

ISSN 2724-3273



Milan Law Review

n. 2/2024

FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI
DI MILANO


UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO
**CENTRO DI RICERCA
COORDINATO**
"STUDI SULLA GIUSTIZIA"

EDITORE: Università degli Studi di Milano - CRC “Studi sulla giustizia”

DIRETTORE RESPONSABILE: Antonio Gambaro

COMITATO DI DIREZIONE: Mauro Barberis, Marco Barbieri, Luca Bertozzi, Pierre Brunet, María Adoración Castro Jover, Marco Cian, Giuditta Cordero-Moss, Filippo Danovi, Francesco Delfini, Chiara Favilli, Jordi Ferrer Beltrán, Thomas Finkenaue, Cristina Frankel-Haeberle, Luis Leiva Fernández, Fernando Londoño Martínez, Belén Mora Capitán, Carlos Petit, Otto Pfersmann, Thomas Rüfner, Claudia Storti, Francesco Viganò, Daniela Vigoni.

COMITATO DI REDAZIONE: Stefano Zirulia (coordinatore), Alberto Aimi, Ilaria Anrò, Amal Abu Awwad, Mohamed Arafa, Vittorio Bachelet, Andrea Ballancin, Antonia Baraggia, Davide Casale, Stefano Catalano, Paola Chiarella, Nadia Coggiola, Daniela Dadamo, Linda De Maddalena, Filip Dorsemont, Carmela Elefante, Emanuela Fugazza, Lorenzo Gagliardi, Maria Elena Gennusa, Aleksander Grebieniow, Alessandra Ingrao, Daniel Oliver Lalana, Barbara Mameli, Davide Paris, Titina Maria Pezzani, Lilian San Martín Neira, Irene Stolzi, Marcello Toscano, Tommaso Trincherà, Silvia Zorzetto.

COMITATO SCIENTIFICO: Jean Bernard Auby, Joxerramon Bengoetxea, Francesca Biondi, Luis Blanco Valdés, Alessandro Boscati, Nerina Boschiero, Eugenio Bruti Liberati, Maria Teresa Carinci, Paolo Carnevale, Elena Maria Catalano, Rossella Cerchia, Philippe Chauviré, Roberto Cornelli, Carlos De Cores, Iole Fagnoli, Francesco Giglio, Luigi Lacchè, Luca Luparia, Claudio Luzzati, Natascia Marchei, Luca Masera, Mathias Möschel, Vito Pinto, Gaetano Ragucci, Francesca Ruggieri, Roberto Sacchi, Wojciech Sadursky, Laura Salvaneschi, Francesco A. Schurr, Marco Scoletta, Armin Von Bogdandy, Zhao Yi.

Milan Law Review (MLR) è una Rivista giuridica a vocazione multidisciplinare e multilingue, pubblicata con cadenza semestrale in modalità *open access*. La Rivista rappresenta uno spazio di discussione ed approfondimento aperto e pluralista, che si propone di superare gli steccati che tradizionalmente separano le discipline giuridiche e gli ordinamenti nazionali, promuovendo il dibattito scientifico su un ampio spettro di problematiche, da quelle classiche a quelle più strettamente contemporanee. Nata da un’iniziativa dei tre Dipartimenti afferenti alla Facoltà di Giurisprudenza dell’Università degli Studi di Milano, la Rivista annovera tra i componenti dei propri organi studiosi provenienti da prestigiosi Atenei e Centri di ricerca di tutto il mondo.

La Rivista è classificata dall’ANVUR come **“Rivista Scientifica” per l’Area 12**.

Open Access Policy: Questa serie fornisce accesso aperto e senza restrizioni ai suoi contenuti. Chiunque ha il diritto di scaricare, riutilizzare, ristampare, modificare, distribuire e/o copiare i contenuti pubblicati.

La Rivista è distribuita con **licenza Creative Commons Attribution - 4.0 International License BY-NC-ND**. Tale licenza consente di riprodurre, distribuire, comunicare al pubblico, esporre in pubblico, rappresentare, eseguire e recitare il materiale con qualsiasi mezzo e formato, purché venga espressamente riconosciuta la paternità dell’opera. Non è consentito l’utilizzo per scopi commerciali. Presentando un articolo alla Rivista l’autore ne accetta la pubblicazione in base a tale licenza.

