sovereignty disputes, as Kashmir or Bhutan⁸. This is a crucial factor that investors should carefully consider to mitigate the associated risks. An effective dispute resolution system could assist in easing the concerns that may otherwise jeopardize trade and investment in such unstable regions and promote the flow of investments throughout the BRI-adhering nations.

2. TYPES OF DISPUTES THAT MAY ARISE UNDER BRI

Describing the categories of disputes that may arise under the BRI is an important exercise that allows to understand how the new International Commercial Courts established by the Chinese government are going to fit in the international dispute resolution arena, and whether they will be able to offer a credible, satisfactory, and efficient option to the existing dispute resolution mechanisms.

The types of disputes that might arise under the BRI are extremely diverse, as various are the activities carried out within the BRI premise. The number of parties and their levels of sophistication will equally vary. Certainly, disputes will be cross-border, and will commonly involve at least a Chinese and a non-Chinese party.

Given this premise, three main categories of disputes can be identified: commercial disputes, investment disputes and international trade and investment disputes (or, if we look at the parties involved: state-to-state disputes, business to business disputes⁹, and investor-state disputes).

Commercial disputes generally have a transactional nature and stem from a previous commercial contract; consequently, disputes arising out of these contracts are to be treated as ordinary commercial disputes by competent courts, resorting to rules of domestic law or international law (including both private international law and international economic law)¹⁰. In the BRI context, commercial disputes would mainly involve issues pertaining infrastructure construction (including railroads, ports, and industrial parks) and the related performance agreement¹¹, but also IP protection, competition law, Mergers and Acquisitions, sale of goods and services and so on. As for typical international commercial contracts, parties may include in their agreement a choice-of-forum clause that addresses upfront the dispute resolution procedures applicable to potential disputes arising among them¹². Therefore, such disputes may potentially be submitted to

⁸ ID, *op.cit.*, p. 14.

⁹ Business to business in the context of BRI are most likely to involve Chinese state-owned enterprises.

¹⁰ J. WANG, *op. cit.*

¹¹ ID, *op.cit.*

¹² However, certain types of conflicts, such as real estate or tax issues, may be subject to mandatory local laws as well as the mandatory jurisdiction of host country courts. Offshore disputes between the parties involved in BRI projects may also be subject to the jurisdiction of the courts in the parties' home countries. Disputes between Chinese parties to BRI financing arrangements, or between Chinese construction companies jointly building a road or a port, for example, will likely be heard by Chinese courts. See P. M. NORTON, *China's Belt and Road Initiative: Challenges for Arbitration in Asia*, in *U. PA. Asian L. Rev.*, XIII, 2, 2018.

resolution in a broad range of judicial or arbitral *fora*. In the BRI case, this is particularly important as parties may wish to avoid their disputes to be resolved in potentially less favorable local courts, and/or being unable to enforce an award or a judgement once obtained¹³.

As for the infrastructure, logistics or other projects related to the Maritime Silk Road, parties may consensually agree to refer their dispute to maritime arbitration, which is a recognized branch of dispute resolution in international trade and commerce, devoted exclusively to sea related cases¹⁴.

Investment disputes would generally occur between a foreign investor and the host State, for this reason they are commonly referred to as investor-State disputes. Such disputes are usually addressed according to the dispute resolution procedures agreed upon in the relevant investment treaty. It is common practice to refer such disputes to the investor-State dispute settlement (hereinafter “ISDS”) mechanism under various international investment agreements, including bilateral investment treaties (BITs), multilateral investment treaties (MITs), and free-trade agreements (FTAs)¹⁵.

Bilateral and multilateral treaties are the most common types of agreements concluded between China and other BRI nations. Most of the bilateral investment treaties’ contracting States are signatories to the 1965 Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States, also known as the “Washington Convention for the enforcement of arbitration awards”, which allows for the easy circulation of the awards among the member countries.

Finally, international trade and investment disputes have been traditionally resolved through the Dispute Settlement Body within the World Trade Organization (hereinafter “WTO”)¹⁶, provided that such disputes involved an obligation under WTO agreements or free trade agreements. However, it is worth stressing that only the members of the WTO have standing within its dispute resolution mechanism. This means that enterprises

¹³ Holman Fenwick Willian LLP., *The Belt and Road Initiative: Dispute Resolution along the Belt and Road*, 2018, available at <https://www.hfw.com/The-Belt-and-Road-Initiative-Dispute-Resolution-along-The-Belt-And-Road> (accessed on November 30, 2022).

¹⁴ Maritime affairs may arise from diverse activities concerning the matters of the sea: the financing, building, sale and acquisition of ships, the deployment of ships, the carriage of goods by sea, the insurance of ships, cargo and other marine adventures and the other contractual relationships arising from the use of ships. Historically, the leading organizations in the field have been situated in London and New York (respectively, the London Maritime Arbitrators Association, and the Society of Maritime Arbitrators). However, with the movement of trade flows from the European and North American regions to the Asia-Pacific region, maritime arbitration organizations have particularly developed also in China (especially in Beijing and Shanghai) and Singapore. The most commonly known are the China Maritime Arbitration Commission and the Singapore Chamber of Maritime Arbitration.

¹⁵ See J. WANG, *op. cit.* See also D. FERGUSON, J. MCKENZIE, F. NG, *A Practical Guide to Chinese Investor Protections along the Belt and Road*, King & Wood Mallesons, 2018, available at <https://www.kwm.com/global/en/insights/latest-thinking/a-practical-guide-to-chinese-investor-protections-along-the-belt-and-road.-html> (accessed on November 30, 2022).

¹⁶ Under the 1994 Marrakesh Agreement, in the event of a trade dispute between WTO members, the complaining member can request the establishment of a panel consisting of three individuals who will decide on the dispute. The panel is thus in charge of examining the consistency of the alleged violation with the WTO agreements and issues a report that the parties to the dispute will need to comply with after the adoption by the Dispute Settlement Body. If one of the parties to the dispute does not accept the report of the panel, it can appeal it before the Appellate Body. Each appeal is heard by a three-member chamber, which can uphold, modify, or reverse the panel's legal findings and conclusions. See Backer Mackenzie, *Deadlock at the WTO Appellate Body: No Consensual Way Out in Sight*, 2019, available at <https://www.internationaltradeupdate.com/2019/12/12/wto-deadlock-at-the-wto-appellate-body-no-consensual-way-out-in-sight/> (accessed on November 30, 2022).

and individuals of a member country cannot directly bring a complaint against another member country; they could only persuade their government to make a complaint. This would entail that companies would have to call on their home governments to intervene diplomatically in foreign countries, thus paving the way for a state-to-state conflict, which especially under the BRI, should be duly avoided. In fact, when dealing with BRI-related disputes, one should keep in mind the commercial and economic dimension of the project avoiding any politicization of such disputes and the related method of dispute resolution, as this could otherwise jeopardize the bilateral diplomatic relations between the countries involved.

Besides, to date, the WTO Appellate Body is still in a state of impasse¹⁷. Therefore, it is expected that the WTO members will either agree to renounce to the second instance before the Appellate Body, or temporarily defer the disputes to alternative appeal proceedings, such as arbitration¹⁸. Within the BRI context, the WTO deadlock could lead to the establishment of a separate dispute settlement mechanism entirely dedicated to the resolution of State-to-State disputes. These inter-State disputes would refer mainly to the disagreements arising out of the large projects invested in by China in the host BRI country. So far, in State-to-State cases¹⁹ China and the concerned BRI country have not opted for legal solutions. Instead, behind-the-door diplomacy has been relied upon predominately by these governments to address their disputes²⁰.

To sum up, depending on the nature of the dispute and the parties involved, the mechanisms and applicable rules for its resolution may change (international commercial arbitration, WTO's Dispute Settlement mechanism, Investor-State Dispute Settlement). A dedicated means of dispute resolution specifically for the BRI should, in principle, take into consideration such different nuances and meet the needs of all the parties that may be involved, from States and State-owned enterprises to private companies.

¹⁷ For the past years, the US continuously raised several concerns regarding the functioning of the Appellate Body. The issues highlighted by the US would request a structural intervention of the WTO members in the functioning of the Appellate Body. See Backer Mackenzie, *op.cit.*

¹⁸ ID, *op.cit.* It is worth noting that the international context has undergone a remarkable change compared to the golden age of "universal" global multilateralism. The WTO has lost its good fortune, due mainly to the processes of economic regionalization that have been taking place over the past decade. This has resulted in the proliferation of multiple arbitration and dispute settlement agreements purely based of the preferences of the contracting parties.

¹⁹ For example, the dispute arose out of China-invested BRI projects and the East Coast Rail Link (ECRL), which is one of China's major investments in Malaysia, with the agreement signed in 2017 between China and Malaysia's Najib government. See N. CHOW-BING, *Malaysia-China Cooperation on the Belt and Road Initiative under the Pakatan Harapan Government: Changes, Constitutes, and Prospects*, in NIDS ASEAN Workshop 2019, "China's BRI and ASEAN", Joint Research Series no 17, 2019.

²⁰ In recent years, Chinese lawyers and judges have developed a novel idea called "law diplomacy", which aims to infuse legal awareness and consciousness into China's diplomatic work, converting some diplomatic issues into legal issues, and handling foreign affairs with legal approaches, thus contributing to legitimize China's foreign policy. In the field of dispute resolution, law diplomacy should convey the disagreements into the strictly legal dimension, proving for a peaceful and rational dispute settlement to ultimately achieve the establishment of an harmonious world order. For more on Chinese law diplomacy see W. ZHANG, Z. GU, *China's Law Diplomacy: Theory and Practice*, in *Global Review*, 2013, pp. 48–50.

3. THE CHINESE APPROACH TO INTERNATIONAL DISPUTE RESOLUTION

China has never been totally committed to international dispute resolution mechanisms, especially when it comes to international adjudication. Indeed, it has been observed that the Chinese approach to international dispute resolution is conducted on a pragmatic “case-by-case” basis²¹. However, it is also true that China has been particularly reluctant to international adjudication where the maintenance of its sovereignty was a crucial issue. On the contrary, the Chinese attitude towards international means of dispute settlement changes when it comes to international trade and investment. Indeed, China fully subscribes to the jurisdictional authority of the WTO’s Dispute Settlement Body, and its compliance record with the WTO’s decisions has been defined “respectable”²². With reference to investment law, China now welcomes the possibility to refer disputes to international means of dispute settlement such as the ISDS system in investor-State treaties, and recently also in State-to-State treaties²³.

The Chinese approach to international dispute resolution has evolved overtime to adjust to the new needs of Chinese traders and investors. During the first generation of China’s investment agreements (from 1982 to the early 1990s) the dispute settlement clauses were not frequently provided, and where an inter-state dispute settlement clause was in place, the jurisdiction of the arbitral tribunal was generally limited to issues of expropriation²⁴. This preclusive attitude towards international arbitration and other neutral *fora* arose from the fact that, in the first generation of agreements, China used to be the recipient of foreign direct investments²⁵. Therefore, as the number of Chinese investments abroad was relatively small, China preferred to maintain its own authority over foreign initiatives.

With the second generation of agreements, (the period that goes from the early 1990s to the beginning of the twenty-first century) Chinese policy turned into “Going Abroad”. Both China’s counterparties and the dispute resolution mechanisms available to investors under these agreements expanded commensurately, increasingly providing the access to international arbitration under the auspices of ISDS, albeit with conditions²⁶. For the Chinese investors, “Going Abroad” meant to assume greater risks, especially when investing in countries where the judiciary and its neutrality was more in doubt. Considering this, the appearance of more investor-friendly resolution clauses is

²¹ See J. WANG, *op.cit.* See also H. MOYNIHAN, *China’s Evolving Approach to International Dispute Settlement*, International Law Programme of the Chatham House, 2017, available at <https://www.chathamhouse.org/sites/default/files/publications/research/2017-03-29-chinas-evolving-approach-international-dispute-settlement-moynihan-final.pdf> (accessed on November 30, 2022).

²² See J. BACCHUS, S. LESTER, H. ZHU, *Disciplining China’s Trade Practices at the WTO: How WTO Complaints Can Help Make China More Market-Oriented*, Cato Institute, 2018, Policy Analysis No.865, pp 6-7.

²³ See e.g., The Free Trade Agreement between the People’s Republic of China and the Swiss Confederation (China-Switzerland FTA) signed on July 6, 2013.

²⁴ This does not mean that there were no Treaties at all providing for dispute settlement in international *fora* such as the ISDS. See e.g., Art. 13(6) of the Agreement Between the Government of the Democratic Socialist Republic of Sri Lanka and the Government of the People’s Republic of China on the Reciprocal Promotion and Protection of Investments, China-Sri Lanka, signed on March 13, 1986. See also, Z. MOLLENGARDEN, “One-Stop” Dispute Resolution on the Belt and Road: Toward an International Commercial Court with Chinese Characteristics, in *Pacific Basin Law Journal*, XXXVI, 1, 2019.

²⁵ ID, *op.cit.*

²⁶ China signed the ICSID Convention on February 9, 1990. The treaty entered into force in February 1993.

perfectly understandable²⁷. Nevertheless, China continues to have a protective attitude towards its Chinese parties. As a matter of fact, the recourse to the China International Economic and Trade Arbitration Commission (CIETAC), which is the oldest and largest arbitral dispute resolution body in China and to which the Chinese government pays special attention, is generally favored over other arbitration bodies as it allows for a greater protection of Chinese investments abroad²⁸.

It is with the third generation of investment agreements that China starts to adopt policies in line with the international standards, bringing us to the present situation. Especially within the BRI, it is China's long-term interest to encourage its own investors to refer claims to the ISDS system under bilateral investments treaties, especially because places where it may look to be safe to invest at present, may turn out to be at risk in the long run²⁹. This calls for the need to refer the present disputes to reliable and consistent means of international dispute settlement.

4. THE CHINESE APPROACH TO DISPUTE RESOLUTION UNDER THE BRI

The Chinese approach to dispute resolution under the BRI is rather peculiar. It has changed over time, and still may change in the future. For this reason, before entering the detailed description of the current situation, it is necessary to get a glimpse on the evolution of the Chinese approach to dispute resolution from the inception of the Belt and Road project to the present situation, which sees the establishment of new commercial courts that may act, at the same time, as an arbitral court, a tribunal or even as a mediation institution. The procedure adopted by these courts has been defined specifically as "Arb-med". The meaning of such a definition, its implications and advantages will be analyzed just below, along with the concerns that have arisen or may arise with respect to impartiality and due process.

At the very launching of the project, the Chinese government and its designers did not focus much on the "disputes" side. As a matter of fact, from the Chinese perspective, the BRI was and had to be considered as a cooperation project, led by the principle of "gongshangongjian, gongxiang" (extensive consultation, joint contribution, and shared benefits)³⁰. In this spirit, "[all BRI countries] should have settled disputes through dialogue, resolved differences through discussion, enhanced cooperation and mutual trust, and reduced mutual misgiving"³¹.

²⁷ Z. MOLLENGARDEN, *op.cit.*

²⁸ Indeed, commentators have raised concerns about CIETAC's independence and impartiality, pointing out issues of party autonomy and due process as well. Such issues find a first and essential explanation on the fact that CIETAC Arbitration Rules are modelled upon the People's Republic of China Arbitration Rules, which suffer from some limitations and respond to national interests. It should be stressed out here that mainland CIETAC and its sub-commissions observe different rules compared to Hong Kong CIETAC, which rules are modelled upon the UNCITRAL Model Law, thus being more in line with international standards. For more on the topic see R. THIRGOOD, *A Critique of Foreign Arbitration in China*, in *Journal of International Arbitration*, XVII, 3, 2000, pp. 89-101. On the Chinese investments' protection see H. CHEN, *China's Innovative ISDS Mechanisms and Their Implications*, in *AJIL Unbound*, CXII, 2018, pp. 207-211.

²⁹ See J. CHAISSE, J. KIRKWOOD, *Chinese Puzzle: Anatomy of the (Invisible) Belt and Road Investment Treaty*, in *J. Intl. Economic L.*, XXIII, 1, 2020, pp. 245-269.

³⁰ See 'Working Together to Deliver a Brighter Future for Belt and Road Cooperation', speech by Xi Jinping at the Opening Ceremony of the second Belt and Road forum for International Cooperation.

³¹ BRI Progress, Contributions and Prospects 2019, available at https://govt.chinadaily.com.cn/s/201904/23/WS5cbe871b498e079e6801ec1b/the-bri-progress-contributions-and-prospects_2.html (accessed

In 2018 the situation changed. The Government understood that dispute settlement might form a critical part in the BRI's projects and transactions, and therefore it officially began to coordinate efforts to establish the means of dispute settlement for the BRI, without abandoning, at the same time, the principle of “gongshanggongjian, gongxiang”, which was to inspire in any case the relationships between the BRI states.

It is worth mentioning that already in June 2015, the Supreme People's Court of China (hereinafter “SPC”) promulgated 16 articles on “Judicial Opinions”, which outlined the measures to be taken by the judiciary in support of the BRI³². Following the general trend of favoring a solution based on a combination of mediation and arbitration, the SPC instructed the courts below it to “give support to the resolution of disputes by the Chinese and foreign parties through mediation, arbitration, and other non-litigation forms” and to “promote the improvement of the joint working mechanisms for commercial mediation, arbitration mediation, people's mediation, administrative mediation, industrial mediation, and judicial mediation”. However, rather than being practical measures, the 16 points were more in the form of declarations, presumably issued by the SPC to demonstrate that the judiciary was in line with the policies adopted by the Chinese government³³. Nevertheless, the 2015 Judicial Opinions had a positive impact on the Chinese traditional approach to reciprocity in the recognition and enforcement of foreign judgements³⁴. Indeed, they encouraged Chinese courts to adopt the principle of “presumptive reciprocity”³⁵, which is understood as the recognition of reciprocity with another country if that country has not yet refused to recognize and to enforce a judgment issued by a Chinese court. This was a favorable sign indicating that Chinese courts were willing to adopt a more liberal approach to the recognition and enforcement of foreign judgements, insofar as the BRI was concerned.