Peer Review: I contributi sono sottoposti ad una procedura di referaggio anonimo (*double blind peer review*). Il Direttore responsabile, dopo avere svolto una previa valutazione di adeguatezza scientifica del contributo e di pertinenza all’area tematica della Rivista, invia gli stessi contributi, resi anonimi dal Comitato editoriale, al *referee* da lui scelto nell’ambito di un elenco di *referee* formato dal Comitato di direzione. Il *referee* esprime la propria valutazione, di regola, entro 20 giorni dall’attribuzione dell’incarico.

Codice etico: La Rivista si uniforma agli standard definiti dal *Committee on Publication Ethics* (COPE) e adotta le relative linee guida. Il testo integrale del codice etico è disponibile sulla pagina web della *Milan Law Review*.

Modalità di citazione consigliata: N. COGNOME, *Titolo del contributo*, in *Milan law review*, anno, n. X, p. XX-XX.

ISSN: 2724-3273 | Iscrizione al **Registro della Stampa** con Decreto del 2 luglio 2021, Tribunale di Milano.

Luogo di pubblicazione: Milano, via Festa del Perdono n. 7, 20122, Italia.

Data di pubblicazione del fascicolo: dicembre 2024. **DOI:** 10.54103/milanlawreview/2024/v5/n2

PUBLISHER: Università degli Studi di Milano - CRC “Studi sulla giustizia”

EDITOR IN CHIEF: Antonio Gambaro

EDITORIAL BOARD: Mauro Barberis, Marco Barbieri, Luca Bertonazzi, Pierre Brunet, María Adoración Castro Jover, Marco Cian, Giuditta Cordero-Moss, Filippo Danovi, Francesco Delfini, Chiara Favilli, Jordi Ferrer Beltrán, Thomas Finkenaue, Cristina Frankel-Haeberle, Luis Leiva Fernández, Fernando Londoño Martínez, Belén Mora Capitán, Carlos Petit, Otto Pfersmann, Thomas Rüdner, Claudia Storti, Francesco Viganò, Daniela Vigoni.

EDITORIAL STAFF: Stefano Zirulia (coordinator), Alberto Aimi, Ilaria Anrò, Amal Abu Awwad, Mohamed Arafa, Vittorio Bachelet, Andrea Ballancin, Antonia Baraggia, Davide Casale, Stefano Catalano, Paola Chiarella, Nadia Coggiola, Daniela Dadamo, Linda De Maddalena, Filip Dorsemont, Carmela Elefante, Emanuela Fugazza, Lorenzo Gagliardi, Maria Elena Gennusa, Aleksander Grebieniow, Alessandra Ingrao, Daniel Oliver Lalana, Barbara Mameli, Davide Paris, Titina Maria Pezzani, Lilian San Martín Neira, Irene Stolzi, Marcello Toscano, Tommaso Trinchera, Silvia Zorzetto.

SCIENTIFIC COMMITTEE: Jean Bernard Auby, Joxerramon Bengoetxea, Francesca Biondi, Luis Blanco Valdés, Alessandro Boscati, Nerina Boschiero, Eugenio Bruti Liberati, Maria Teresa Carinci, Paolo Carnevale, Elena Maria Catalano, Rossella Cerchia, Philippe Chauviré, Roberto Cornelli, Carlos De Cores, Iole Fagnoli, Francesco Giglio, Luigi Lacchè, Luca Luparia, Claudio Luzzati, Natascia Marchei, Luca Maserà, Mathias Möschel, Vito Pinto, Gaetano Ragucci, Francesca Ruggieri, Roberto Sacchi, Wojciech Sadursky, Laura Salvaneschi, Francesco A. Schurr, Marco Scoletta, Armin Von Bogdandy, Zhao Yi.

Milan Law Review (MLR) Milan Law Review (MLR) is a multidisciplinary and multilingual law journal, published on a six-monthly basis in open access mode. The Review provides an open and pluralist space for discussion and in-depth scholarship, which aims to overcome those pre-established barriers which conventionally separate legal disciplines and national legal systems and to promote the scientific debate on a wide range of issues, from traditional to more strictly contemporary ones. Created on the initiative of the three Departments composing the Faculty of Law of the University of Milan, MLR counts among the members of its academic bodies prestigious Universities and research centres from all over the world.

Open Access Policy: The Review provides open and unrestricted access to its contents. Anyone has the right to download, use, print, distribute and/or copy published content, in compliance with the adopted license (see below).

The Review is distributed under a **Creative Commons Attribution - 4.0 International License BY-NC-ND**. This license allows to reproduce, distribute, communicate to the public, publicly display, perform and recite the material in any medium and format, provided that the authorship of the work is expressly acknowledged. Use for commercial purposes is not permitted. By submitting an article to the Review, the author accepts publication under this license.

Peer Review: Contributions are subject to double blind peer review. The Editor in Chief, after a preliminary evaluation of the scientific adequacy of the contribution and its relevance to the subject area of the Review, sends the contribution, made anonymous by the Editorial Staff, to the referee chosen from a list of referees formed by the Editorial Board. The referee shall express her or his evaluation within 20 days of the assignment unless otherwise agreed.

Publication Ethics: The Review has adopted its own standards on publication ethics (available on the MLR website), in compliance with the guidelines defined by the Committee on Publication Ethics (COPE).

Suggested Citation style: N. SURNAME, *Title*, in *Milan law review*, year, n. X, p. XX-XX.

ISSN: 2724-3273

Registration in the **Public Press Register** by Decree of July 2, 2021 - Court of Milan.

Place of Publication: Milano, via Festa del Perdono n. 7, 20122, Italy.

Date of Publication of this Issue: December 2024. **DOI:** 10.54103/milanlawreview/2024/v5/n2



N. 2/2024

INDICE DEI CONTRIBUTI

ROBERTO BARTOLI, <i>Brevi considerazioni sull'attuale "stato di salute" del nostro costituzionalismo</i>	1
FRANCESCO MAROTTA, <i>Corporate Oversight in the Sustainability Era</i>	30
MARÍA MAGDALENA BUSTOS DÍAZ, <i>Implicancias y justificación de la confianza en los contratos relacionales</i>	71
HELGA MARÍA LELL, <i>El lenguaje claro y el alerta sobre los malos usos de la lengua en el ámbito jurídico</i>	98
RICCARDO MAZZOLA, <i>Il Codice cavalleresco italiano di Jacopo Gelli. Un'interpretazione in chiave vendicatoria</i>	124
ILIYES BOUZIDI, <i>Economic control authorities: a reading of Algerian law</i>	150





N. 2/2024

TABLE OF CONTENTS

ROBERTO BARTOLI, <i>Brief Remarks on the Current Health Status of our Constitutionalism</i>	1
FRANCESCO MAROTTA, <i>Corporate Oversight in the Sustainability Era</i>	30
MARÍA MAGDALENA BUSTOS DÍAZ, <i>Implications and rationale for trust in relational contracts</i>	71
HELGA MARÍA LELL, <i>Plain Language and the Alert on Misuses of Speech in Legal Practice</i>	98
RICCARDO MAZZOLA, <i>Jacopo Gelli's Codice Cavalleresco Italiano. A 'Vindictory' Interpretation</i>	124
ILIYES BOUZIDI, <i>Economic control authorities: a reading of Algerian law</i>	150





Brevi considerazioni sull'attuale "stato di salute" del nostro costituzionalismo

Brief Remarks on the Current
Health Status of our Constitutionalism

ROBERTO BARTOLI

Professore ordinario di diritto penale

Università degli Studi di Firenze

roberto.bartoli@unifi.it

ABSTRACT

Il contributo illustra come, all'interno del nostro costituzionalismo, dominino tuttora forme di prevalenza dell'autorità a scapito delle libertà, dello Stato a scapito della persona. L'autore dimostra l'assunto sviluppando la trattazione attraverso tre aree tematiche (beni giuridici e valutazione di meritevolezza della tutela penale; limiti alle libertà; incriminazione e autodeterminazione), ciascuna esaminata nella triplice prospettiva dell'ordinamento fascista, della svolta costituzionale, nonché dell'odierno costituzionalismo. Nelle conclusioni si prospetta, come antidoto, un percorso teso alla valorizzazione della persona nella sua concretezza e più in generale degli interessi in gioco in funzione di tutela delle persone concrete.

Parole chiave: costituzionalismo; libertà; autorità; fascismo; diritto penale



DOI: 10.54103/milanlawreview/27692

MILAN LAW REVIEW, Vol. 5, No. 2, 2024

ISSN 2724 - 3273

The paper argues that, in the framework of our constitutionalism, certain forms of prevalence of the authority over of freedoms, as well as of the State over the person, are still dominant. The author demonstrates the assumption by developing the discussion through three thematic areas (legal goods and criminalisation; limits to freedoms; incrimination and self-determination), each examined from the threefold perspective of the fascist order, the constitutional turn, and contemporary constitutionalism. The conclusions propose, as an antidote, a path aimed at the valorisation of the person in his or her concreteness and more generally of the interests at stake from the perspective of the protection of concrete persons.