As already mentioned, the official coordination began in 2018, when the Central Commission on Comprehensively Deepening Reform, chaired by President Xi Jinping, adopted a decision to establish dispute resolution mechanisms for the BRI³⁶. The decision sets out several guiding principles for building China's own dispute settlement bodies for the BRI:

a. The principle of “extensive consultation, joint efforts, shared benefits” (gongshanggongjiangongxiang) which has always been a cardinal principle for the whole Ini-

on November 30, 2022).

³² 关于人民法院为“一带一路”建设提供司法服务和保障的若干意见 [Several Opinions on the Provision of Judicial Services and Safeguard for Building the Belt and Road by the People's Courts] Supreme People's Court, 2015, available at <http://gongbao.court.gov.cn/Details/b10a1d30141bc4a4c7886b00d759c3.html>. (Accessed on November 30, 2022)

³³ J. WANG, *op.cit.*

³⁴ See *infra* par. 2.

³⁵ Art. 6 of the 2015 BRI Opinions declares that the judiciary will take up two measures to realize mutual recognition and enforcement of judgements. First, the judiciary will work with other authorities in China to sign bilateral or multilateral treaties on judicial assistance to promote mutual recognition and enforcement between countries in the BRI area. Second, courts in China are encouraged to actively initiate the ‘formation of reciprocity relationships’ with other BRI countries by ‘rendering judicial assistance to parties from other BRI countries first’.

³⁶ 中共中央办公厅,国务院办公厅印发‘关于建立“一带一路”国际商事争端解决机制和机构的意见’ [The General Office of the Communist Party Central Committee and the General Office of the State Council Issued the ‘Opinions Concerning the Establishment of International Dispute Settlement Mechanism and Institutions for the Belt and Road’] (Chinese Communist Party and the State Council, 27 June 2018)

tiative and that now entails openness and inclusiveness by involving experts specialized in international law as well as domestic laws of their respective jurisdictions, accounting for the differences among legal cultures and traditions within the BRI countries (in short, BRI dispute settlement attempted in this way, to be an international *forum*)³⁷.

b. The principle of fairness, efficiency, and convenience, which establishes the BRI dispute settlement mechanisms and institutions to be based on the good experiences of the existing international dispute settlement mechanisms and the wide acceptance by the international society³⁸.

c. The principle of party autonomy, a fundamental principle, which allows the parties to choose the methods of dispute settlement and the applicable laws (either their domestic laws or foreign laws familiar to them) and encourages the application of international treaties and customs.

d. The principle of diversity in dispute resolution which develops and improves upon a wide range of methods including litigation, arbitration, and mediation, and encourages the integration of these methods³⁹.

The following paragraph will show how these principles have been implemented by the Supreme People's Court in the design of the new International Commercial Courts for the resolution of the disputes under the BRI.

5. AN INTERNATIONAL COMMERCIAL COURT WITH CHINESE CHARACTERISTICS

Following the Chinese Communist Party decision, in June 2018, the SPC issued the “Provisions on Several Issues regarding the Establishment of International Commercial Courts”⁴⁰ (hereinafter “Provisions”), setting up the rules and the procedures upon which to establish the China International Commercial Courts (hereinafter “CICC”)⁴¹. Under these rules, the CICC is the result of two courts: one seated in Xi'an addressing commercial disputes from projects on the Silk Road Economic Belt, and one seated in Shenzhen addressing disputes from the 21st Century Maritime Silk Road. Courts' judges are selected from senior judges familiar with international laws and norms, and proficient in English and Chinese⁴². The CICC will be composed exclusively of Chinese judges, and parties may only be represented by Chinese qualified attorneys. The CICC judgements are final and subject to no appeal. However, the losing party may apply to the SPC headquarters for a retrial of the case.

The Provisions also laid down a new International Commercial Expert Committee consisting of international commercial law experts selected not only from China but also from abroad⁴³, whose aim is to support the CICC in the interpretation of foreign

³⁷ J. WANG, *op.cit.*

³⁸ *Id.*, *op. cit.*

³⁹ *Id.*, *op. cit.*

⁴⁰ 最高人民法院关于设立国际商事法庭若干问题的规定 [Provisions of the Supreme People's Court on Several Issues Regarding the Establishment of the International Commercial Court] Supreme People's Court, Fa Shi [2018] 11, 27 June 2018, available at <http://cicc.court.gov.cn/html/1/219/208/210/817.html> (accessed on November 30, 2022).

⁴¹ The press has labelled the new court as the “Belt and Road Court” (BRC), which expression is also rather used in the literature to make reference to the CICC.

⁴² Art. 4 of the Provisions.

laws, and whose members will serve as mediators in international commercial disputes⁴⁴. The role of the Committee is therefore purely advisory, as the decision remains in the hands of the Courts' judges.

For what concerns the type of disputes that are eligible to be resolved through the new International Commercial Courts, Art. 2 of the Provisions states that the CICC have jurisdiction over:

- 1 international commercial cases with the subject matter worth more than RMB 300 million, where the parties have agreed in writing to choose the International Commercial Court for adjudication in accordance with Art. 34 of the Chinese Civil Procedure Law (2017)⁴⁵;
- 2 first instance international commercial cases which are subject to the jurisdiction of the higher people's courts, who nonetheless consider that the cases should be tried by the Supreme People's Court for which permission has been obtained;
- 3 first instance international commercial cases of "nationwide significant impact";
- 4 applications for arbitration preservation measures under Art. 14 of the Provisions and applications to revoke or enforce an award from an international commercial arbitration;
- 5 any other international commercial case the SPC deems the CICC should have jurisdiction over⁴⁶.

It is worth specifying that, according to Art. 3 of the Provisions, "international commercial cases" are defined as such if: a. at least one party has a non-Chinese nationality, has no nationality, is a foreign enterprise or organization; b. at least one party habitually resides outside of the People's Republic of China; c. the subject matter is outside of the People's Republic of China; or d. the legal fact of creation, amendment or extinguishment of the commercial relationship occurred outside the People's Republic of China. Therefore, if a case fails what has been called the "three-element-test"⁴⁷ in defining a "foreign element" (that is the connection with a foreign jurisdiction of either parties, subject matter, or factual circumstances) the Court will not have jurisdiction over the case⁴⁸.

Considering the aforementioned provisions, it is already possible to draw some crucial considerations. Firstly, the jurisdiction of the CICC does not cover all the types of

⁴³ Understandably, responding to the Government guidance about giving the new court an "international" dimension.

⁴⁴ Art. 12 of the Provisions.

⁴⁵ Art. 34 of the Chinese Civil Procedure Law, as revised in 2017 provides that: "The parties to a contractual dispute or any other property dispute may agree in writing to be subject to the jurisdiction of the people's court at the place having connection with the dispute, such as where the defendant is domiciled, where the contract is performed, where the contract is signed, where the plaintiff is domiciled or where the subject matter is located, etc., provided that such agreement does not violate the provisions of the Law regarding court-level jurisdictions and exclusive jurisdictions".

⁴⁶ Art. 2 of the Provisions.

⁴⁷ See J. CHAISSE, X. QIAN, *Conservative Innovation: The ambiguities of the China International Commercial Court*, in *AJIL Unbound*, CXV, 2021, pp. 17–21.

⁴⁸ Following two judicial interpretation documents issued by the SPC in 2012 and 2015 (SPC Interpretation No 24 of 2012 and SPC Interpretation No. 5 of 2015) the meaning of "foreign" has been expanded to those civil or commercial relationships that have a substantial connection with a foreign jurisdiction, even if they do not technically satisfy the three-element test. See Z. GUO, M. YIP, *Comparing the International Commercial Courts of China with the Singapore International Commercial Court*, in *INT'L & COMP. L.Q.*, LXVIII, 4, 2019, pp. 903 - 942. See also, J. WANG, *op.cit.*

disputes that may arise under the BRI project⁴⁹. In fact, it is limited to commercial cases and does not extend to investor-state disputes or inter-state trade disputes. This is probably due to an interpretation of the reservation declaration issued by China when accessing the New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (also known as the “New York Convention”) in 1986. Indeed, in the “Notice of the Supreme People’s Court on Implementing the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards Acceded to by China”, the Supreme People’s Court states at point 2 that: “In accordance with the commercial reservation declaration made by China upon its accession to this Convention, China will apply the Convention only to differences arising out of legal relationships, whether contractual or not, which are considered commercial under the national law of the People’s Republic of China [...] *except disputes between foreign investors and the host government*” (emphasis added)⁵⁰. Therefore, in the current scenario, the parties to an investor-state dispute will likely address the disputes to other international *fora*, such as the International Centre for Settlement of Investment Disputes.

Secondly, all those disputes that are not directly connected with China cannot be heard by the CICC⁵¹; the same occurs for all the international commercial disputes whose subject matter is below the threshold traced by Art. 2 of RMB 300 million. As a matter of practice, it is not easy to establish jurisdiction on this ground, considering that there is not always a clear correlation between the total value of a contract and the amount in dispute⁵². One cannot predict the “size” of the dispute when drafting a dispute resolution clause. For these reasons, it has been noted that such an approach leaves limited room for consensual jurisdiction and poses several difficulties for lawyers willing to select the CICC as dispute resolution *forum*. As pointed out by Huanzhi, a “safe” way to select the CICC would be to adopt a “non-exclusive” choice of court clause stipulating that disputes over 300 million RMB will be submitted to the CICC, and other disputes would be submitted to an arbitral tribunal or other Chinese courts⁵³. However, because of the practical challenges this option continues to create, parties may decide not to use the CICC at all.

With the restriction on consensual jurisdiction, the CICC might only facilitate the resolution of cases which are already under the Chinese jurisdiction. In this way, jurisdiction would essentially be allocated “internally”, within the Chinese court system itself⁵⁴.

⁴⁹ See *infra*, par. 2.

⁵⁰ See Notice of the Supreme People’s Court on Implementing the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards Accessed by China [Effective], Point II.

最高人民法院关于执行我国加入的《承认及执行外国仲裁裁决公约》的通知 [现行有效]

⁵¹ Here Art. 34 mentioned in the Provision comes into play. Art. 34 enumerates several locations which parties can choose via a written jurisdictional agreement to enable the court of such locations to exercise jurisdiction over their disputes. It specifically provides that, for a consensual venue to be valid, such venue must have actual connection with the dispute. Thus, for the CICC would be difficult to satisfy the demands of parties seeking a neutral *forum* for BRI-related disputes.

⁵² J. WANG, *op.cit.*

⁵³ See H. LI, *China’s International Commercial Court: A Strong Competitor to Arbitration?*, in *Kluwer Arbitration Blog*, 2018, available at <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/09/30/chinas-international-commercial-court-a-strong-competitor-to-arbitration/> (accessed on November 30, 2022).

⁵⁴ ID, *op.cit.*

Furthermore, the establishment of the CICC does not deal with the issue of enforcement of judgements in foreign jurisdictions, which, especially in the framework of the BRI, is a key consideration. Indeed China, which is the major actor within the BRI, recognizes court judgments made by the courts of only a few countries, on the principle of reciprocity. Certainly, this might be a serious problem for the parties, notably when there are no reciprocal agreements between China and the other BRI country⁵⁵. In contrast, nearly all the countries on the BRI, including China, have adhered to the New York Convention, except for Yemen and Timor-Leste⁵⁶. Obtaining an award from an arbitral tribunal in a Convention state would thus minimize the risk that local law may hinder the enforcement procedure, as the grounds for refusing the enforcement of an award under the New York Convention are very limited⁵⁷. In light of what just said, for resolving disputes involving commercial disputes along the BRI, parties will likely include a carefully drafted arbitration clause in the contract, providing for a place of arbitration in a jurisdiction which is party to the New York Convention or, in case the parties opt for litigation, designate a court in a jurisdiction with at least a reciprocal enforcement arrangement of court judgements with China.

Presumably, the most innovative feature of the CICC, which gives it a very Chinese shape, is contained in Art. 11 of the Provisions, which allows for a multiple dispute resolution mechanism where “mediation, arbitration, and litigation are efficiently linked”⁵⁸. By these means, the CICC will act as a “One-Stop” international commercial dispute resolution mechanism.

Pursuant to Art. 11, international commercial disputes submitted to the CICC may be mediated and arbitrated through a single and combined set of procedures, which is generally defined as “Arb-med”⁵⁹. In practical terms, this means that when the parties de-

⁵⁵ A development that is likely to reassure parties in the future is the 2019 Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil or Commercial Matters (also known as the “2019 Hague Convention”), which was adopted by the delegates of the 22nd Diplomatic Session of the Hague Conference on Private International Law (HCCH) on July 2, 2019, and which has been signed by China as well. However, it will take time for China and the other signatory states to join and implement the Convention officially.

⁵⁶ The list of countries adhering to the New York Convention is accessible at <https://www.newyorkconvention.org/countries> (accessed on November 30, 2022).

⁵⁷ See Art. V of the New York Convention 1958.

⁵⁸ According to Art. 11 of the Provisions, “The CICC will act as a dispute resolution platform through which “mediation, arbitration, and litigation are efficiently linked”.

⁵⁹ In legal scholarship, these terms refer to the order in which the arbitration and mediation stages take place. Therefore, “Med-arb” and “Arb-med” are not to be used interchangeably. In “Med-arb,” the parties attempt to mediate from the outset of their dispute, and then enter arbitration proceedings for unsuccessful mediation or to address unresolved issues or matters. By contrast, in “Arb-med” and “Arb-med-arb”, the combined procedure begins as an arbitration and in the course of such arbitration, the parties decide to have the arbitrator settle the subject matter through mediation based on the applicable arbitration rules or *lex arbitri*. Here, the mediation stage starts, and the arbitrator attempts to settle the dispute as a mediator. The second arbitration stage arises afterwards for two reasons: 1. Mediation is successfully ended, and a full settlement has been reached. Therefore, the arbitration resumes to translate the successful agreement into a “consent award”. The point of giving the settlement in the form of an award, is to benefit from the provisions on the recognition and enforcement of foreign awards under the New York Convention, which allows for the easy circulation of the awards. 2. Mediation was only partially successful and consequently, arbitration is resumed to settle the remaining matters. In both cases, the arbitrator ceases to act in his capacity as a mediator and resumes the role of arbitrator for the last stage. For more on the subject see L. NOTTAGE, R. GARNETT, *The Top 20 Things to Change in or around Australia’s International Arbitration Act*, in *International Arbitration Australia*, Sydney Law School Research Paper No. 09/19; U. of Melbourne Legal Studies Research Paper No. 405, 2013; T.H. CHENG, A. KOHTIO, *Some Limits To Apply Chinese Med-Arb Internationally*, in *N.Y. Disp. Res.*, II, 1, 2009; B. WOLSKI, *Arb-med-arb (and MSAs). A Whole Which Is Less than, Not Greater than, the*

cide to submit their case to the CICC, at the commencement of the proceedings, they will be asked whether they wish to arbitrate, mediate, or litigate the dispute. If the parties agree to arbitrate, they may, at any time, decide to stop with arbitration and attempt to resolve their dispute through mediation, and reverse, in case they start with mediation.

This kind of hybridization may look an ambitious experiment on behalf of the Chinese Supreme Court. However, in China, “Arb-med” procedures are widely used for the resolution of commercial disputes, as they better respond to the Confucian imperative to promote social harmony through means of dispute settlement that are less adversarial and more amicable⁶⁰. In this context, the use of mediation is even more encouraged than arbitration or litigation⁶¹.

Under the BRI, the “Arb-med” procedures are not conducted in the exact same manner as in Chinese courts. Indeed, the Chinese Supreme Court had to adjust this mechanism to serve the cross-border users within the BRI initiative. That is because in the traditional Chinese “Arb-med”, when the combined procedure begins as an arbitration (“Arb”), but in the course of such arbitration, the parties decide to settle the subject matter through mediation, on the basis of the applicable arbitration rules or *lex arbitri*, the mediation stage starts (“med”), and the same arbitrator “switches hats” and tries to resolve the dispute as a mediator.

Concerns arise as whether the arbitrator, who acts also as a mediator, can remain impartial throughout the different proceedings, given the very different attitudes and approaches required for each dispute resolution method⁶².

Due process concerns are related to the very human difficulty of partitioning information obtained in the two stages to ensure impartiality. This is especially the case when the adjudicator resumes the role of arbitrator after the mediation stage, as the confidential information obtained during mediation might, knowingly or not, be used in the subsequent arbitration stage. The issue is that such information would not normally be

Sum of Its Parts, in *Contemp. Asia Arb. J.*, VI, 2, 2013, pp. 249-274; J. ROSOFF, *Hybrid Efficiency in Arbitration: Waiving Potential Conflicts for Dual Role Arbitrators in Med-Arb and Arb-Med Proceedings*, in *J. Int'l arb.*, XXVI, 1, 2009, pp. 89-100; W. GU, *Hybrid Dispute Resolution Beyond the Belt and Road: Toward a New Design of Chinese ArbMed(-Arb) and Its Global Implications*, in *Wash. L. Rev.*, XXIX, 1, 2019, pp. 117-172.

⁶⁰ Confucianism favors less contentious means for resolving disputes with an emphasis on mediation, and views more contentious means such as litigation and arbitration to be less conducive to the maintenance of social harmony as predefined and constructed by the relationship between the individual and the community. On the topic see W. GU, *Arbitration in China: The regulation of Arbitration agreements and Practical Issues*, Hong Kong, 2012.