Keywords: constitutionalism; freedom; authority; fascism; criminal law

Il contributo è stato sottoposto a referaggio anonimo (doppio cieco)

This paper has been subjected to double-blind peer review

Brevi considerazioni sull'attuale "stato di salute" del nostro costituzionalismo

SOMMARIO: 1. Le radici antifasciste della nostra Costituzione. – 2. Crisi, contraddizioni e rischio di smarrimento dello spirito della Costituzione. – 3. Beni giuridici e valutazioni di meritevolezza della tutela penale. – 3.1. Nel regime fascista: la onnipervasività della prospettiva pubblicistica. – 3.2. Nella svolta costituzionale: la persona al centro. – 3.3. Nell'odierno costituzionalismo: dignità e vulnerabilità tra personalismo e statalismo. – 4. I limiti alle libertà. – 4.1. Nel regime fascista: l'incriminazione delle libertà sulla base delle finalità perseguite. – 4.2. Nella svolta costituzionale: l'irrilevanza delle finalità perseguite. – 4.3. Nell'odierno costituzionalismo: un ritorno alla rilevanza delle finalità perseguite? – 5. Incriminazione e autodeterminazione. – 5.1. Nel regime fascista: le violazioni dell'*habeas corpus*. – 5.2. Nella svolta costituzionale: la piena rilevanza dell'autodeterminazione in prospettiva personalistica. – 5.3. Nell'odierno costituzionalismo: ancora limiti alla rilevanza dell'autodeterminazione. – 6. Alcune conclusioni.

1. Le radici antifasciste della nostra Costituzione

È tempo di crisi e quindi è tempo di contraddizioni. A dire il vero, come ben sanno e ci insegnano gli storici e i filosofi, è sempre tempo di crisi e di contraddizioni, e quando ci si illude che ciò non accada è soltanto perché non s'indossano i giusti occhiali per vedere la verità delle cose. D'altra parte, è anche vero che oggi crisi e contraddizioni si avvertono in modo particolarmente acuto, a volte addirittura dirompente: anche perché le crisi sono sempre di più dovute a trasformazioni molto repentine e le contraddizioni attengono spesso ai pilastri che sono a fondamento della nostra società.

Per rendercene conto, basta pensare a questa sorta di contraddizione nella contraddizione: mentre, da un lato e – per così dire – da una parte, non senza generare stupore e anche qualche preoccupazione, si registra una certa difficoltà a riconoscere le radici antifasciste della nostra Costituzione; dall'altro lato e "da altra parte", provocando altrettanto sbalordimento e inquietudine, emerge anche la difficoltà a spiegare queste radici, indicando con chiarezza, ben al di là dei balbettii con vuoti slogan del tutto retorici e ideologici, in cosa e per cosa la nostra Costituzione è, in termini consustanziali, antifascista.

Il problema non risiede nella nostra Costituzione e nel suo indiscutibile e inequivocabile antifascismo di cui sono intrisi ogni singola parola e tutti i meccanismi istituzionali. Al netto di chi non ha mai posseduto lo spirito della nostra Costituzione, il problema sembra piuttosto derivare da ciò che potremmo definire il rischio di smarrimento di tale spirito da parte di chi ce l'ha.

Infatti, sotto il primo profilo (Costituzione indubbiamente antifascista), la cesura prodotta dalla nostra Carta costituzionale, e più in generale dal costituzionalismo moderno, è davvero rivoluzionaria e storicamente epocale, anche perché è il frutto della combinazione di una pluralità di innovazioni giuridiche significativissime, saldamente strette tra di loro¹: la Costituzione è stata collocata formalmente al vertice delle fonti, al di sopra della legge, e sostanzialmente alla base fondativa del patto sociale, determinando, quasi ossimoricamente, una chiusura alla politica che si avvale dei poteri istituzionali e un'apertura alla società che vive prima di tali poteri; libertà, diritti e principi di garanzia sono stati riuniti all'interno della Costituzione, e quindi sottratti alla modificabilità da parte della legge e alle temperie della politica contingente; alla Corte costituzionale è stato attribuito il potere di sindacare la legittimità delle leggi rispetto ai diritti e ai principi della Costituzione, attivata dal potere giurisdizionale prossimo alle istanze pluralistiche della società e al patto fondativo e altro rispetto al potere legislativo.