⁶¹ ID, *op.cit.* It is also true that promoting mediation as a preferable method of dispute settlement also serves the needs of the Party-state to reduce public conflicts -which may hinder its legitimacy- and promote a better governability of the civil society. Therefore, it may be possible to conclude that mediation in the Chinese context is designed to meet at the same time the Confucian culture and State governance objectives of dispute resolution.

⁶² Indeed, one of the principal criticisms of “Arb-med” regards the conflict of interests between the roles of arbitrator and mediator embodied by the same person. The arbitrator’s role is to decide on the merits of the dispute by interpreting and applying the relevant laws to the case, and issuing, at the end, an award which is legally binding on the parties, just what a judge would do in court. For this purpose, the arbitrator must adopt a “judicial temperament”, being completely impartial and to have general legal competence. On the other hand, the mediator is more interested in making the parties reach an agreement on their own, which agreement is not necessarily the result of the strict application of a law. A good mediator then, should have a sensitive attitude to understand the needs of the parties and to mediate their opposing conditions. In doing this, he will get more involved in the inter party relationship, having a more personal approach. Furthermore, since mediation may involve discussions into personal and emotional issues between the respective parties and the mediator, this latter one may become more sympathetic towards a particular party. See ID, *op.cit.*

communicated to the arbitrator when arbitration is conducted separately. Unlike arbitration, mediation allows *ex parte* communication. In this latter case, information given by a party to the adjudicator is not known to the other party, who has no opportunity to defend against such confidential information⁶³. In addition, arbitration rules in China do not contain any provision specifying the possible use of information collected during the mediation stage. At most, the rules provide for some safeguards that prohibit parties from relying on any statements expressed during the mediation stage by the other party or the tribunal to support their case⁶⁴.

In order to mitigate the aforementioned issues, which may hinder the use of the CICC by foreign parties who are not familiar with the “Arb-med” proceedings, the new single platform does not provide for mediation and arbitration to be conducted by the same person or institution, as in the traditional Chinese-styled “Arb-med”. Rather, following Art. 11 of the Provisions⁶⁵, the CICC will integrate arbitration and mediation using separate institutions. The five arbitration institutions designated by the CICC are all leading Chinese arbitral institutions: China International Economic and Trade Arbitration Commission, Shenzhen Court of International Arbitration, Beijing Arbitration Commission, Shanghai International Arbitration Centre, and China Maritime Arbitration Centre⁶⁶. The same occurs for the mediation institutions identified by the Court, namely the China Council for the Promotion of International Trade, and the Shanghai Commercial Mediation Center. Certainly, the overall innovation shows an attempt on behalf of the CICC to appear more “international”, capable of responding to the needs and expectations of international parties who may be very skeptical towards a procedure where due process could be at stake. Nonetheless, the choice of selecting exclusively Chinese mediation and arbitration institutions may still cause neutrality concerns for non-Chinese parties.

A further motive that concurred to the restyling of the Chinese “Arb-med”, other than the necessity to attract foreign parties, is the pressure of the new Chinese Courts to compete with two of the most popular seats of arbitration in the world: Hong Kong and Singapore⁶⁷.

Both arbitral seats use the combination of “Arb-med” procedures, but they also provide procedural safeguards through regulations addressing exclusively procedural irregularities.

⁶³ Still because mediation is not an adjudicative method of dispute resolution, and it is very much influenced and shaped by the local culture. See ID, *op.cit.*

⁶⁴ See, e.g., the 2015 Beijing Arbitration Centre’s Rules, Art. 42.

⁶⁵ See *infrapar.* 5.

⁶⁶ These institutions are considered as the most experienced, capable, and credible Chinese arbitration institutions handling cross-border arbitration cases. Likewise, the CICC has designated two of the most competent institutional mediation providers in China to work with its “one-stop” hybrid dispute resolution platform. If all the Chinese legislative requirements on mediation are satisfied, mediation settlement agreements reached at the two designated Chinese mediation centers can be converted into CICC judicial settlement agreements, or even judgments issued by the CICC. See the “*Notice of the Supreme People’s Court on Inclusion of the First Group of International Commercial Arbitration and Mediation Institutions in the “One-Stop” Diversified International Commercial Dispute Resolution Mechanism*”, 2018, available at <https://cicc.court.gov.cn/html/1/219/208/210/1144.html> (accessed on November 30, 2022).

⁶⁷ Singapore’s AMA Protocol has particularly influenced the CICC’s recent “One-Stop” Multi-tier Dispute Resolution Platform. Indeed, Under the AMA Protocol, arbitration and mediation are conducted independently by two institutions, the Singapore International Arbitration Centre and the Singapore International Mediation Centre, each one appointing respectively its arbitrators and mediators. The institutional partitioning provides parties a chance of amicable settlement without the risk of being subject to the same person assuming the conflicting roles of mediator and arbitrator.

Hong Kong, in particular, is a very attractive seat for several reasons, including its proximity to many countries along the Belt and Road, its internationally recognized independence⁶⁸, neutrality, and its use of international best practices. On its part, the CICC seems to enjoy almost none of the above mentioned qualities (apart from the geographic advantage). Moreover, both the Hong Kong International Arbitration Centre (hereinafter “HKIAC”) as well as the Singapore International Arbitration Centre, have specific BRI-related arbitration clauses that the parties may readily incorporate to their contract, and administered arbitration rules to deal specifically with BRI disputes. On the contrary, the CICC does not provide for any standard arbitration clause to be used by international parties, making the choice of the Chinese court more difficult, over and above its jurisdiction limitations. In addition, HKIAC has an extensive experience in dealing with arbitrations involving parties and countries along the BRI⁶⁹.

Considering what has been just described, if the CICC want to be successful and have a leading role in dispute resolution under BRI, it will be necessary to do far more than adjusting the “Arb-med” proceedings. “Arb-med” should be regulated in a way that truly reconciles local practices with international expectations under the BRI dispute resolution context, providing not only for the separation of the institutions that administer arbitration or the mediation (which is already in place) but also for the separation of arbitration and mediation procedures (presently procedural sets are combined) clearly specifying the possible use of information collected during the two phases⁷⁰, and use best practices in the same way other International Commercial Courts (such as the Singapore International Commercial Court) have already done. This latter point turns out to be particularly important considering that Chinese-styled “Arb-med” awards may not be recognized nor enforced elsewhere due to the Chinese’s failure to comply with internationally recognized due process standards, like those set out in the New York Convention⁷¹.

6. CONCLUSIONS

The Chinese approach to dispute resolution in the BRI context, as well as to the resolution of international disputes in general, has changed and has adapted overtime. Within the BRI, dispute resolution has been initially overlooked, and it was not until the Chinese International Commercial Courts were established that it received due attention. The Chinese behavior in this sense may be better understood by taking into account the Chinese general ambivalent approach to the rule of law: China will use the law as well as legalized means of dispute resolution when it believes that doing so will protect its interests and help it gaining legitimacy in the international community⁷².

⁶⁸ According to the World Bank, in 2016, Hong Kong achieved a score points of 6.32 out of 7 on Judiciary Independence, where 1 is not independent and 7 is very independent. See *The World Bank Annual Report*, Washington, DC, 2016.

⁶⁹ Since the introduction of the 2013 HKIAC Administered Arbitration Rules, the HKIAC has handled 362 cases involving a party from a BRI jurisdiction, and one third of the cases handled by the HKIAC in 2017 involved a Mainland Chinese party and a party from a BRI jurisdiction. These data are provided by the HKIAC official website and are available at <https://www.hkiac.org/Belt-and-Road/why-hkiac-belt-and-road-disputes> (accessed on November 30, 2022).

⁷⁰ See W. GU, *op.cit.*

⁷¹ ID, *op.cit.* See also Art. V of the New York Convention.

⁷² See J. WANG, *op.cit.*

The establishment of the CICC can certainly be viewed as an interesting project in which the Courts' designers attempted to reconcile Chinese traditional approaches to dispute resolution with international standards and expectations. However, if the Courts are to be truly effective and take the lead in resolving BRI-related disputes, further actions will be necessary, especially in the improvement of matters such as due process and recognition and enforcement of judgements and awards.

The CICC could learn more from the Hong Kong and Singapore experiences and make any necessary adjustment to build up a solid reputation. To accomplish the said objective, it would also be necessary to improve the neutrality and impartiality of the Chinese court system, review the national arbitration laws, provide for the separation of "Arb-med" procedures, and make the Chinese courts more supportive and less intrusive towards arbitration. All the said adjustments are essential for the Court to be chosen by the parties who are not Chinese nationals. The Court indeed, poses itself within a very competitive market, where other arbitral or mediation institutions, such as the HKIAC, have already proved their capacity to better respond to the needs and expectations of international parties, even in BRI-related cases.

All the above makes sense only assuming that the CICC aspire to be appealing to all potential participants in the BRI. However, given the jurisdiction limitations and the manner in which other Chinese courts may "internally" allocate jurisdiction, the Courts' exclusive reliance on Chinese arbitral and mediation institutions, Chinese judges and attorneys as well as the many other procedural rules with keen Chinese characteristics, the CICC look more as an extension of the Chinese Court system, rather than authentic international commercial courts, mainly put in place to safeguard Chinese parties' interests within the BRI and to be used as a means to affirm Chinese policies.

Along these lines, it is surprising that the Courts' designers did not consider including investor-State disputes into the CICC jurisdiction, as the investments will be primarily made by the Chinese parties and enterprises in other BRI countries. Left alone the reservation declaration mentioned above, this may be due to the fact that such a choice would have raised consensus issues, as the BRI host countries may not have been willing to accept the jurisdiction of the CICC over potential investment disputes, preferring instead a more (and truly) neutral and international *forum* as the ISDS.

The analysis conducted so far has revealed conflicting aspects on the true role of the new Chinese International Commercial Courts, leaving us with a few question marks on the factual positioning of the Courts within the BRI. This is compounded by the fact that, apart from the official documents and statements, the Chinese Courts have not received enough cases to build a jurisprudence that could be used to have a more in-depth knowledge on the Courts' nature and their role within the BRI. Only time and the Courts' practice will give us answers.

Tra categorizzazione e bilanciamento: la giurisprudenza della Corte Suprema statunitense in una dicotomia dai labili confini

Vittoria Margherita Sofia TRIFILETTI*

Si è soliti affermare che la giurisprudenza della Corte Suprema statunitense trovi il suo meccanismo di aggiudicazione nella tensione di un approccio dicotomico, fondato ora sul bilanciamento degli interessi in gioco, ora sulla loro netta categorizzazione.

Questo contributo, nel ricostruire le principali caratteristiche di queste due tecniche decisionali, si interroga sugli esatti confini di entrambe e sulla correttezza di una così netta contrapposizione.

It is commonly said that US Supreme Court jurisprudence finds its mechanism of adjudication in the tension of a dichotomous approach, founded now on the balancing of the interests at stake, now on their sharp categorisation.

This contribution, in reconstructing the main features of these two decision-making techniques, questions the exact boundaries of both and the correctness of such a sharp contrast.

1. INTRODUZIONE

Ogni volta che un giudice è chiamato a decidere, è chiamato di fatto a determinare il punto di equilibrio tra più pretese contrapposte o tra più interessi divergenti; così, quel punto diventa allora il segno più evidente in cui si realizza l'idea di giustizia.

Ma come comportarsi davanti a interessi tra loro contrapposti e spesso difficilmente conciliabili? Come regolare tra loro le più diverse istanze che riflettono però tutti i diritti o interessi meritevoli di tutela?

Nascono dunque da qui i problemi che riguardano il meccanismo di aggiudicazione della controversia; vale a dire quei problemi che costringono il giudice a scegliere cosa privilegiare e cosa sacrificare, quali valori anteporre o in che misura soddisfarli.

E allora va da sé che la scelta è tutt'altro che irrilevante; e lo è, a maggior ragione, per il giudice di legittimità o per il giudice costituzionale, chiamati entrambi in vario

* Dottoranda di ricerca in "Diritto, Persona e Mercato" presso l'Università degli Studi di Torino.

modo a incarnare le più alte funzioni nomofilattiche che l'ordinamento giudiziario possa prevedere.

Come dovrà comportarsi allora il nostro giudice?

Dovrà forse inseguire a tutti i costi un punto di equilibrio capace di tenere insieme sempre e comunque tutti gli interessi in gioco o dovrà piuttosto scegliere solo alcuni interessi e, ritenendoli più importanti, sacrificare innanzi a quelli tutti gli altri? E come dovrà comportarsi allorché in gioco ci siano i diritti dei singoli e la loro negazione operata da parte dell'autorità pubblica in ragione di altri interessi?

Sono infatti sostanzialmente queste due, nella loro più estrema semplificazione, le possibilità aperte al giudice: bilanciare i diritti o categorizzarli. E la scelta di questo o di quel metodo determina allora punti di equilibrio profondamente diversi tra loro.

Ma è davvero questa dicotomia un'alternativa così netta? Bilanciamento e categorizzazione sono davvero soluzioni rigidamente separate?

Per rispondere a queste domande, nel presente articolo ci focalizzeremo sull'esperienza della Corte Suprema degli Stati Uniti, dove la questione del duplice approccio possibile – bilanciamento e categorizzazione – è stata al centro di un ricco dibattito sia da parte dei giudici stessi sia da parte della dottrina.

2. TRA BILANCIAMENTO E CATEGORIZZAZIONE

È allora opportuno iniziare questa analisi tentando di chiarire già a monte che cosa si debba intendere per bilanciamento e per categorizzazione. A tal fine, ritengo condivisibili le parole di Joseph Blocher, laddove afferma: “*balancing approaches set the individual's interest in asserting a right against the government's interest in regulating it, attach whatever weights are appropriate for the context, and determine which is weightier. In contrast, categoricalism prohibits this kind of weighing of interests in the individual case and asks only whether the case falls inside certain predetermined, outcome-determinative lines*”¹. Ne discende allora che, in base al metodo scelto, il giudice si troverà a compiere ragionamenti diversi. Dato, questo, tutt'altro che irrilevante.

Nel caso del bilanciamento, infatti, il compito del giudice sarà quello di collocare i diritti e gli interessi in gioco su una bilancia e di soppesarli l'uno con l'altro. Il risultato non è quindi già determinato in partenza, ma dipenderà invece dalla forza relativa di una moltitudine di fattori².

Diverso sarà invece il *modus operandi* del giudice nel caso in cui scelga di decidere attraverso la categorizzazione; in questo caso, infatti, la gran parte del suo lavoro avverrà all'inizio, ovvero allorché si troverà a descrivere il diritto in gioco e i termini della sua violazione. Da quell'inquadramento discenderà infatti quasi automaticamente l'esito della controversia, senza che sia più necessario alcun esplicito bilanciamento tra il diritto rivendicato e la giustificazione della sua violazione³.

Ma quale rapporto c'è davvero tra queste due modalità di operare? Debbono davvero essere considerate come due alternative rigidamente distinte o forse, in fondo, trovano tra loro più punti di contatto di quanto non appaia?

¹ J. BLOCHER, *Categoricalism and Balancing in First and Second Amendment Analysis*, 84 New York University Law Review 375, 2009, p. 381

² K. SULLIVAN, *Post - liberal judging: the roles of categorization and balancing*, 63 U. Colo. L. Rev. 293, 1992, p. 293 - 294

³ *Ibidem*, p. 293

2.1. BILANCIAMENTO: UN'UNICA IDEA MA MOLTI APPROCCI

Probabilmente un primo indizio che ci tornerà utile per rispondere alle domande sin qui avanzate è da ritrovarsi nel fatto che non è possibile identificare un solo tipo di bilanciamento. Al contrario, ne possiamo invero contare molteplici. Per esigenze di trattazione ci limiteremo qui a descrivere solo i due tipi principali.

Una prima versione dell'idea "bilanciamento" è quella che si realizzerebbe in una sostanziale bipartizione delle sue possibilità. Esisterebbero infatti un bilanciamento *ad hoc* e un bilanciamento 'decisional' – noti anche rispettivamente come 'categorical pre-balancing' e 'definitional balancing' – dove il primo si concentrerebbe solo sugli elementi del singolo caso in esame, mentre il secondo, al contrario, realizzerebbe il bilanciamento tenendo in conto anche un più generale contesto e quindi procedendo a una più ampia valutazione d'insieme⁴.

Proprio a proposito di questa ultima tipologia di bilanciamento alcuni Autori evidenziano come si dovrebbe ridiscutere questa *species* per fare in modo che essa rifletta maggiormente un approccio fondato sulla 'proportionality'⁵.

Accanto a questa bipartizione, che già da sola dimostra quanto ampia possa essere l'idea "bilanciamento", troviamo poi anche una seconda possibile tassonomia che si declinerebbe però non già in una bipartizione bensì in una tripartizione; qui troviamo infatti come l'idea "bilanciamento" possa concretarsi ora come *strict scrutiny*, ora come *rational review* oppure come *intermediate scrutiny*.

Con riguardo alla prima possibilità di questa tripartizione, non è ben chiaro quando essa sia davvero emersa nella prassi. Sebbene infatti questa terminologia compaia ufficialmente solo nel 1942, secondo numerose ricostruzioni essa affonderebbe le sue radici in un momento temporale antecedente. Diversi autori fanno infatti risalire alla celebre *Footnote Four* della sentenza *United States v. Carolene Products*⁶ i prodromi di questa modalità di aggiudicazione⁷.

Ad ogni modo, la prima pronuncia che utilizzò pienamente l'approccio che va sotto il nome di 'strict scrutiny' è stata quella del caso *Sherbert v. Verner*⁸ allorché il giudice William J. Brennan applicò il test di *compelling state interest* e decretò non solo che non c'era stato alcun abuso ma anche che se ci fosse stato 'it would plainly be incumbent upon the [State] to demonstrate that no alternative forms of regulation would combat such abuses without infringing First Amendment rights'⁹.

Possiamo quindi ricavarne che questa modalità di aggiudicazione si realizzerebbe attraverso due fasi: in un primo momento il giudice si interroga sul se gli interessi governativi di fondo o gli obiettivi che sottostanno all'emanazione della legge analizzata nel singolo caso di specie siano 'compelling' cioè inoppugnabili¹⁰. Successivamente, poi, e solo nel caso in cui questa valutazione abbia avuto esito positivo, il giudice dovrà allora

⁴ H. STONECIPHER, *First Amendment Speech and Press Theory: Preferred Position Postulate Reexamined*, *First Amendment theory paper presented at the annual convention of the Association for education in Journalism*, Law Division, Boston University, 1980, p. 8

⁵ V. JACKSON, *Constitutional Law in The Age of Proportionality*, *Yale Law Journal*, 124: 3094, 2015, p. 3167

⁶ 304 U.S. 144, 152 n. 4 (1938)

⁷ Cfr. E. WALLMEYER, *Filled Milk, Footnote Four and the First Amendment: An Analysis of the Preferred Position of Speech after the Carolene Products decision*, 13 *Fordham Intell. Prop. Media & Ent. L. J.* 2003, p. 1019, ma anche G. PETTINGA, *Rational basis with Bite: Intermediate Scrutiny by Any Other Name*, 62 *Ind. L. J.*, 1987, p. 779

⁸ 374 U.S. 398 (1963)

⁹ Così in S. SIEGEL, op. cit., p. 380

verificare che la legislazione oggetto della controversia sia ‘*narrowly tailored*’ cioè se “*the law capture within its reach no more activity (or less) than is necessary to advance those compelling ends*”¹¹.

Accanto a questa prima possibilità, nella tripartizione che stiamo analizzando, troviamo poi che l’idea di bilanciamento potrebbe intendersi anche come *intermediate scrutiny* ovvero come un meccanismo che “*requires a state interest which is greater than legitimate but less than compelling and a fit between means and end that is not necessarily narrowly tailored but has more than just an incidental connection*”¹². Anche in questo caso il bilanciamento avverrebbe quindi in due tempi: un primo momento in cui il governo deve dimostrare che il sistema di classificazione persegue un obiettivo importante per il governo¹³ e un secondo momento in cui deve anche dimostrare che la limitazione del diritto in gioco è sostanzialmente legata al raggiungimento di un importante obiettivo governativo¹⁴. Questo strumento si tradurrebbe allora in un *judicial minimalism*, “*that is uniquely suited to resolving analogical crises over time*”¹⁵.

Si tratterebbe cioè di una modalità decisionale da adottare in tutte quei casi caratterizzati da circostanze fattuali o valutazioni morali non del tutto cristallizzate, che si prestano quindi a essere decise con un giudizio fondato sui principi atto a consentire una evoluzione legale e morale nel tempo¹⁶.

Sull’opportunità o meno di utilizzare questa metodologia di aggiudicazione si pronuncia anche il giudice Thurgood Marshall nella sua opinione, in parte concorrente ed in parte dissenziente, del caso *City of Cleburne v. Cleburne Living Center*¹⁷. Bisognerebbe così effettuare *in primis* una valutazione sul principio costituzionale applicabile nel singolo caso di specie e solo laddove questo sia foriero di classificazioni potenzialmente discriminatorie, nonché di una storica e sistemica disparità di trattamento ne discenderebbe la necessità imprescindibile di una approfondita valutazione da parte del giudice¹⁸.

La terza e ultima possibilità prevista nella tripartizione che stiamo analizzando prende il nome di ‘*rational basis*’ o ‘*rationality review*’ e parte dall’assunto che la legislazione esaminata dal giudice sia costituzionale. In questo modo basterà che la scelta politica anche laddove preveda una disparità di trattamento sia sorretta dal perseguimento di un legittimo e razionale scopo legislativo¹⁹. Si tratterebbe quindi di uno strumento decisionale che consentirebbe ad una legge di essere considerata conforme al dettato costituzionale anche laddove essa apparisse *prima facie* insensata, nonché a sfavore di un *particular group* purché essa sia stata introdotta per perseguire un legittimo interesse governativo²⁰. Trattandosi, inoltre, di una presunzione di costituzionalità graverà così su chi contesta la fondatezza della previsione legislativa l’onere di dimostrare in giudizio la

¹⁰ A. WINKLER, *Fatal in Theory and Strict in Fact: An Empirical Analysis of Strict Scrutiny in the Federal Courts*, 59 Vand. L. Rev. 793, 2006, p. 800

¹¹ Ibidem, p. 800

¹² J. WEXLER, *Defending the Middle Way: Intermediate Scrutiny as Judicial Minimalism*, 66 Geo. Wash. L. Rev. 298, 1998, p. 300

¹³ G. HLAVAC, *Interpretation of the Equal Protection Clause: A Constitutional Shell Game*, 61 Geo. Wash. L. Rev. 1349, 1993, p. 1370

¹⁴ Ibidem, p. 1371

¹⁵ J. WEXLER, op. cit., p. 303

¹⁶ Ibidem, p. 303

¹⁷ 473 U.S. 432 (1985)

¹⁸ 473 U.S. 432 (1985), 470

¹⁹ 509 U.S. 312 (1996), 320

²⁰ 517 U.S. 620 (1996), 632

sua totale irrazionalità nel perseguire un legittimo interesse governativo e non basterà a questo fine il mero rilievo di alcune disuguaglianze prodotte dall'intervento del legislatore²¹.

A valle delle appena descritte possibilità di intendere il bilanciamento, sembra quindi troppo semplicistico parlare di un solo bilanciamento. La bipartizione e la tripartizione appena delineate testimoniano infatti che sotto la nozione di '*balancing*' è possibile inquadrare diverse modalità di aggiudicazione dalle caratteristiche più o meno comuni.

2.2. CATEGORIZZAZIONE: UN'IDEA MENO RIGIDA DI QUANTO SEMBRI

Posto quindi che non è possibile parlare di un solo bilanciamento, passiamo ad interrogarci sul se, invece, sia individuabile una sola tipologia di categorizzazione. Si potrebbe dire in prima approssimazione che questo modello decisionale si fonda su alternanze nette e si caratterizza per il fatto che "*when categorical formula operate, the key move in litigation is to characterize the facts to fit them into the preferred category*"²².

Una significativa difficoltà che emerge nell'applicare questa modalità di aggiudicazione sta però nell'individuazione delle regole categoriche, posto che questa attività è direttamente collegata alla capacità di esegesi testuale del giudice²³. Tanto più sarà in grado il giudice di comprendere in modo categorico il dato normativo tanto più facilmente egli potrà fondare la sua decisione applicando la categorizzazione²⁴.

Su questa linea di pensiero si pone anche la giurisprudenza più recente in tema di Secondo Emendamento²⁵. Infatti a questo proposito è stata ribadita l'importanza dell'esegesi testuale che deve compiere il giudice, nonché il fatto che in quest'occasione non è opportuno procedere con la modalità decisionale del bilanciamento posto che il Secondo Emendamento stesso è già il frutto di una attività di bilanciamento²⁶.

Si comprende così come questa modalità di aggiudicazione trovi il suo fondamento nell'importanza della base testuale ed in particolar modo affondi le sue radici nell'attività esegetica del giudice e come per converso, in assenza di ciò essa corra il forte rischio di essere avvertita come legislazione, in spregio del principio di separazione dei poteri²⁷.

È così rinvenibile una sola tipologia di categorizzazione? In realtà, a ben vedere, nemmeno la categorizzazione può essere definita in modo univoco.

È emersa infatti una tassonomia che definisce questa modalità decisionale come un'analisi di '*two – tier scrutiny*' essenzialmente riconducibile allo *strict scrutiny* ed alla *rationality review*²⁸. In questo modo viene quindi deciso in base ad un approccio categorico dal momento che il giudice decide grazie ad una categorizzazione operata all'inizio e non ponendo così in essere alcuna esplicita valutazione fondata sul bilanciamento²⁹. Così è altamente prevedibile *ex ante* se la legge in esame verrà considerata o meno compatibile coi principi costituzionali. Infatti, laddove la questione dibattuta riguardi un

²¹ 509 U.S. 312 (1996), 320

²² K. SULLIVAN, *Foreword: the Justices of Rules and Standards*, 106 Harv. L. Rev. 22, 1992, p. 59

²³ A. SCALIA, *The Rule of Law as a Law of Rules*, 56 U. Chi. L. Rev. 1175, 1989, p. 1183 - 1184

²⁴ *Ibidem*

²⁵ New York State Rifle v. Bruen, 597 U.S. ____ (2022)

²⁶ *Ibidem*, 17

²⁷ *Ibidem*, p. 1185

²⁸ K. SULLIVAN, *Governmental Interest and Unconstitutional Conditions Law: A Case Study in Categorization and Balancing*, 55 Alb. L. Rev. 605, 1992, p. 606

²⁹ *Ibidem*

principio giudicato fondamentale, verrà effettuata una valutazione fondata sullo *strict scrutiny* e quindi la legge necessariamente soccomberà ad esso, senza la necessità di un vero e proprio *compelling interest*³⁰. Laddove invece la questione venga inquadrata nella *rationality review* si assisterà necessariamente *tout court* ad una vittoria del governo, con conseguente compatibilità della legislazione in esame coi principi costituzionali³¹.

In altre parole, questo approccio dimostra che anche in relazione alla categorizzazione non è possibile parlare di una sola via per realizzarla, dal momento che anche sotto questa etichetta vengono ricomprese di fatto differenti modalità decisionali.

Inoltre, cosa ancor più significativa, questa ricostruzione è particolarmente importante perché dimostra che le stesse tassonomie relative al bilanciamento possono essere ricondotte anche alla categorizzazione, a riprova del fatto che i confini tra queste due modalità di aggiudicazione sono in realtà molto più labili di quanto a un primo sguardo non ci verrebbe da pensare.

2.3. IL CASO KONIGSBERG: UN ESEMPIO DI CATEGORIZZAZIONE E BILANCIAMENTO A CONFRONTO

Posto, dunque, che dal punto di vista tassonomico non è possibile individuare un solo bilanciamento così come neppure una sola categorizzazione, dobbiamo ora interrogarci su come questa dicotomia – categorizzazione e bilanciamento – sia stata in concreto applicata dai giudici. Il terreno di applicazione che abbiamo deciso di analizzare è quello della giurisprudenza della Corte Suprema Statunitense che, infatti, negli anni si è dimostrata l'arena principale del dibattito relativo a quale sia la migliore modalità di aggiudicazione da adottare per la risoluzione di antinomie tra principi fondamentali.

Nello specifico sembra di particolare interesse fare un focus sul caso *Konigsberg v. State Bar of California*³² siccome questa pronuncia ci mostra chiaramente come vengono applicate in concreto entrambe le modalità di aggiudicazione qui in esame. Infatti nell'opinione della maggioranza la questione è stata risolta adottando la modalità decisionale del bilanciamento, mentre l'opinione dissenziente si è fondata su un approccio categorico.

Il caso in questione riguardava il rifiuto da parte della *California Committee of Bar Examiners* di ritenere idoneo Rafael Konigsberg a praticare la professione forense dal momento che, nel corso del suo colloquio di ammissione all'ordine degli avvocati, lo stesso si era rifiutato di rispondere ad alcune domande inerenti alla sua adesione al partito comunista.

Il ricorrente riteneva che queste domande eccedessero l'autorità della commissione e configurassero una violazione del I emendamento, ma la maggioranza della Corte Suprema valutò tale comportamento conforme alle previsioni costituzionali.

Veniva così in gioco un significativo contrasto tra principi fondamentali nell'ordinamento giuridico statunitense. Da un lato vi erano esigenze di sicurezza pubblica ed in particolare un interesse statale ad avere degli avvocati effettivamente devoti alla legge e all'ordinamento nazionale, dall'altro vi erano le libertà tutelate dal I emendamento ed in particolare la libertà di associazione e di espressione. Come, dunque, risolvere una antinomia di questo tipo? Bilanciando i vari principi in gioco oppure adottando un approccio categorico e quindi giudicandone uno sempre e comunque *tout court* prevalente?

³⁰ *Ibidem*

³¹ *Ibidem*

³² 366 U.S. 36 (1961)

La Corte, come emerge nell'opinione della maggioranza, ha scelto di procedere nel primo modo qui prospettato e quindi aderendo ad una impostazione legata al bilanciamento.

Infatti la Corte Suprema ha messo su una ipotetica bilancia i diritti qui in gioco e ha così ritenuto che dovesse ritenersi prevalente l'interesse statale di avere avvocati devoti alla legge rispetto a quello legato alla libertà di associazione³³. Così la compromissione di tale libertà originata dall'obbligo di rivelare alla commissione l'adesione o meno al partito comunista è stata giudicata legittima proprio perché giustificata da un preminente interesse statale.

Un ragionamento di questo tipo è senz'altro inquadrabile nella nozione di bilanciamento, ma vi è di più. Infatti lo si potrebbe considerare espressione del bilanciamento *ad hoc* dal momento che sembrerebbe occuparsi unicamente della vicenda relativa a Rafael Konigsberg, tralasciando completamente le ripercussioni che questa decisione avrà inevitabilmente per la categoria degli avvocati e degli aspiranti avvocati³⁴.

Era davvero però questa l'unica modalità decisionale ipotizzabile per risolvere questa controversia? Non era, invece, immaginabile deciderla grazie al ragionamento di matrice categorica per mezzo del quale individuato un principio giudicato incompressibile esso dovrà sempre prevalere? È proprio questo il ragionamento seguito nell'opinione dissenziente del giudice Hugo Black, il quale richiama, pur senza citarla espressamente, la dottrina della *preferred position*.

Secondo questa diversa impostazione nel valutare se la limitazione operata dalla commissione esaminatrice dello *State Bar of California* alle libertà fondamentali garantite dal I emendamento fosse o meno legittima bisogna *in primis* ricordare il ruolo che i Padri Costituenti hanno attribuito a dette libertà. Infatti la *ratio* che ha sorretto la creazione del I Emendamento, così come più in generale di tutto il *Bill of Rights*, sarebbe da rinvenire nella volontà da parte dei *Framers* di garantire in modo più ampio possibile determinate libertà impedendo così che le stesse potessero essere controllate dal governo ed in particolare che fossero limitate dall'esercizio del potere governativo³⁵. In base a questa impostazione verrebbe così valorizzata una lettura della costituzione statunitense ancorata alla volontà dei suoi redattori ed in particolare sarebbe in questo modo preservata la loro scelta originaria di attribuire senza alcune limitazioni dei diritti e delle libertà a favore del popolo³⁶.

Viene in questo modo del tutto contestata la decisione della maggioranza che non individuando le libertà protette dal I emendamento come degli '*absolutes*' da proteggere ad ogni costo consente al governo, laddove dimostri la sussistenza di un interesse governativo prevalente all'esito del bilanciamento, di limitare e comprimere anche dette libertà³⁷. Secondo la ricostruzione del giudice Hugo Black l'errore nella decisione della maggioranza starebbe proprio in questo: bilanciare diritti che in sé e per sé non possono essere bilanciati. Questa impossibilità discenderebbe dal fatto che tutta l'attività di bilanciamento necessaria in relazione a questi diritti è già stata fatta al momento della redazione della Carta costituzionale³⁸ e, dunque, qualsiasi altro bilanciamento di detti diritti sarebbe non solo ultroneo, ma in contrasto con la volontà degli stessi Padri Costituenti. Lasciare aperta per il governo la possibilità di bilanciare in sede giudiziaria questi diritti

³³ *Ibidem*, 52

³⁴ C. REICH, *The New Property*, 73 Yale L. J. 733, 1964, p. 776

³⁵ 366 U.S. 36 (1961), 61

³⁶ *Ibidem*, 68

³⁷ *Ibidem*, 67 - 68

³⁸ *Ibidem*, 61

li degraderebbe così da *'complete rights'* come sono stati pensati dai Costituenti a *'conditional rights'*³⁹ venendo in questo modo meno alla lettura originaria della costituzione stessa.

Questa controversia ed in particolare le sue due modalità antitetiche di risolverla – quella legata al bilanciamento seguita dalla maggioranza dei giudici e quella fedele alla categorizzazione seguita dal solo giudice Hugo Black – ci testimonia come nella concreta applicazione giudiziaria possano essere utilizzate queste due modalità di aggiudicazione. Da un lato il giudice può quindi ritenere che certi diritti e libertà previste dall'ordinamento siano di rango superiore e come tale incompressibili e, pertanto, qualsiasi loro limitazione sarà sempre illegittima. Dall'altro lato è possibile, invece, ritenere che sarà necessario volta per volta effettuare una valutazione sulla comprimibilità e limitazione dei singoli diritti e delle singole libertà previste nell'ordinamento e, che quindi le stesse potranno essere comprese da una scelta legislativa purché essa persegua un interesse governativo meritevole di tutela.

Si tratta, però di due modalità veramente così distinte? Sono, in altre parole, davvero due modalità di aggiudicazione che portano sempre a risultati così inconciliabili ed antitetici come è avvenuto nel caso *Konigsberg*?

3. COMPARANDO I DUE APPROCCI

Abbiamo visto, quindi, come da un lato non esista una sola categorizzazione ed un solo bilanciamento e come, dall'altro, queste due modalità di aggiudicazione possano produrre nella loro applicazione pratica dei risultati radicalmente antitetici. È davvero, però sempre così? La categorizzazione ed il bilanciamento possono cioè davvero essere intese come due monadi distinte? Per rispondere a questi interrogativi dobbiamo *in primis* ricostruire la genesi storica che ha portato al dibattito relativo a queste due modalità decisionali.