In poche parole, attraverso la Costituzione e il costituzionalismo moderno si è sancito il primato del diritto sulla politica, della *ratio* sulla *voluntas*, della persona sullo Stato ovvero si sono stabiliti limiti che la politica non può valicare, primato che la politica, tutta, purtroppo stenta ancora a riconoscere. In particolare, per quanto riguarda i consociati, se il fascismo, e più in generale qualsiasi autoritarismo, distingue a priori tra fini "buoni" e fini "cattivi", ritenendo che i primi si possano perseguire con qualsiasi mezzo, anche violento, mentre i secondi non si possono mai perseguire, nemmeno con i mezzi leciti dell'esercizio delle libertà; il costituzionalismo, invece, può essere definito come il riconoscimento della massima libertà nella scelta dei valori/fini, che tuttavia si possono perseguire soltanto con mezzi che non sono violenti o che comunque non offendono interessi meritevoli di tutela.

Per quanto riguarda i detentori del potere politico incardinato nei poteri istituzionali e quindi lo Stato, se il fascismo, e più in generale ogni autoritarismo, legittima il perseguimento di qualsiasi fine con qualsiasi mezzo (ovvero nel momento in cui si rendono illimitati i mezzi si rendono illimitati anche i fini), il costituzionalismo invece impone di perseguire determinati fini con determinati mezzi (ovvero rendendo limitati i mezzi si rendono limitati anche i fini).

Da qui, le idee centrali per cui prima viene la società e poi lo Stato, ma soprattutto, prima vengono i consociati e, più precisamente, ogni singola persona e poi lo Stato, e che quindi i consociati e ogni singola persona preesistono allo Stato,

¹ Sul tema, v. P. GROSSI, *Costituzionalismi tra "moderno" e "post-moderno"*, Napoli, 2017; di recente F. PALAZZO, *Diritto penale e costituzione (ricordando Franco Bricola)*, in *Dir. pen. proc.*, 2024, in corso di pubblicazione; inoltre, sia consentito rinviare a R. BARTOLI, *Introduzione al diritto penale tra violenza e costituzionalismo*, Torino, 2022.

con la conseguenza che è lo Stato a "servire" la persona²: i consociati sono liberi fin tanto che non vi sia il passaggio alla violenza o comunque l'offesa di interessi meritevoli di tutela; lo Stato può porre limiti all'azione dei consociati per tutelare interessi meritevoli della società, e purché si tratti di limitazioni che rispettino diritti e principi di garanzia. Un ribaltamento totale della prospettiva del fascismo e di ogni autoritarismo.

2. Crisi, contraddizioni e rischio di smarrimento dello spirito della Costituzione

Ma eccoci al secondo profilo, al rischio di smarrimento dello spirito della nostra Costituzione, che per noi giuristi significa nella sostanza tendenza a dimenticarsi dei limiti o comunque a flessibilizzarli, creando una sorta di piano inclinato molto rischioso, che potrebbe portare a legittimare eccessi e prevaricazioni.

Sul punto voglio essere chiaro. Non è mia intenzione strumentalizzare la Costituzione e farne una sorta di Super-legge destinata a porre vincoli più politici che costituzionali al legislatore: il legislatore gode di ampi margini di discrezionalità anche in ambito penale e strumentalizzare la Costituzione a fini di parte, pur non essendo deleterio quanto violarla, comunque è pericoloso, contribuendo notevolmente allo smarrimento del suo spirito. Tuttavia, non ho nemmeno l'intenzione di svilire la Costituzione a pannicello caldo contro i possibili abusi del potere politico, proprio perché, pur essendo sempre necessario equilibrio e dialogo, è la Costituzione, prima ancora della democrazia, il cane da guardia della pace sociale e della democrazia stessa, ponendo limiti alla politica.

Ebbene, lo spirito della Costituzione e dei limiti si smarrisce nel momento in cui si smarrisce l'idea fondamentale secondo cui la singola persona in carne ed ossa viene prima dello Stato ovvero quando le finalità dello Stato sono perseguite con mezzi che vanno a scapito della persona e quindi si smarrisce ciò che potremmo definire il nocciolo duro delle tutele e delle garanzie.

Si potrebbe ritenere che gli smarrimenti e le flessibilizzazioni sarebbero fisiologici e non devono allarmare, essendo conseguenze inevitabili di uno Stato che risulta ormai saldamente democratico. Ed infatti, da un lato, si può osservare come la legislazione di oggi non sia più quella fascista, ma per l'appunto quella democratica e come pertanto diventi sempre più difficile incappare in illegittimità. Insomma, eccessi illegittimi si avrebbero soprattutto con una legislazione fascista, mentre è più difficile riscontrarli quando la legislazione è frutto di un legislatore democraticamente eletto. Dall'altro lato, si può affermare che, anche proprio in virtù di una legislazione sempre più democratica, si è trasformato lo stesso sindacato di legittimità costituzionale, per cui dal giudizio tradizionale e maggiormente rigido quale quello basato sul bilanciamento degli interessi, si

² Sulle radici e lo sviluppo del personalismo costituzionale, v. E. CATERINA, *Personalismo vivente, Origini ed evoluzione dell'idea personalista dei diritti fondamentali*, Napoli, 2023.

sarebbe passati a un giudizio più flessibile e dialogico, basato sulla ragionevolezza, con conseguente flessibilizzazione anche degli stessi limiti.

Queste affermazioni colgono senz'altro importanti aspetti di verità, ma con l'assolutezza con la quale sono espresse necessitano di precisazioni. Per quanto riguarda l'idea che i problemi di legittimità si sarebbero attenuati in virtù di una legislazione democratica, è senz'altro vero che le dichiarazioni di illegittimità costituzionale più eclatanti sono state adottate proprio rispetto alla legislazione fascista, mentre negli ultimi decenni, dove le questioni di legittimità hanno avuto ad oggetto una legislazione democratica, se non si può dire che le dichiarazioni di illegittimità si siano ridotte, tuttavia, si deve riconoscere che si tratta di accoglimenti che non si basano – per così dire – su violazioni gravi della Costituzione.

D'altra parte, a ben vedere, sarebbe un errore imputare alla sola matrice autoritaria o democratica della legislazione lo smarrimento dello spirito della Costituzione, potendosi cogliere in tale asserzione addirittura una manifestazione di tale smarrimento. Ed infatti, non ci possiamo dimenticare che anche la democrazia può essere liberticida e autoritaria, non soltanto perché in ogni momento potrebbe decidersi per il proprio suicidio, ma anche perché risulta autoritaria e liberticida ogni qualvolta la legge democraticamente approvata eccede i limiti posti dalla Costituzione: insomma, nei sistemi politici autenticamente democratico-costituzionali l'autoritarismo si manifesta nelle episodiche violazioni della Costituzione e più in generale delle fonti internazionali a garanzia dei diritti umani. Inoltre, come vedremo, anche in presenza di una legislazione fascista, vi sono state sentenze della Corte costituzionale che nella sostanza non hanno avuto il necessario coraggio di spingere il sindacato fino in fondo, proprio come richiesto dal moderno costituzionalismo, con la conseguenza che lo smarrimento e la flessibilizzazione dei limiti a volte è da imputare più all'eccessiva prudenza dei custodi della Costituzione che al legislatore e alle sue leggi. Infine, si deve osservare come per alcuni aspetti la legislazione democratica si sia rivelata assai più deteriore di quella fascista: si pensi al tema delle comminatorie edittali e alle pene davvero draconiane previste dal legislatore democratico, che in risposta hanno portato a sviluppare il principio di proporzione.

Per quanto riguarda la flessibilizzazione dei limiti attraverso la dialogicità dei più recenti giudizi di sindacato, è senz'altro vero che la ragionevolezza, soprattutto se estrinseca e triadica, tende ad adottare come parametro di riferimento proprio una legislazione che già di per sé si assume come conforme alla Costituzione e quindi legittima, operando nel senso di estendere tale disciplina a quella della cui legittimità si dubita: insomma, il limite si ricava non tanto da un rapporto diretto della legge con la Costituzione, ma – per così dire – sistematicamente, nel rapporto di una legge con un'altra legge che di per sé si ritiene costituzionalmente legittima, risultando illegittima la differenziazione tra situazioni analoghe o la parificazione di situazioni diverse. Così come è certo che

il sindacato di ragionevolezza intrinseco o di razionalità, sempre più definito di proporzione, si concentra soprattutto sulla idoneità e sulla necessità dei mezzi rispetto allo scopo, piuttosto che sulla meritevolezza del bene tutelato e sul bilanciamento tra quello tutelato e quello compromesso.