Prima ancora però dobbiamo focalizzarci sul fatto che alla base di qualsiasi applicazione della modalità di aggiudicazione del bilanciamento e della categorizzazione vi è una questione prodromica data dal fatto di trovarsi di fronte a problematiche che vedono contrapporsi diritti apicali all'interno dell'ordinamento statale, antinomie che non sono risolvibili con gli ordinari strumenti disponibili nell'inventario dell'interprete. I tradizionali quattro criteri per risolvere le antinomie e cioè il criterio cronologico (*lex posterior derogat priori*), quello gerarchico (*lex superior derogat legi inferiori*), quello della specialità (*lex specialis derogat legi generali*) e quello della competenza⁴⁰ non entrano qui in soccorso dell'interprete per risolvere le controversie in esame dal momento che si tratta di diritti in conflitto tra di loro tutti tutelati e protetti dalla Costituzione.

Come fare allora a risolvere controversie di questo tipo? La soluzione offerta dalla Corte Suprema statunitense per decidere in merito a questi conflitti è stata quella di utilizzare i concetti di bilanciamento e di categorizzazione. Non si tratta di una questione sorta recentemente e infatti il primissimo dibattito relativo a ciò è emerso con riferimento alle problematiche relative alle tutele costituzionali previste dal I emendamento. Per la precisione siamo negli anni '40 ed in questo momento la Corte inizia ad interrogarsi per la prima volta in maniera compiuta se il governo potesse limitare i diritti di libertà garantiti in capo ai singoli cittadini dal I emendamento, nei rapporti col potere federale, e dal XIV emendamento, in relazione ai rapporti che intercorrono tra i cittadini ed i sin-

³⁹ 366 U.S. 36 (1961), 68

⁴⁰ R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Le fonti del diritto*, Torino, 2012, p. 8 ss.

goli stati. In questa circostanza la Corte si trovò a dover valutare, da un lato il peso di significative esigenze governative tra cui, per esempio, garantire la stabilità del governo statunitense e l'ordine pubblico, e dall'altro quello della tutela di libertà fondamentali individuate dai Padri Costituenti come fondamentali della Nazione e garanzie primarie per mantenere uno stato pienamente democratico.

Di fronte ad una situazione così delicata, dunque, il corpo giudiziario si trovò anche a dover giustificare nelle proprie sentenze la decisione adottata nella singola pronuncia e non è quindi un caso, che proprio in questo momento emersero le modalità di aggiudicazione del bilanciamento e della categorizzazione.

Il dibattito figlio di quegli anni fu animato principalmente dalle discussioni dei giudici Felix Frankfurter e Hugo Black. Il primo, si fece promotore di una modalità di aggiudicazione riconducibile al bilanciamento, che non individuava cioè *a priori* dei diritti posti in una posizione apicale rispetto ad altri. Questa sua impostazione si desume chiaramente infatti dalla sua dura critica alla dottrina della *preferred position* nel caso *Kovacs v. Cooper*⁴¹ del 1948.

Il giudice Hugo Black, invece, era tra i fautori di una visione antitetica a questa e fondata su una interpretazione del I emendamento assolutista, che non venne mai adottata dalla Corte Suprema, in base alla quale i diritti previsti dal I emendamento non potevano mai essere in alcun modo limitati dal potere governativo; una posizione, dunque, essenzialmente, categorica.

Ricostruite così le origini storiche di questo dibattito possiamo provare ad interrogarci su quale modalità di aggiudicazione – categorizzazione o bilanciamento – sia preferibile. È opportuno però fare ancora un passo indietro, infatti in questi casi assistiamo ad una situazione in cui il potere giudiziario si trova a dover dirimere delle controversie caratterizzate dal fatto che da un lato il governo ritenga di dover limitare dei diritti personali dei singoli cittadini e, dall'altro, il singolo individuo, titolare di questi diritti, ritenga che venga posta in essere una violazione dei suoi diritti fondamentali. Si tratta quindi di una situazione in cui emerge con chiarezza la difficoltà nel risolvere queste controversie e questo per una molteplicità di ragioni.

Così, i giudici, in questi casi, sono esposti a numerose critiche come quella di non essere legittimati, per via della tripartizione dei poteri, ad ingerirsi in compiti che spettano al potere legislativo, come può essere inteso un esame accurato dei valori in gioco in una controversia di questo tenore. Dall'altro lato, però, costoro sono esposti, anche, ad un'altra critica: quella di adottare un approccio troppo deferente nei confronti del potere governativo nelle ipotesi in cui non venisse posto in essere un esame accurato del peso dei vari valori in gioco nella singola controversia.

Preliminarmente dobbiamo allora interrogarci sul se rientri tra le prerogative della Corte risolvere controversie di questo tipo. Riteniamo che in questi casi costituisca una prerogativa del corpo giudiziario quella di decidere queste questioni. Chiaramente ciò si può tramutare anche in un vantaggio per il corpo legislativo dal momento che, a volte, sceglie di non decidere, non modificando per esempio una legge già in vigore. Una modifica che proviene da una Corte infatti non comporta responsabilità politica in capo al corpo legislativo e, dunque, non ne sarà responsabile di fronte agli elettori e questa situazione, a volte, può essere addirittura auspicata dallo stesso corpo legislativo.

Pertanto risolto questo primo interrogativo in senso positivo e quindi ritenendo che la Corte debba risolvere le antinomie tra diritti di pari rango costituzionale, passiamo ora ad esaminare in che modo essa dovrà compiere queste scelte e decidere tra più diritti

⁴¹ 336 U.S. 77 (1948)

equiparati quale debba prevalere. In altre parole posto che le possibili modalità di aggiudicazione come abbiamo visto sono quelle della categorizzazione e del bilanciamento è possibile ritenere che una sia preferibile rispetto all'altra? Si può quindi dire che sia sempre preferibile porre tutti i diritti in gioco nel singolo caso in esame su una ipotetica bilancia e vedere quale debba prevalere oppure che si debba sempre optare per una individuazione *ex ante* di alcuni diritti non incompressibili e che pertanto dovranno sempre e comunque prevalere su tutti gli altri?

Per provare a rispondere a questo interrogativo concentriamo la nostra attenzione prima di tutto sulla categorizzazione.

Questo *modus operandi*, che è stato utilizzato a più riprese dalla Corte Suprema, vanta *prima facie* tra i suoi vantaggi senz'altro quello della prevedibilità della decisione, nonché quello della sua apparente assenza di discrezionalità. In questo modo il potere giudiziario sembrerebbe adottare un approccio dai risultati *ex ante* prevedibili a differenza del bilanciamento.

Si potrebbe cioè ritenere che, nel momento in cui la controversia viene inquadrata in una data categoria di riferimento, si può verificare, con un certo grado di prevedibilità se essa sia meritevole o meno di tutela giudiziaria.

Si pensi, ad esempio, alla dottrina del *public forum*: qualsiasi espressione pronunciata in un *public forum* dovrà sempre essere tutelata. Così si potrebbe ipotizzare, in una prima approssimazione, che in questi casi non sia mai contemplabile alcuna possibile limitazione della libertà di espressione.

Possiamo allora sostenere che questa modalità di aggiudicazione sia esente da qualsiasi problematica e consenta di guidare con precisione l'interprete ed il giudice ad una decisione prevedibile *ex ante* con un significativo margine di certezza, ma è davvero così?

Focalizziamoci ancora un attimo sulla dottrina del *public forum*: è davvero così agevole definire quando un luogo è inquadrabile nella nozione di *public forum*, oppure no? *Nulla quaestio* quando si tratta di un parco pubblico o di una pubblica via, ma negli altri casi? Si può affermare con certezza che si tratti di un *public forum*? O non è forse vero che definire o meno un luogo quale *public forum* sia una valutazione non del tutto avulsa dalle lenti dell'interprete?

Per risolvere questo interrogativo pensiamo al caso *Flower v. United States*⁴². In questa pronuncia una strada pubblica collocata all'interno di una base militare venne considerata un *public forum*, viceversa in un caso molto analogo⁴³ un marciapiede nelle vicinanze di un ufficio postale non venne ritenuto tale. Siamo allora davvero di fronte ad un processo decisionale – quello categorico – sempre prevedibile e resocontabile *ex ante*? A nostro avviso sembrerebbe di no, ma allora può l'approccio del bilanciamento fornire un aiuto nel fornirci una maggiore certezza e prevedibilità?

In altre parole, può il bilanciamento fornire una decisione prevedibile e non discrezionale oppure esso è una modalità decisionale non adatta a questo fine? Nel rispondere a questo quesito è opportuno *in primis* indicare la *species* di bilanciamento che andiamo ad utilizzare. Abbiamo infatti analizzato come non sia possibile parlare di un solo bilanciamento, ma che ve ne siano di diverse tipologie.

Si potrebbe allora pensare che lo '*strict scrutiny*' sia in grado di fornire un aiuto in questo senso e che sia cioè in grado di fornirci una soluzione caratterizzata da un significativo grado di prevedibilità *ex ante*.

⁴² 407 U.S. 197 (1972)

⁴³ *United States v. Kokinda*, 497 U.S. 720 (1990)

Un suggerimento in questo senso lo potremmo ricavare dalla celebre affermazione di Gerald Gunther secondo il quale “*strict scrutiny is strict in theory and fatal in fact*”⁴⁴. Se quindi lo ‘*strict scrutiny*’ fosse così ‘*fatal*’, inevitabilmente sarebbe anche dotato di una certa intrinseca prevedibilità, ma è davvero così? In realtà un’analisi condotta ha dimostrato come, per quanto durante la corte Warren fosse confermata questa significativa prevedibilità *ex ante* di questa *species* del bilanciamento, ciò non è stato più vero a partire dagli anni successivi durante i quali infatti diverse leggi non sono state considerate illegittime pur sottoposte al vaglio dello ‘*strict scrutiny*’⁴⁵.

Possiamo così affermare che anche lo *strict scrutiny* non consente una completa prevedibilità, al pari della categorizzazione.

Ci può invece venire in soccorso l’*intermediate scrutiny* ai fini di una significativa prevedibilità *ex ante*? Certamente la risposta non può che avere segno negativo, dal momento che la reso contabilità *ex ante* non è mai stata una delle caratteristiche principali di questa modalità decisionale. Infatti, si è da sempre affermato che con questa *species* del bilanciamento non sia possibile stabilire *a priorise* la decisione sarà a favore del governo o del singolo cittadino. Dunque, anche questa modalità di aggiudicazione sembrerebbe esporsi alla critica secondo cui si tratta di strumenti decisori in grado di creare una forte incertezza in dottrina ed in giurisprudenza e di alimentare il timore di una discrezionalità decisoria significativa.

A questo punto, allora, posto che la prevedibilità *ex ante* non è una caratteristica propria di alcuna di queste modalità di aggiudicazione, possiamo, però, chiederci se sia possibile in astratto individuare una di queste modalità come in assoluto sempre più preferibile. Dobbiamo quindi interrogarci sul se vi siano delle altre caratteristiche di queste scelte decisionali tali da far propendere l’interprete sempre e comunque nell’applicazione di una piuttosto che dell’altra.

A questo proposito crediamo che non sia individuabile la categorizzazione od il bilanciamento come in assoluto da preferire in ogni ipotesi, non solo perché il metodo di aggiudicazione dovrebbe fondarsi ed essere permeato dalle considerazioni del singolo caso, ma soprattutto perché non ci pare condivisibile una lettura di queste due modalità di aggiudicazione quali due monadi distinte.

Pertanto, riteniamo che per risolvere la problematica in esame relativa a quale tra queste due modalità di aggiudicazione sia da ritenersi preferibile, esse non debbano essere poste sul letto di Procuste. Questo rischio si corre nel momento in cui si adotta una visione manichea in cui da un lato viene posto il bilanciamento e dall’altro la categorizzazione. Con questo approccio i fautori di una di queste due modalità di aggiudicazione tendono ad inquadrarla in modo antitetico rispetto all’altra negando *tout court* ogni somiglianza ed analogia tra le due tecniche di aggiudicazione. In questo modo le singole caratteristiche del caso sottoposto all’attenzione dei giudici vengono rinchiusi in un letto di Procuste e si tenta così di farle rientrare forzatamente nel paradigma del bilanciamento o della categorizzazione.

Questo approccio non ci pare condivisibile perché inquadra il bilanciamento e la categorizzazione come due tecniche completamente differenti, ma nella prassi non sono rinvenibili queste due modalità di aggiudicazione nella loro forma più pura. Con questo vogliamo dire che, per quanto la dottrina, ma anche i singoli giudici della Corte Suprema, tendano ad inquadrare la singola pronuncia come applicazione, ora del bilanciamento

⁴⁴ G. GUNTHER, *The Supreme Court, 1971 Term, Foreword: in Search of Evolving Doctrine on a Chancing Court: A Model for a Newer Equal Protection*, 86 Harv. L. Rev. 1, 1972, p. 8

⁴⁵ A. WINKLER, *Fatal in Theory and Strict in Fact: An Empirical Analysis of Strict Scrutiny in the Federal Courts*, 59 Vand. L. Rev., 793, 2006, p. 813

to, ora della categorizzazione, addivenire a questa bipartizione non è così agevole ed operando in questo modo vengono annichilite le singole particolarità del caso in esame. Così, ci sembra che sia doveroso far uscire queste due tecniche dal letto di Procuste in cui storicamente sono state adagate e soffermarci sul fatto che le analogie tra queste due modalità di aggiudicazione nella loro applicazione pratica sono notevoli ed una stessa pronuncia può essere letta ora come espressione del bilanciamento, ora della categorizzazione.

Si potrebbe così sostenere che la categorizzazione ed il bilanciamento “*mark a continuum, not a divide*”⁴⁶. In altre parole, possiamo dire che nella prassi non siano individuabili dei casi in cui si è applicato il bilanciamento o la categorizzazione nella sua forma più pura ed astratta.

Basti pensare alle pronunce in materie di *prior restraint*. In questi casi la dottrina ha inquadrato la stessa sentenza come espressione, ora del bilanciamento, ora della categorizzazione a riprova del fatto che non si tratta di due *modus operandi* dai confini così rigidi e nettamente distinti tra di loro.

Questo aspetto è altresì evidente dall’analisi del caso *Perry Education Association v. Perry Local Educators’ Association*⁴⁷. Infatti, secondo alcuni autori, tra cui Geoffrey Stone e Nathaniel Landman, in questa pronuncia viene applicato il bilanciamento, mentre secondo altri, tra cui Daniel Farber e John E. Nowak, questa decisione è espressione di un approccio categorico.

Vi è di più. Se pensiamo infatti ad un sistema in cui si adottasse solo l’approccio categorico col passare del tempo aumenterebbe il novero delle eccezioni in cui la categoria che normalmente dovrebbe risolvere la controversia in esame non possa essere applicata. In un processo di questo tipo il passo successivo è senz’altro quello di un approccio completamente fondato sul bilanciamento *ad hoc*.

D’altra parte se si scegliesse viceversa sempre come modalità di aggiudicazione quella del bilanciamento essa tenderebbe a cristallizzarsi in una forma di categorizzazione. A forza cioè di valutare sempre allo stesso modo i vari interessi in gioco la tentazione sarà sicuramente quella di inquadrali in una categoria atta a risolvere una volta per tutte le antinomie tra diritti.

Possiamo così affermare che queste due tecniche decisionali in apparenza così distinte e dissimili tra loro hanno invece dei tratti in comune molto significativi al punto che nella loro applicazione concreta diventa molto difficile scindere i confini tra le due.

4. CONCLUSIONI

È giunto allora il momento di provare a rispondere ai nostri interrogativi iniziali. In altre parole possiamo davvero condividere l’impostazione tradizionale che ritiene che la categorizzazione ed il bilanciamento costituiscano due monadi distinte oppure possiamo affermare che questa impostazione si scontra con la realtà applicativa di queste modalità di aggiudicazione?

⁴⁶ K. SULLIVAN, op. cit., p. 61

⁴⁷ 460 U.S. 37 (1983) Il caso in esame riguardava l’associazione *Perry Local Educators* (PLEA) che ricorreva in giudizio sostenendo che il distretto scolastico, garantendo solo all’associazione *Perry Education* (PEA), che avendo vinto le elezioni costituiva l’unico sindacato a rappresentanza degli insegnanti a Perry Township in Indiana, di poter utilizzare il sistema postale all’interno della scuola stesse violando il I emendamento e l’*Equal Protection Clause* garantita dal XIV emendamento.

La Corte, con una maggioranza di 5 a 4, ritenne che la decisione del distretto non fosse incostituzionale.

In base a quanto ricostruito fin qui abbiamo potuto osservare come non solo non esista una sola tipologia di bilanciamento e di categorizzazione – indizi, questi, che ci fanno già quantomeno mettere in dubbio il fatto che si possa parlare in relazione di queste modalità di aggiudicazione di singole monadi dai confini molto ben definiti –, ma abbiamo potuto anche notare come spesso una stessa pronuncia giudiziaria possa essere letta come espressione ora del bilanciamento ora della categorizzazione. Questo si deve al fatto che i confini tra queste modalità decisionali sono in realtà molto labili ed incerti nella prassi applicativa. Infatti a forza di inserire una determinata fattispecie in una certa categoria di riferimento si inizieranno ad individuare eccezioni che impediscono ad un caso seppur molto simile ad uno in precedenza categorizzato in quella data categoria di essere inserito nella stessa. Questo, a nostro avviso, non è niente altro che una applicazione del bilanciamento, celata dietro l’etichetta ‘*categorization*’. Dall’altro lato è ben possibile invece – e nella prassi giudiziaria ciò si è registrato in diverse occasioni – che a forza di bilanciare i medesimi diritti in conflitto tra loro questa operazione venga compiuta quasi in automatico dal giudice. Non è quindi allora una forma di categorizzazione questa? Non si tratta, in altre parole, di chiamare bilanciamento una celata categorizzazione?