Tuttavia, nonostante queste peculiarità, si deve osservare come in entrambi i giudizi si ponga sempre e comunque un problema di meritevolezza degli interessi tutelati e di bilanciamento con quelli contrapposti. Per quanto riguarda la ragionevolezza estrinseca, prima di passare alla vera e propria comparazione della legge della cui legittimità si dubita con quella ritenuta legittima, la Corte costituzionale tende spesso a compiere una valutazione di entrambe sul piano della legittimità dei beni tutelati, valutazione che può portare anche a una rivisitazione e rimodulazione degli stessi al fine di renderli compatibili con la Costituzione. Per quanto riguarda la ragionevolezza intrinseca, non si può fare a meno di ricordare che il giudizio si articola addirittura in quattro passaggi, per cui, prima della valutazione della idoneità e necessità dei mezzi rispetto scopo, occorre soffermarsi sulla legittimità dello stesso scopo, e da ultimo, dopo l'idoneità e la necessità, si deve compiere comunque un bilanciamento tra gli interessi perseguiti e quelli intaccati con i mezzi. Insomma, e non poteva essere diversamente, nel costituzionalismo non possono mai mancare giudizi assiologici a carattere sostanziale in ordine all'*an* della meritevolezza e al bilanciamento.

Ebbene, nelle pagine che seguiranno vorrei soffermarmi proprio su questo rischio di smarrimento dei limiti posti dal costituzionalismo, analizzando tre questioni centrali dalla prospettiva penalistica: le valutazioni di meritevolezza dell'oggetto della tutela; i limiti alle libertà derivanti dal bilanciamento con interessi ritenuti meritevoli di tutela; la rilevanza attribuita all'autodeterminazione.

Come vedremo, l'impressione di fondo che se ne trae è che se il costituzionalismo – per così dire – *in the book* traccia in modo sufficientemente chiaro i limiti da opporre al potere politico, assumendo una posizione in netta contrapposizione alla prospettiva fascista/autoritaria, la realtà del costituzionalismo *in action* si presenta invece molto più articolata e con qualche contraddizione, proprio perché a volte si assiste a una vera e propria flessibilizzazione dei limiti che finisce per andare oltre una flessibilizzazione da bilanciamento derivante – per così dire – da un'ermeneutica costituzionale, risultando piuttosto il frutto di uno smarrimento dello spirito.

3. Beni giuridici e valutazioni di meritevolezza della tutela penale

Il concetto di bene giuridico è da sempre problematico. Non soltanto perché di per sé manipolabile, ma anche perché fisiologicamente tendente a una pubblicizzazione dell'oggetto della tutela che si sposa perfettamente con le istanze di tutela perseguite dal detentore politico/statale del potere punitivo

pubblico/politico³. A un'attenta analisi si potrebbe dire che lo stesso concetto di bene giuridico nasce proprio da una prospettiva di valorizzazione del potere pubblico statale, aumentando così esponenzialmente i rischi di manipolabilità, nel senso che alla sua manipolabilità fisiologica si aggiunge anche quella da strumentalizzazione della politica.

La pubblicizzazione finisce per svincolare gli interessi lesi dalla realtà e dalla persona e, più in generale, da una concretezza, se non empirica, quanto meno realistica, sia essa personale o sociale. Insomma, attraverso il concetto di bene giuridico, sopra qualsiasi esigenza di tutela si viene a distendere una coltre – per così dire – collettivistica, e nella sostanza politicamente volontaristica, che finisce per “espropriare” l’interesse dal diretto titolare trasformandolo in un qualcosa che appartiene allo Stato.

Con conseguenze relevantissime. Si pensi a quanto accade rispetto agli interessi riconducibili alla persona concreta in carne e ossa: la dimensione personalistica si esaurisce nel diritto soggettivo del danneggiato suscettibile di risarcimento del danno e quindi in una tutela civilistica e in una dimensione privatistica; la dimensione pubblicistica si esaurisce nel bene giuridico suscettibile di tutela penale. Da tutto ciò, resta completamente fuori e perde totalmente di rilevanza l’offesa reale al bene concreto riferibile alla persona, “l’offesa personale”, il “danno criminale”, il “dolore criminale”, vale a dire ciò che ha direttamente ed effettivamente subito in termini personalistici la vittima (si pensi alla tangibile incolumità della vittima in carne ed ossa oppure all’ambiente). Non è un caso, sia detto per inciso, che sia nata l’idea della giustizia riparativa, destinata proprio a colmare questa lacuna.

Sul fronte sociale, l’astrattizzazione degli oggetti di tutela in concetto di come ordine pubblico o sicurezza pubblica spinge verso una notevole anticipazione della tutela fino a comprimere i diritti e le libertà dei singoli o delle associazioni.