Alla luce di quanto fin qui considerato possiamo allora ritenere che queste due modalità di aggiudicazione sarebbero meglio inquadrabili non come due monadi, ma dovrebbero essere intese in modo fluido, come un ‘*continuum*’ appunto, dal momento che il bilanciamento evolve in una categorizzazione per tornare ad un bilanciamento e la categorizzazione viceversa passa dal bilanciamento per ritornare ad una categorizzazione. In altre parole, sarebbero meglio inquadrabili come due facce della stessa medaglia.

Con questo però non vogliamo certamente dire che un dibattito sulla loro forma pura non possa apportare dei benefici al dibattito dottrinario o sia inopportuno, tutt’altro. Certamente questa lunga discussione, di cui abbiamo ripercorso le origini storiche, è molto utile per ogni interprete perché è riuscita a sintetizzare gli aspetti positivi e quelli negativi di entrambe queste modalità decisionali, ma sicuramente deve essere letta tenendo in considerazione che quando si parla di queste due modalità di aggiudicazione si tende a parlarne nella loro forma più pura, chenon è però rinvenibile nella realtà.

Orizzontale e verticale nelle logiche della comparazione: antropologia di una forma mentis

Domenico di MICCO*

La comparazione è l'esercizio del conoscere attraverso il raffronto di dati diversi tra loro. Questa semplice verità si è infatti dimostrata essere la solida base per l'impiego di questa metodologia d'indagine anche nel fenomeno giuridico.

A ben vedere, però, non tutta la diversità ha ricevuto lo stesso trattamento. La diversità che esiste tra ordinamenti o modelli ha infatti sicuramente ricevuto maggiore attenzione di quella che esiste tra i differenti dati di un unico ordinamento o modello. A cosa si deve questa diversa attenzione?

Comparison is the practice of knowing via contrasting data. This simple truth has proven to be a solid basis for the use of such methodology in the legal phenomenon as well.

A closer examination, however, reveals that not all manifestations of diversity have received the same treatment. The diversity that exists between legal systems or models has certainly received more attention than other possible expressions. How does this different attention come about?

1. DEL METODO E DELL'OGGETTO

Il Novecento ha insegnato al comparatista a conoscere mediante la diversità¹. Lungo tutto il secolo, infatti, specialmente ad opera di alcune brillanti scuole nazionali, il comparatista ha inventariato la diversità in cui si realizza il fenomeno giuridico e, attraverso quella, ha potuto guardare meglio sia al suo modello di origine sia acquisire alcune preziose lezioni d'insieme come quelle che ci vengono dal pluralismo giuridico e dall'antropologia del diritto².

* Professore a contratto di Introduction to the Legal System nell'Università L. Bocconi di Milano; Direttore di ISAIDAT, Ente di ricerca con il Patrocinio dell'Accademia dei Lincei

¹ A. GAMBARO, R. SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, Torino, 2018.

² R. SACCO, *Antropologia giuridica. Contributo a una macrostoria del diritto*, Bologna, 2007; D. DI MICCO, *Diversità del diritto e delle culture nella visione popolare e nel pensiero dotto*, Digesto delle discipline private, VIII aggiornamento, Torino, 2013, pp. 270-276;

Tutto ciò lo si è potuto realizzare attraverso una comparazione perlopiù *orizzontale*; una comparazione, cioè, che ha fatto dell'elemento spaziale il suo requisito irrinunciabile. La sistemologia di David ne è forse l'esempio più lampante³.

In questo contesto la diversità è stata allora inevitabilmente intesa come il *prodotto della varianza nello spazio*⁴ e l'indagine del comparatista ha finito così per rilevare ora ciò che c'è di uguale tra due realtà spazialmente estranee e quindi diverse, ora ciò che varia tra due realtà spazialmente estranee ma apparentemente simili⁵.

Proprio in ragione di questa proiezione spaziale, la comparazione è diventata allora un esercizio *sostanzialmente pluri-ordinamentale*; un po' come se da quelli, ovvero dagli ordinamenti, dipendesse in fondo ogni sua possibilità.

Ma è davvero così? È davvero quella della *pluralità degli ordinamenti* l'unica dimensione possibile per la comparazione?

Se è vero infatti che il raffronto tra ordinamenti o modelli è di tutta evidenza un promettente banco di prova per il comparatista, è però altrettanto vero che da ciò non discende automaticamente l'esclusione di ogni altro possibile oggetto d'indagine.

La comparazione è infatti un metodo⁶ e come tale *prescinde dalla natura del suo oggetto* e trova semmai l'unica sua condizione irrinunciabile nella *pluralità dei dati in quanto tale*; sicché, ad ogni buon conto, nel metodo *non c'è giustificazione alcuna per confinare le possibilità della comparazione nel solo confronto tra ordinamenti*. Ma, allora, a cosa si deve una così evidente predilezione per l'indagine condotta nella diversità spaziale dei dati?

2. ANTROPOLOGIA DI UNA PREFERENZA:

A La spazialità dei dati e le logiche del chiaro-scuro

A chi gode di una buona logica quanto affermato al paragrafo precedente potrebbe persino sembrare banale; se non fosse che sono invece molti quelli che, all'atto pratico, non vedono la comparazione se non trovano almeno due *ordinamenti* messi a confronto.

In questo equivoco – che corre invero tra il dato e la natura del dato – la comparazione tra ordinamenti ha finito per monopolizzare l'orizzonte del comparatista e, di conseguenza, la diversità che esiste su base spaziale è diventata di fatto l'unico campo d'applicazione di questa raffinata metodologia. Ma a cosa si deve questo favore? E, soprattutto, può forse dirsi senza conseguenze?

³ R. DAVID, *Les grands systèmes de droit contemporains*, 12 ed., (con Camille Jauffret-Spinosi e Marie Goré), Paris, 2016.

⁴ Diffusamente in R. SACCO, *Antropologia giuridica*, op. cit.

⁵ D. DI MICCO, *Regolare la globalizzazione. Contributo giuridico-comparante all'analisi del fenomeno globale*, Milano, 2018, p. 155.

⁶ La letteratura al riguardo è sterminata. Per un primo sguardo, non di certo esaustivo, si vedano: R. SACCO, P. ROSSI, *Introduzione al diritto comparato*, Torino, 2019; M. REIMANN, *Comparative Law, An Overview of the Discipline*, International Encyclopedia of Comparative Law, Vol. II, 4, 2020; M. SIEMS, *Comparative Law*, Cambridge, 2022; P.G. MONATERI, *Advanced Introduction to Comparative Legal Method*, Cheltenham-Northampton, 2021; R. SCARCIGLIA, *Metodi e comparazione giuridica*, Milano, 2018. G. FRANKENBERG, *Comparative Law as Critique*, Cheltenham-Northampton, 2016; G. SAMUEL, *An Introduction to Comparative Law Theory and Method*, 2014; M. REIMANN, R. ZIMMERMANN, eds., *The Oxford handbook of Comparative Law*, Oxford, 2019; M. VAN HOECKE, ed., *Epistemology and Methodology of Comparative Law*, Oxford-Portland, 2004; M. ADAMS, J. HUSA, M. ODERKERK, eds., *Comparative Law Methodology*, Cheltenham-Northampton, 2017.

Credo che le ragioni di questa netta predilezione per la diversità che si manifesta su base spaziale abbiano origine in *un difficile gioco di chiaro-scuro*. Come il bianco e il nero si offrono infatti al nostro occhio in uno stacco netto dell'uno rispetto all'altro, così i dati che emergono su base spaziale, nel confronto tra ordinamenti o modelli, ci appaiono nella loro reciproca alterità con grande chiarezza. Al contrario, la diversità che pur esiste all'interno di un ciascun ordinamento – nella altrettanto complessa dinamica delle sue sedimentazioni⁷, della diffrazione dei suoi formanti o nello scarto spesso esistente tra regola declamata e regola praticata⁸ – *si vede molto meno* giacché, come in una scala di grigi, essa non si accende di contrasti ma si adagia piuttosto in un soffuso digradare di sfumature che diventano così quasi impercettibili al nostro occhio. La predilezione per la dimensione spaziale dei dati dipende quindi da una *questione di contrasti*.

Ne discende allora che la comparazione, in quanto metodo, è sempre neutra rispetto all'oggetto cui viene applicata ma, allo stesso tempo, l'occhio del comparatista non è neutro affatto nella sua relazione con l'oggetto. Lo sguardo del comparatista è, per così dire, vittima del dato *che spicca di più*; dei contrasti, appunto. Ed è allora proprio questo limite del nostro occhio a fare della diversità che troviamo su base spaziale un terreno molto visibile e praticato e, per converso, di quella che incontriamo all'interno di ciascun ordinamento – ovvero di ogni ipotesi di comparazione verticale – un sentiero poco riconoscibile e quindi assai poco praticato.

B Il problema dell'uno e del molteplice

C'è però anche un secondo ostacolo. Se è vero infatti che *vedere la diversità* è più semplice laddove i contrasti tra i dati sono maggiori, ovvero nella diversità che troviamo su base spaziale, è però altresì vero che *l'idea stessa di "pluralità di dati" trova nella dimensione spaziale un più facile riscontro*.

Nessuno avrebbe infatti dubbi sul fatto che la regola francese e la regola italiana costituiscano insieme una pluralità di dati e che, come tali, offrono quella dimensione minima di cui la comparazione ha bisogno. Per converso, in molti farebbero invece fatica a vedere come ciascuna delle due regole sia invero già di per sé una "pluralità di dati": si pensi, ad esempio, a come in ciascuna delle due si possa distinguere una portata declamatoria, una realtà operativa, l'apporto della dottrina nello scarto tra la prima e la seconda, la rielaborazione della regola declamata ad opera dalle corti e molto altro ancora. E non è forse anche questa – mi domando – una pluralità di dati che di per sé costituisce allora un altrettanto valido banco di prova per il nostro metodo?

Il nostro occhio predilige la diversità che esiste tra i dati che incontriamo su base spaziale non solo per la maggiore visibilità di quella alterità, come si è detto al paragrafo precedente, ma anche perché *la percezione stessa di essere davanti a una pluralità dei dati* emerge meglio nella dimensione spaziale rispetto a quella endo-ordinamentale. Posti di fronte a due ordinamenti percepiamo infatti senza esitazione il *molteplice*; ma posti di fronte a due dati dello stesso ordinamento incredibilmente continuiamo a percepire l'*uno*.

⁷ Forse l'esempio più eminente di comparazione nelle sedimentazioni di un sistema e lungo le sue evoluzioni interne è quello ripetutamente offerto da Gino Gorla e dal suo approccio storicista in lavori come: G. GORLA, *Studio storico-comparativo della "Common Law" e scienza del diritto*, Milano, 1962; ID., *Il contratto. Problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistico*, Milano, 1955.

⁸ R. SACCO, *Legal Formants. A Dynamic Approach to Comparative Law*, The American Journal of Comparative Law, 38, 1991, Installment I, pp 1-34; Installment II, pp. 342-401.

C'è dunque un sottile rompicapo nel rapporto tra comparazione, diversità, uno e molteplice. Non v'è infatti alcun dubbio che la diversità esista nell'*uno* ovvero *ovunque*; ma tuttavia, per vederla, abbiamo sempre bisogno del *molteplice*, ovvero della pluralità. Abbiamo cioè bisogno di proiettare l'*uno* in una dimensione plurale; ed è allora proprio in questo passaggio che la dimensione spaziale della diversità meglio realizza l'idea stessa di *pluralità dei dati*; meglio di quanto non faccia la diversità che troviamo in un solo ordinamento.

C Il dogma della pluralità degli ordinamenti come garanzia della comparazione

Le logiche del chiaro-scuro da una parte e il problema della percezione della pluralità dei dati dall'altra hanno quindi finito per generare il dogma della comparazione quale esclusivo raffronto tra ordinamenti o modelli – ovvero su base spaziale – e di fatto si è così realizzato un monopolio degli orizzonti del comparatista e delle sue possibilità.

Si badi, non si vuole qui contestare l'idea cardine per cui la comparazione spaziale abbia dato e dia tutt'ora ottimi strumenti di conoscenza. Ciò che si vuole semmai raggiungere è la consapevolezza del fatto che accanto alla possibilità di lavorare “a cavallo” degli ordinamenti e dei modelli vi è anche quella di *comparare i dati di un unico ordinamento*; senza che questo – ovvero la natura dell'oggetto – faccia venir meno la sussistenza del metodo.

A ben vedere, infatti, *non c'è garanzia alcuna per la comparazione nel solo fatto di avere davanti a sé dati appartenenti a due ordinamenti diversi* e, allo stesso modo, non c'è neppure ragione alcuna per ritenere che la comparazione non possa sussistere ove si confrontino dati diversi ma di un unico ordinamento. *Non c'è alcuna garanzia di comparazione nella natura dei dati.*

Come è infatti facilmente intuibile, anche se spesso dimenticato, descrivere due diverse regolamentazioni nazionali non significa aver fatto comparazione. La comparazione è semmai l'esercizio critico che *sta a valle* della doppia descrizione, non già la doppia descrizione in sé.

Allo stesso modo, non si può allora neppure escludere a priori che l'indagine condotta tra i dati di un solo ordinamento possa essere una valida forma di comparazione. Potrà infatti avvenire che il comparatista decida di investigare lo scarto esistente tra la regola declamata (dato 1) e la regola praticata (dato 2) in un certo ordinamento. Anche in questo caso non sarà la natura dei dati a “fare o non fare la comparazione” bensì i dati in quanto pluralità che diventa oggetto di un metodo e della sua più o meno rigorosa applicazione. *La comparazione non dipende mai dalla natura dei dati bensì dall'esercizio di relazioni che il nostro sguardo tesse tra questi.*

Ma quale natura hanno le relazioni di cui parliamo?

Al riguardo gli studi metodologici hanno dato davvero ottima prova di sé, fornendo al comparatista un ampio ventaglio di strumenti ermeneutici e operativi⁹. Per questo mo-

⁹ Tra i molti apporti, in parte già richiamati in altra nota, G. GORLA, voce, *Diritto comparato*, in AAVV, Cinquanta anni di esperienza giuridica in Italia, Milano, 1982, 501 ss; R. SACCO, P.C. ROSSI, *Introduzione al diritto comparato*, VII ed., op.cit.; K. ZWIEGERT, H. KÖTZ, *An Introduction to Comparative Law*, III ed., Oxford, 1998; J. HUSA, *A New Introduction to Comparative Law*, Oxford, 2015; M. SIEMS, *Comparative Law*, op. cit.; A. SOMMA, *Temi e problemi di diritto comparato. Tecniche e valori nella ricerca comparatistica*, Vol. II, Torino, 2005; G. A. BERMANN, P. GLENN, K. LANE SCHEPPELE, A. SHALAKANY, D. V. SNYDER, E. ZOLLER, *Comparative Law: Problems and Prospects*, in *American University International Law Review*, vol. 26, issue 4, 2011, 935-968; R. SACCO, *La comparaison juridique au service de la connaissance du droit*, Paris, 1991; G. FRANKENBERG, *Critical comparisons: Re-thinking comparative law*, in *Harvard Inter-*

tivo si rimanda qui alla più autorevole letteratura senza però per questo rinunciare a notare, nel novero delle possibilità metodologiche, almeno due movimenti opposti – e non per questo incoerenti – che credo ben rappresentino, in ultima istanza, il procedere del comparatista.

Come ho detto nel primo paragrafo, credo che comparare, in fondo, possa voler dire due cose: o notare tutto ciò che varia in ciò che sembra uguale o notare tutto ciò che resta uguale in tutto ciò che varia¹⁰. Ne discende allora che i due processi in questione non potranno che tradursi in due movimenti logici inversi e uguali: il primo *decostruttivo* del reale (notare ciò che varia in ciò che resta uguale), il secondo *costruttivo* (notare ciò che resta uguale in tutto ciò che varia).

Nel primo caso si procederà isolando ciò che diverge in un tutto apparentemente omogeneo, nel secondo si procederà cercando ciò che converge in un tutto apparentemente disomogeneo; sicché, in buona sostanza, le due possibilità esprimono invero il segno opposto di un unico processo metodologico che ora si fa *esercizio decostruttivo*, ora *costruttivo* ma che, in ogni caso, sarà sempre l'atto di tracciare linee nere su d'un foglio che ci pare indistintamente bianco.

3. OBIEZIONI, RETAGGI E CONTINGENZE

Sono dunque essenzialmente queste le condizioni che nella mente umana, prima ancora che su campo del diritto, generano il favore di cui gode la comparazione sul dato spaziale a discapito di ogni altra possibile forma di diversità: una *maggiore visibilità dell'alterità che insiste tra i dati* da una parte e una *maggiore percezione della pluralità stessa dei dati* dall'altra.

A questo punto, però, il lettore potrebbe anche essere mosso da qualche obiezione. Se è vero, come si è detto nei paragrafi precedenti, che la comparazione è un metodo e come tale non dipende dalla natura dei dati cui si applica, come mai tutti i suoi più autorevoli studiosi hanno invero sottolineato proprio l'importanza del dato spaziale prendendo le distanze da chi invece studiava il diritto nella sua sola dimensione nazionale? Non si starà forse qui affermando che è sufficiente studiare il diritto nazionale a discapito del sapere che ci deriva dalla conoscenza e dal raffronto con altre esperienze? Non si starà forse qui dimenticando che è stato proprio il raffronto con gli altri modelli e con gli altri ordinamenti ad aprire il diritto all'emersione dei suoi crittotipi?

Per rispondere a queste possibili obiezioni inizio allora ricordando come, in seno al fenomeno giuridico, la scienza comparante abbia potuto costruirsi e legittimarsi come tale, ovvero come materia autonoma agli occhi delle altre materie, solo dimostrando in primo luogo l'esistenza di *un altro modo di studiare il diritto* – ovvero di un altro metodo – e in secondo luogo anche l'esistenza di *un altro campo d'indagine*¹¹. La spazialità del diritto fece buon gioco a entrambe le esigenze.

Ancora nella seconda metà dagli anni Cinquanta del secolo scorso, l'insegnamento e lo studio del diritto avvenivano per lo più nel solco di un certo formalismo che faceva

national Law Journal, vol, 26, issue 2, 1985, 411–455; M. SIEMS, *New Directions in Comparative Law*, in M. Reimann, R. Zimmermann, *The Oxford Handbook of Comparative Law*, eds., II ed., Oxford, 2019. Per una approfondita riflessione sul metodo e su come questo sia stato costruito e applicato da diversi apporti lungo più di un secolo si segnala la recente opera di T. AMICO DI MEANE, *Sulle spalle dei giganti? La questione metodologica del diritto comparato e il suo racconto*, collana Opere Prime, Napoli, 2022.

¹⁰ D. DI MICCO, *Regolare la globalizzazione*, op.cit.

¹¹ R. SACCO, a cura di, *L'apporto della comparazione alla scienza giuridica*, Milano, 1980.

dell'enunciato normativo – ovvero della legge – il centro unico della sua più alta riflessione, con pochi e mal digeriti accenni al fenomeno giurisprudenziale¹².

Quel tipo di studio era il riflesso di un certo dogmatismo che, in quanto tale, rifiutava di guardare al diritto come al *prodotto vivente di dinamiche culturali e sociali che risulta dal coesistere e dal co-agire di molti attori*, ma che pensava piuttosto al diritto quale ordinata proiezione di concetti che trovavano poi nella legge la loro chiara e precisa voce. Neanche a dirlo, tutto ciò su base esclusivamente nazionale – o municipale, come si diceva allora – in un sostanziale disinteresse per la regola applicata oltre confine¹³.

In questo contesto il comparatista iniziò allora ad appropriarsi di tutto ciò che stava al di fuori dell'ordinamento municipale, trasformandolo di fatto in una sterminata risorsa per il suo sapere. La diversità che esiste su base spaziale – ovvero a cavallo degli ordinamenti e dei modelli – fu quindi il più naturale degli approdi e permise di dimostrare in un colpo solo sia l'esistenza del metodo sia l'esistenza di un nuovo campo d'indagine. La spazialità del diritto fu dunque la risposta a questo doppio ordine di contingenze.

La seconda possibile obiezione trova poi un chiarimento in ragioni che sono invero strettamente legate a quanto appena detto in risposta alla prima. A ben vedere, infatti, la critica che i pionieri della comparazione muovevano ai dogmatici *non era affatto quella di guardare in un solo ordinamento* bensì di non guardarvi affatto. In altre parole i fautori della comparazione, valorizzando proprio le discrasie che emergono dal raffronto dei dati, dimostravano come il solo livello declamatorio della norma, e con esso la sua dogmatica concezione, fossero invero strumenti insufficienti e inadatti per una reale comprensione del fenomeno giuridico¹⁴. Il problema, quindi, non era l'oggetto dell'analisi – mono-ordinamentale o pluri-ordinamentale – bensì il *modo in cui lo si guardava*.

Non c'è quindi alcun dubbio circa il fatto che il raffronto tra ordinamenti ci abbia portato in dote maggiore consapevolezza circa la struttura di ciascun ordinamento, i suoi impliciti e le sue logiche più recondite; ma, allo stesso tempo, va detto che non fu solo l'uso della diversità spaziale a segnare la rottura di cui dicevamo poc'anzi, ma *piuttosto il metodo in sé*. Ed è allora proprio questo dato a suggerirci che anche la comparazione operata tra i diversi dati di un unico ordinamento può essere considerata tale e darci buona soddisfazione. Perché, ancora una volta, *non è la natura dei dati a fare la comparazione bensì la profondità e il rigore dell'analisi che ai dati si applica*.

Tutto ciò dovrebbe invero bastare a liberare la mente del comparatista dal dogma della pluralità degli ordinamenti quale unica base di comparazione e ancorarla piuttosto, e più correttamente, all'idea della *pluralità dei dati*; a prescindere cioè dal fatto che si trovino in uno solo o in più ordinamenti. Tuttavia, se questo ancora non bastasse, si noti allora come già la teoria dei formanti, a ben vedere, scindendo le molte e differenti componenti che partecipano a determinare il fenomeno giuridico nel suo insieme, rimarcasse infatti il dato di una profonda varietà di apporti, visioni, valori, interessi, strumenti, forme e interpretazioni che, nel loro insieme e nella loro alterità, costituiscono e innervano *ciascun ordinamento* che risulta così essere allora una sorta di magmatico coacervo di diversità¹⁵. Rodolfo Sacco coglie infatti senza esitazioni il dato per cui la *diversità è anche connotato interno di ciascun ordinamento* quale risultato della disarmonica e spesso incoerente danza dei formanti; sicché, sebbene egli stesso prediliga consapevolmente la

¹² P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana: un profilo storico. 1860-1950*, Milano, 2000.

¹³ D. DI MICCO, *La comparazione alla prova del mondo che cambia*, DPCE Diritto pubblico comparato ed europeo, I, 2020, pp. 3-25.

¹⁴ Così ad esempio Rodolfo Sacco in *Che cos'è il diritto comparato*, a cura di P. Cendon, Milano, 1992.

¹⁵ R. SACCO, *Legal Formants. A Dynamic Approach to Comparative Law*, op. cit.

dimensione spaziale dell'indagine – per tutte le ragioni di cui ai paragrafi precedenti: contrasto tra i dati, percezione della pluralità dei dati, ragioni di contingenza storica nella nascita della disciplina in Italia – non pone mai alcun limite alla comparazione e alle sue possibilità. In altre parole, la teoria dei formanti non esclude mai che una *qualsiasi pluralità di dati possa essere oggetto di comparazione* né tantomeno circoscrive le possibilità di questo metodo alla sola dimensione pluri-ordinamentale dei dati.

4. LA DIVERSITÀ E L'INCOERENZA DEI DATI NELLA PARABOLA DEL DIRITTO ROMANO

Se è vero quindi che non è l'oggetto a fare il metodo, scelgo allora qui – a rimarcare le pur ampie possibilità di una comparazione tutta verticale – di riprendere una vicenda in parte nota e in parte ampiamente dimenticata.

Le ragioni di tale scelta possono essere riassunte come segue: la storia di cui ci accingiamo a dire si svolge interamente in *un unico ordinamento*, quello del diritto romano. Essa ben esemplifica come la ricostruzione operata, nelle fonti dello stesso, altro non sia se non il risultato di un *rigoroso processo comparante in senso costruttivo* (notare ciò che resta uguale in ciò che varia), *giocato cioè nella diversità dei dati di quell'unico ordinamento*.

Il diritto romano aveva attraversato i secoli non senza subire il peso di alterazioni, interpolazioni, commenti e rimaneggiamenti e, proprio in ragione di ciò, appariva di fatto agli occhi dello studioso come una complessa massa difficilmente maneggiabile.

Si pensi, ad esempio, ai problemi legati alla possibilità di distinguere il diritto romano classico da quello successivo di età giustiniana (di cui, nello specifico, diremo a breve); o di distinguere il diritto romano originario dalle modifiche che vi apportò la cristianizzazione dell'impero¹⁶; o ancora, distinguere il diritto di Roma da quello che effettivamente viveva nelle sue province dove, le diverse popolazioni assoggettate a Roma, conservavano una certa autonomia giuridica perlomeno nella sfera del diritto privato¹⁷.

Tutto ciò rientrava a pieno titolo nell'espressione *diritto romano*, nonostante la diversità in questione fosse davvero molto ampia. È infatti *diritto romano* quello della Roma regia, quello della Roma repubblicana e quello della Roma imperiale: come se i tredici secoli che vanno dalla fondazione di Roma al crollo dell'impero d'Occidente fossero la stessa cosa.

E come se non bastasse, a complicare ulteriormente le cose, ci si aggiunga anche il fatto che le date con cui siamo soliti scandire le tre grandi età di Roma poc'anzi ricorda-

¹⁶ Il Cristianesimo, che con Costantino si impose quale unica religione, esercitò una duplice influenza anche sul diritto romano: da una parte si stabiliva un secondo centro di potere, concorrente all'impero, che era la Chiesa; dall'altra permeava gli stessi istituti del diritto: si pensi all'alleggerimento della schiavitù, alla limitazione del divorzio, alla buona fede.

¹⁷ Nel 212 la costituzione di Caracalla – o editto di – concesse la cittadinanza a tutti gli abitanti dell'impero. Tale misura, realizzando da una parte un innegabile progresso, determinava dall'altra anche un innegabile cambiamento nella politica del diritto che sino ad allora i Romani avevano praticato nelle province con i popoli a loro sottomessi. Se fino al 212 ciascun popolo aveva infatti continuato a vivere secondo il proprio diritto per tutto ciò che ai nostri occhi si chiama oggi diritto privato, a partire dal 212 diventava per tutti vigente il diritto romano. A ben vedere, però, le distanze culturali esistenti tra quei popoli e Roma – e dunque tra le loro regole di diritto privato e quelle del diritto romano – erano tali, vista l'estensione dell'impero, da non poter essere colmate a colpi di editto. Fu così che a partire da quel momento si determinò uno strano gioco di adattamenti tra la pretesa di universalità del diritto romano da una parte e la resistenza dei diritti locali dall'altra.

te, non valgono per scandire le fasi del diritto romano. Se è infatti vero che, almeno convenzionalmente, siamo soliti fissare la fine della storia di Roma con la deposizione dell'ultimo imperatore d'Occidente nel 476 d.C., la storia del diritto romano ha invece la sua età classica negli anni del Principato e più in generale nei primi secoli dell'impero (da Augusto ai Severi, per intenderci) e una sua post-classicità successiva, che trova il suo punto d'approdo nella compilazione di Giustiniano, imperatore d'Oriente, databile al 530 d.C. circa, e nelle legislazioni dello stesso imperatore, databili ai decenni successivi. Questi due nuclei di età giustiniana, a partire dal XVI secolo, andranno insieme sotto il nome con cui li indichiamo ancora oggi – *corpus iuris civilis* – e costituiranno per secoli l'unica grande fonte di conoscenza anche per il diritto precedente a Giustiniano.

Ci troviamo dunque di fronte a un'evidente diversità di dati che è talmente ampia e incoerente da insidiare di fatto ogni pretesa di univocità del concetto *diritto romano*.

A ciò si aggiunga inoltre che lo stesso *corpus* è invero una fonte piuttosto ambigua. Giustiniano dichiara infatti espressamente la sua alta considerazione per il diritto romano dell'età classica e di conseguenza dichiara anche la volontà di darne una compiuta sistemazione. Il risultato però si attestò altrove.

L'opera di Giustiniano è infatti molto lontana dall'essere una riproposizione fedele del diritto classico e questo, forse, in parte perché al tempo di Giustiniano, e per di più in Oriente, non si aveva più accesso a molte delle fonti autentiche dell'età classica e, forse, in parte anche perché i mutati scenari dell'impero e della società chiedevano a Giustiniano di apportare numerosi ritocchi e aggiustamenti – *interpolazioni* – che puntualmente arrivarono¹⁸, segnando di fatto una distanza non trascurabile tra il vero diritto romano dell'età classica e ciò che Giustiniano ci descrive come tale.

In altre parole, il problema dello studioso di fronte a questa incoerente massa di dati, che pretendono di andare tutti sotto il nome *diritto romano*, è quello di una conoscenza *essenzialmente indiretta*. Come fare ordine in tutto ciò?

5. IL TERMINE DI PARAGONE

In questo confuso scenario delle fonti, più di duecento anni or sono una scoperta clamorosa irruppe nell'orizzonte degli studiosi. Era infatti il 1816 quando lo storico tedesco Barthold Georg Nieburh, esaminando nella biblioteca capitolare di Verona un manoscritto recante le lettere di San Girolamo, si accorse che ciò che teneva tra le mani era in realtà un palinsesto; si accorse cioè che la pergamena in questione, prima di ospitare le lettere di San Gerolamo, aveva già accolto un precedente testo, più antico, che poi era stato cancellato proprio per far posto al testo gerolamino¹⁹.

Il lettore non se ne sorprenda. Nei molti secoli che hanno preceduto l'invenzione della stampa e la meccanizzazione del processo di creazione della carta, tale pratica era infatti una prassi molto diffusa, dovuta essenzialmente all'esigenza di dover ovviare ai costi altissimi e quasi proibitivi che la produzione di pergamena portava con sé²⁰. Così,

¹⁸ Nell'editto che promulgava i *Digesta*, Giustiniano ribadisce la sua totale ammirazione per il diritto dell'età classica ma avverte anche che “multa et maxima propter utilitatem rerum trasformata sunt”.

¹⁹ La vicenda, con ricchezza di dettagli, è scrupolosamente ripercorsa da due recenti studi: M. VARVARO, *Le Istituzioni di Gaio e il Glücksstern di Nieburh*, in Dipartimento Iura, Sezione di Storia del diritto, Università degli Studi di Palermo, Torino, 2015; C. VANO, *Il nostro autentico Gaio. Strategie della scuola storica alle origini della romanistica moderna*, Napoli, 2020.

²⁰ È stato calcolato che per ospitare una stesura della Bibbia, ad esempio, erano necessari tanti fogli di pergamena quanto quelli che si potevano ottenere da un intero gregge, ovvero da almeno un centinaio di pecore.

durante tutto il lungo Medioevo, migliaia di opere dell'antichità classica furono cancellate dalle pergamene che le avevano accolte, non già per dar corso a un intento censorio ma per un ben più pratico e acritico bisogno di superfici libere sulle quali ospitare i nuovi testi che via via venivano a nascere.

L'erosione delle antiche pergamene fu dunque un tratto costante nella vita culturale europea; perlomeno sino a quando, con l'avvento della Modernità, la disponibilità di carta a buon mercato non ne fece venir meno la necessità.

Tuttavia, il ricordo di quella stagione delle pergamene erase non venne mai meno e così, quando l'Ottocento tedesco si animò d'interesse per l'esegesi dei testi antichi – specie nel campo del diritto²¹ – gli studiosi non ebbero alcuna esitazione e iniziarono a girare una ad una le più antiche biblioteche del Vecchio continente, coltivando la speranza che qua e là quelle pergamene riutilizzate potessero ancora tradire qualche passaggio delle opere classiche cancellate.

La vicenda che stavamo raccontando si colloca esattamente in questo contesto. Barthold Georg Nieburh era infatti professore di storia romana presso l'allora neonata Università von Humboldt. La Humboldt fu subito un successo e seppe diventare rapidamente un centro di formazione e di ricerca capace di attirare le migliori menti del tempo; tra quelle, non mancò neppure Friedrich Carl von Savigny.

Sin dai loro primi incontri, tra i due studiosi era nata una preziosa quanto sincera amicizia che ovviamente trovava non poche ragioni d'essere nella comune fascinazione per il mondo antico in generale e per quello della Roma classica in particolare; fascinazione, quella, che non restava affatto confinata in un gusto personale ma che, al contrario, si riversava impetuosamente anche nella ricerca scientifica e soprattutto nella determinazione delle sue direzioni²².

È infatti essenzialmente per questi motivi che possiamo oggi affermare che il passaggio di Nieburh per la biblioteca capitolare di Verona non fu né casuale né improvvisato. Proprio Savigny, infatti, gli aveva suggerito in quali città e in quali biblioteche far tappa, alla ricerca di pergamene erase, nel suo viaggio verso Roma²³.

La ragione ufficiale di quel viaggio italiano di Nieburh era invero la sua fresca nomina ad ambasciatore e ministro plenipotenziario per conto di Federico Guglielmo III di Prussia presso lo Stato Pontificio. La discesa verso Roma si tradusse di fatto in una sorta di pellegrinaggio scientifico nelle biblioteche italiane o, per meglio dire, in una vera e propria caccia al tesoro. Con questo spirito, passati il Brennero e Trento, Nieburh raggiunse allora Verona pieno di speranze.

Così, quando a Verona si trovò per le mani il testo gerolamino di cui dicevamo poco fa, non ebbe grosse difficoltà nel vedere come la pergamena in questione lasciasse affiorassero ancora, e piuttosto abbondanti, diversi passi di un testo più antico.

Va allora da sé come questo tipo di prodotto, un libro di pergamena, fosse davvero appannaggio di pochi.

²¹ È noto come lo stesso Savigny e la scuola storica da lui fondata nutrissero proprio questo tipo di interesse. Sul punto diffusamente in C. VANO, *Il nostro autentico Gaio. Strategie della scuola storica alle origini della romanistica moderna*, op. cit.; L. MOSCATI, *Italianische Reise. Savigny e la scienza giuridica della Restaurazione*, Collana Ius Nostrum, Roma, 2000.

²² È la già menzionata opera di Mario Varvaro ad offrire nel corpo note diversi estratti dal carteggio di Savigny con Nieburh e con altri studiosi di primo piano di quella stagione. L'amicizia tra i due è a detta dello stesso Nieburh “una delle più care di quelle che l'età di un uomo adulto” gli “aveva concesso negli anni in cui si possono ancora creare amicizie”; così in Nieburh a Savigny, Rom, 12/16/19.7.1821, in U.B.MARBURG, *Savigny-Nachlass*, Ms. 830/26.

²³ C. VANO, *Il nostro autentico Gaio*, op. cit., p. 122; così diffusamente anche in M. VARVARO, *Le Istituzioni di Gaio e il Glücksstern di Nieburh*, op. cit.

Infatti, nonostante l'indubbio zelo di coloro che avevano cancellato il primo testo, la pergamena tradiva ancora diversi passaggi dell'opera cancellata e così, anche grazie a un uso piuttosto disinvolto di alcuni reagenti, Niebuhr poté rapidamente sacrificare le lettere di San Gerolamo per ritrovare quanto più possibile dell'opera erasa.

Fu così che si accorse che l'opera cancellata per far posto a San Gerolamo era un'opera dell'antica giurisprudenza romana. Ma quale?

Lasciata Verona per Venezia, Niebuhr scriveva quindi a Savigny per informarlo del ritrovamento e accompagnava la lettera con alcune trascrizioni apografe di ciò che era riuscito a cogliere dell'antico testo, indicandole – a mo' di suggerimento per il destinatario – sotto la dicitura *fragmentum Ulpiani*. Ma quando Savigny ricevette il carteggio non ebbe alcun dubbio: non si trattava affatto di Ulpiano bensì di un passo delle perdute Istituzioni di Gaio²⁴.

6. IL VALORE DI GAIO

La scoperta fu sensazionale e in breve tempo fece il giro del mondo accademico. Sino a quel momento, infatti, di Gaio non ci era arrivato nulla. E nulla sapevamo di lui.

L'uomo delle celebri *Istitutiones* era, per così dire, un grande mistero, che in parte perdura anche oggi.

Di lui sappiamo infatti solo il prenome. Non sappiamo di dove fosse, né quali cariche avesse ricoperto (ammesso che ne avesse ricoperte!) né da quale estrazione sociale provenisse. In altre parole, di Gaio non sappiamo nulla.

A far ancor più denso il mistero si aggiunga poi il fatto che di lui non parlano i suoi contemporanei, ovvero gli autori dell'età classica; non lo citano mai.

Di lui parlano, invece e non poco, in un misto di ammirazione e deferenza, solo gli autori dei secoli successivi, ovvero quelli dell'età bizantina²⁵.

Come conciliare questa stranezza? Quale ruolo aveva davvero Gaio visto che nessuno dei suoi contemporanei lo menziona? E, di conseguenza, quale affidabilità può darci allora la sua opera rispetto al tempo per cui la prendiamo a riferimento?

Come si intuisce i problemi che circondano Gaio e la sua opera non sono affatto di poco conto, soprattutto alla luce dell'enorme impatto che l'opera di questo sconosciuto ha poi certamente avuto sulla mentalità del giurista a partire dall'età bizantina sino alle più moderne codificazioni²⁶.

Nel dedalo di queste domande, non c'è quindi alcun dubbio che quel ritrovamento nella capitolare di Verona segnò senz'altro un netto balzo in avanti. Fu infatti quello il primo momento della storia in cui gli studiosi poterono *leggere* Gaio, e non soltanto sentirne parlare.

Da qui allora il valore della scoperta veronese. Il Gaio ritrovato da Niebuhr è infatti la più completa versione delle *Institutiones* a noi giunta ed è, allo stesso tempo, anche l'unica opera della giurisprudenza romana classica che ci sia arrivata nella sua versione originaria.

²⁴ M. VARVARO, *Le Istituzioni di Gaio e il Glücksstern di Niebuhr*, op. cit.

²⁵ Un *liber singularis regularum*, che forse erroneamente è attribuito a Ulpiano, è largamente un'epitome delle Istituzioni di Gaio. Una seconda epitome fu inserita nella Lex Romana Wisigothorum del 506. Inoltre, quando nel 426 Teodosio II e Valentiniano III limiteranno a cinque il numero dei giuristi dell'età classica citabili nei tribunali, uno di questi è proprio Gaio. Così V. ARANGIO RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, XIV ed., rist. 2002.

²⁶ Si pensi ad esempio a come anche il Code Napoléon adottò infatti la tripartizione gaiana.

Per queste ragioni, va da sé che il Gaio veronese ha a lungo rappresentato – e in parte ancora rappresenta – il più prezioso termine di raffronto, in nostro possesso, per verificare l’attendibilità di ciò che nelle compilazioni giustinianee veniva attribuito all’età classica.

Si prendano ad esempio le Istituzioni di Giustiniano. Al pari delle Pandette e del Codice anch’esse sono una compilazione. La differenza maggiore sta però nel fatto che mentre le prime due recano la provenienza – tramite l’*inscriptio* – delle opere classiche che riproducono o menzionano, le Istituzioni di Giustiniano si presentano nella forma di un unico grande monologo in cui parla solo l’imperatore, menzionando all’occorrenza i precedenti della giurisprudenza (spesso classica) e avendo soprattutto ben cura di sottolineare il suo personale apporto al tema.

Ma come verificare l’attendibilità di quanto racconta Giustiniano dell’età classica? Come distinguere, in assenza di fonti dirette, ciò che dell’età classica si racconta in età bizantina da ciò che fu per davvero l’età classica del diritto romano?

Erano essenzialmente questi i problemi che si trovavano per le mani i giuristi alle prese con la riscoperta del diritto romano, guidati in questo dalla più ferma volontà di privilegiare il suo corpo più antico²⁷. L’annuncio della riscoperta di Gaio suonò allora come la possibilità di poter finalmente fornire delle risposte a queste domande.

In altre parole, Gaio era il termine di paragone che si stava aspettando. La sua riscoperta consentiva infatti finalmente agli studiosi di poter operare una comparazione affidabile tra i molti dati che sino ad allora risultavano incoerenti e difficilmente districabili. Il Gaio ritrovato divenne così la pietra d’angolo su cui *poter finalmente costruire rapporti certi tra i dati e operare così una nuova mappatura delle fonti*, da intendersi quale stratificazione coerente delle alterazioni e delle interpolazioni. E tutto questo grazie a una comparazione verticale.

7. SUL BANCO DI PROVA

Siamo dunque finalmente arrivati a vedere ciò che avvenne in seguito alla riscoperta di Gaio nella capitolare di Verona. Si noti allora che qui i processi comparanti furono addirittura due: il primo, di natura storico-filologica, si volse *nell’opera* di Gaio; il secondo si volse invece nelle fonti del diritto romano, utilizzando quale termine di comparazione proprio il Gaio ritrovato. Per ragioni di economia e coerenza del presente scritto, al primo processo faremo solo un breve cenno per dedicarci poi più attentamente al secondo processo, in quanto più marcatamente giuridico.

A La comparazione filologica nell’opera di Gaio

Il ritrovamento di Gaio portava con sé anche non pochi problemi come quelli derivanti dal dover proporre una sua corretta datazione e quelli derivanti dal dover ricostruire le parti mancanti.

Per le ragioni richiamate poc’anzi ci limiteremo qui a menzionare un solo episodio, anche se l’intero processo meriterebbe maggiori attenzioni.

A ben vedere l’opera ritrovata a Verona non dichiarava a quando risalisse la sua composizione. Come sciogliere questo dilemma? Gli studiosi si misero al lavoro *nel testo* e ben presto notarono la *diversità di due dati*: nel primo libro e all’inizio del secondo

²⁷ Si veda C. VANO, *Il nostro autentico Gaio*, op. cit

Antonino Pio è chiamato *imperator* mentre, dalla fine del secondo libro e in quello successivo è chiamato *divus*; formula, quest'ultima, riservata a ogni imperatore defunto.

La comparazione di questi due dati apparentemente "incoerenti" – processo de-costruttivo comparante: notare ciò che varia in ciò che sembra uguale – consentì di datare l'opera ritrovata da Nieburh intorno al 161 d. C., ovvero subito prima e subito dopo la morte di Antonino Pio.

Si procedette così anche a un'accurata analisi linguistica²⁸. Le lingue infatti non vanno immuni dal cambiamento né lungo la linea del tempo né nella dimensione spaziale. Ma questo deve essere oggetto di una separata trattazione.

B La comparazione nella ricostruzione del panorama delle fonti

Si è detto al paragrafo quattro di come, sino alla riscoperta di Gaio, il diritto romano si presentasse abbastanza confuso nella sua composizione temporale; non era cioè affatto facile distinguere il diritto romano classico da quello successivo. Il Gaio ritrovato servì proprio questo scopo.

Per conoscere il diritto di Giustiniano, nell'inaffidabilità del Corpus, occorreva guardare fuori dal Codice. Occorreva cioè comparare la "versione di Giustiniano" del Corpus con le altre fonti o versioni a lui coeve o immediatamente successive, sopravvissute e disponibili. A tal fine, sino alla riscoperta di Gaio, giocavano un ruolo centrale le versioni greche delle legislazioni d'Oriente che vanno sotto il nome di *Basilici* (IX secolo)²⁹. Si comparavano cioè due versioni linguistiche diverse di uno stesso prodotto giuridico per trovare nel raffronto la giusta guisa di quelle regole. Nella versione dei *basilici*, infatti, i giuristi bizantini non avevano necessità alcuna di nascondere le innovazioni che stavano apportando dietro allo smalto del diritto classico; sicché proprio questa differenza diventava di fatto lo strumento più prezioso per separare, anche nel Corpus, il diritto classico da quello giustiniano. Ed era certamente un esercizio comparante.

In altre parole, si mappava così il diritto post-classico, desumendo di fatto che ciò che non trovava spazio in questa categoria doveva allora essere precedente e quindi classico. Si approntava così una comparazione de-costruttiva, operando cioè una continua *rimozione di strati*.

Guardando più da vicino, si operava una comparazione volta a rimuovere le interpolazioni introdotte in epoca post-classica. Tali interpolazioni, infatti, non erano sempre compiutamente arrangiate e presentavano spesso i *segni evidenti di errori grammaticali, grecismi, vocaboli e strutture linguistiche sconosciute al latino dell'età classica*. Ovviamente, a tal fine, le fonti migliori erano quelle della giurisprudenza classica ma, come dicevamo poc'anzi, sono invero assai poche quelle a noi giunte e, a dire il vero, neppure quelle sono davvero immuni da rimaneggiamenti successivi come *epitomi, crestomazie e glossemi*.

La riscoperta di una versione di Gaio databile al 160 d.C. fu dunque una svolta nelle possibilità degli studi appena descritti. Il Gaio di Verona è infatti l'unica opera della giurisprudenza classica che ci sia pervenuta nella sua forma originaria.

L'acquisizione di questi nuovi dati permise così al processo comparante di scindere con maggiore certezza il diritto romano classico da diritto romano successivo. E si trattò

²⁸ Dalla quale si capì che probabilmente il nostro Gaio era un uomo della provincia e non di Roma.

²⁹ *Basilici* è il nome sotto cui si raggruppano le leggi bizantine volute da Basilio I che, volendo riformare il diritto romano, riprese quanto già fatto da Giustiniano rinnovandolo a tratti anche significativamente. Sul punto si veda il lavoro, ormai un classico, di C. DIEHL, *La civiltà bizantina*, Milano, 1962.

di una comparazione operata *nelle fonti di un unico ordinamento quale forma di de-stratificazione dell'esistente*.

8. COMPARAZIONE CON E SENZA CONSAPEVOLEZZA METODOLOGICA: ANTROPOLOGIA DI UNA FORMA MENTIS?

Nel lavoro che abbiamo appena descritto ritroviamo i prodromi di almeno *due distinti processi comparanti*: il primo *ha reso possibile la ricostruzione delle parti del testo mancanti* e per questo, quindi, è più circoscritto al testo gaiano; il secondo, invece, partendo dal testo ora completo, *ha poi reso possibile la ricostruzione di un corretto panorama delle fonti classiche*, ovvero ha reso possibili quelle risposte che il giurista – il pandettista in particolar modo – aspettava da tempo.

Il primo processo si è quindi fondamentalmente realizzato attraverso una *comparazione inter-testuale e glottologica*, mentre il secondo si è invece realizzato attraverso una vera e propria *comparazione delle fonti del diritto*; e tutte di *un unico ordinamento*.

Ma allora, erano forse costoro dei comparatisti o semplicemente procedevano comparando?

E poi, la comparazione è allora soltanto un metodo consapevole (che come tale prescinde da ogni interferenza dell'oggetto su di essa) o è, forse, anche una *forma mentis* innata, un'attitudine della curiosità umana e in questo senso allora antropologica (che come tale non va immune dall'oggetto che osserva)? Credo sia questo il cuore del presente articolo.

Credo infatti che sia possibile comparare anche senza possedere nozioni metodologiche e consapevolezza teorica; così come è possibile parlare le lingue senza essere dei linguisti, cioè senza conoscere le regole che permeano il fenomeno linguistico.

L'umanità ha infatti in sé la tendenza innata a confrontare ciò che vede con ciò che ha già visto, a rapportare ciò che conosce per la prima volta con ciò di cui ha già conoscenza. È inevitabile. La mente umana processa infatti i dati che osserva sistematizzandoli in relazione a quanto già conosce. E in questo c'è sicuramente una buona dose di comparazione.

C'è dunque una sorta di *spontaneità nella comparazione*; una sorta cioè di naturale inclinazione al confronto: e questo è vero sia per l'osservazione del dato biologico sia per la riflessione sul dato astratto. Diritto qui compreso.

A tal proposito è infatti celebre l'introduzione del fortunato manuale di David lad-dove afferma che: "Il confronto tra sistemi giuridici nella prospettiva della diversità geografica è antico tanto quanto lo studio del diritto stesso. Il Trattato sulla politica di Aristotele si basa sullo studio di centocinquantatré Costituzioni; si è ritenuto che Solone procedesse nello stesso modo per elaborare le leggi di Atene; racconta la leggenda che i decenviri elaborarono le Dodici Tavole dopo un'indagine svolta nelle città della Magna Grecia. Nel Medioevo, il diritto romano e il diritto canonico sono stati oggetto di comparazione così come, allo stesso modo nel XVII secolo, in Inghilterra, spiccarono i pregi della comparazione tra diritto canonico e *common law*. Il confronto delle consuetudini ha contribuito notevolmente al tentativo di identificare un diritto consuetudinario comune in Francia e una *Deutsches Privatrecht* in Germania. Infine, Montesquieu ha usato il

metodo della comparazione per cercare di decifrare lo spirito delle leggi e per estrarre da quelle i principi di un buon sistema di governo”³⁰.

Se cercassimo negli esempi certamente suggestivi di David il segno di una piena consapevolezza metodologica, nessuno di questi potrebbe davvero essere considerato il prodotto della comparazione. Tuttavia è però altrettanto innegabile che in ciascuno di essi l’idea di fondo della comparazione – che è poi l’intuizione di conoscere mediante la diversità – fosse qui già ampiamente presente; sicché, in ultima analisi, è certamente possibile comparare come attitudine umana al conoscere il reale, ovvero anche senza possedere metodo e consapevolezza di quello. E tale attitudine può riversarsi sia su dati che ci appaiono diversi in ragione della loro alterità spaziale sia su dati che ci paiono diversi in ragione della loro alterità formanziale. Senza che ciò possa compromettere il metodo. Ma è però altrettanto indubbio che laddove all’attitudine si aggiungono poi anche metodo e consapevolezza i risultati potranno essere invero assai più proficui.

9. CONCLUSIONI

Nelle pagine che ci hanno condotto qui abbiamo avuto modo di riflettere su diverse questioni. Abbiamo infatti visto come il primato della comparazione orizzontale non dipenda dal metodo (che può invero fare benissimo a meno della pluralità di ordinamenti, necessitando semmai solo di una pluralità di dati) bensì *dalla nostra capacità di vedere la diversità*.

Abbiamo infatti avuto modo di ripercorrere anche le vicende della riscoperta di Gaio e dimostrare così come, anche in quel caso – ovvero anche dove esiste un solo ordinamento – la diversità (in quanto pluralità di dati) possa essere comunque oggetto di una valida comparazione.

Così, sia il successo della comparazione su base spaziale (ovvero tra ordinamenti o modelli) sia il poco credito di cui gode, al contrario, la comparazione verticale dipendono allora da una nostra attitudine mentale: la capacità di cogliere meglio i contrasti netti delle sfumature.

Ne discende allora che la comparazione *può* essere applicata al dato che emerge dalla diversità spaziale – e spesso lo è – ma non è detto che *debba* essere per forza confinata solo a quello; non è detto, cioè, che la diversità misurabile dal comparatista debba essere per forza quella che troviamo unicamente tra due dati che ci appaiono diversi in ragione della loro discontinuità spaziale. Una simile visione sarebbe infatti un errore logico prima ancora che comparatistico, poiché faremmo dipendere il metodo dal suo oggetto.

In ragione di queste evidenze, al di fuori del dato spaziale, si aprono allora altre e infinite possibilità per la comparazione. Tra queste, quella di poter trovare la pluralità di dati di cui abbiamo bisogno anche in una dimensione tutta verticale nel fenomeno giuridico, vale a dire anche all’interno di un solo ordinamento.

Anche su base municipale, infatti, il prodotto giuridico non è mai né stabile nel tempo né privo di sfumature nel sincrono; sicché anche la varianza che da ciò si origina dovrebbe allora costituire, ad ogni buon conto, un legittimo banco di prova per il comparatista e per il suo metodo.

³⁰ R. DAVID, *Les grands systèmes de droit contemporains*, op. cit.

E trattandosi di una questione di metodo, il procedere sarà allora inevitabilmente sempre lo stesso: notare ciò che cambia in ciò che sembra uguale; notare ciò che resta uguale in ciò che sembra cambiare.

Orizzontale e verticale non sono allora due forme diverse di comparazione. Sono piuttosto l'emersione del carattere in cui cogliamo la natura dei dati che ci apprestiamo a comparare.

E questa diversa natura non stinge sul metodo e sulle sue possibilità. Stinge semmai sulla *forma mentis* con cui ci avviciniamo a riconoscere la varianza. La varianza partecipa al nostro sguardo e la diversità che percepiamo ne è il prodotto.