3.1. Nel regime fascista: la onnipervasività della prospettiva pubblicistica

Ebbene, il fascismo si è caratterizzato per una pubblicizzazione degli oggetti di tutela portata talmente all’eccesso e alle estreme conseguenze che si è arrivati addirittura a una vera e propria statalizzazione degli stessi, per cui la persona è stata completamente radiata, anche quando si trattava di beni personalissimi, con conseguente espropriazione e smaterializzazione assoluta dei beni giuridici oggetto di tutela. Tant’è vero che molte fattispecie, nonostante la diversa tipizzazione, finiscono essere a tutela dello stesso bene e per essere puniti allo stesso modo, e ciò dipende proprio dalla estrema pubblicizzazione degli interessi tutelati. Di più: a volte la persona è stata addirittura strumentalizzata

³ V. per tutti G. FIANDACA, *Sul bene giuridico. Un consuntivo critico*, Torino, 2014; F. VIGANÒ, *Diritto penale e diritti della persona*, in *Sistema penale*, 13 marzo 2023.

ovvero sono stati concepiti beni giuridici meritevoli di tutela penale che comportavano di per sé una prevaricazione ai danni della singola persona.

Soltanto per fare alcuni esempi. Si pensi ai delitti contro la moralità pubblica e il buon costume: la libertà sessuale, interesse la cui matrice e il cui contenuto risultano indissolubilmente connessi alla tutela della persona, durante il fascismo è stata assorbita nel concetto di moralità pubblica e buon costume⁴. I delitti contro la maternità e la vita del nascituro sono stati concepiti come delitti contro l'integrità e la sanità della stirpe, a prescindere quindi sia dalla madre che dal nascituro. Si pensi alla concezione della famiglia fondata sul matrimonio indissolubile, assimilata allo Stato e guidata dall'autorità del marito/padre, come lo Stato è guidato dal duce, rispetto alla quale tutti i componenti della famiglia devono sottostare⁵.

E potremmo continuare con riferimento a tutte le fattispecie del codice, dai delitti contro lo Stato, passando attraverso le falsità documentali, dove divengono pubblici e suscettibili di falsità ideologica qualsiasi documento redatto da un pubblico ufficiale anche privo di potere fidefacente⁶, fino addirittura al patrimonio, dove ad es. si distingue tra rapina propria e impropria, senza però differenziare il trattamento sanzionatorio, smarrendo così la circostanza che mentre nella prima l'aggressione alla persona è strumentale al patrimonio, nella seconda invece ciò che unisce le due aggressioni è soprattutto il contesto spazio temporale. Ed anche qui non è un caso che rispetto alla rapina di recente siano state sollevate molte questioni di legittimità costituzionale, tuttavia dichiarate infondate dalla Corte costituzionale che si adagiata sulla soluzione legislativa⁷.

Non solo, ma a volte alcune fattispecie che in un'ottica pubblicistica vengono punite più gravemente, in un'ottica personalistica dovrebbero essere punite meno gravemente (si pensi alle fattispecie di alterazione di stato: es. art. 567 c.p.) e viceversa, fattispecie che in un'ottica personalistica dovrebbero essere punite più gravemente, in un'ottica pubblicistica sono punite meno gravemente (si pensi ai delitti contro la libertà personale realizzate dai pubblici ufficiali: es. art. 607 c.p.).

Al di là di questi esempi, il codice fascista, senza considerare discipline davvero aberranti come la pena di morte, l'ergastolo effettivo e quella relativa alle misure di sicurezza per gli imputabili, con riferimento agli oggetti di tutela, gronda di uno statalismo onnipresente e onnipervasivo, direi asfissiante, che non solo smaterializza, ma addirittura strumentalizza la stessa persona, con buona pace di chi tutt'ora continua ad affermare che alla fin fine si è trattato di un buon codice

⁴ G. FIANDACA, *Problematica dell'osceno e tutela dl buon costume*, Padova, 1984.

⁵ M. BERTOLINO, *Dalla famiglia pubblicistico-istituzionale del codice Rocco a quella personalistica della Costituzione*, in M. BERTOLINO (a cura di), *Reati contro la famiglia*, Torino, 2022, XIX ss.

⁶ Sia consentito rinviare a R. BARTOLI, *Le falsità documentali*, in M. PELISSERO-R. BARTOLI (a cura di), *Reati contro la fede pubblica*, Torino, 2010, 57 ss.

⁷ Corte cost., sentt. n. 260/2022 e n. 190/2020.

liberale. E forse è venuto il momento di rendersi conto di quanto sia stata dannosa la sua mancata riforma.

3.2. Nella svolta costituzionale: la persona al centro

Il costituzionalismo spinge necessariamente in direzione opposta, nel senso della personalizzazione e quindi della concretizzazione degli oggetti di tutela. E l'autentica valorizzazione della persona in carne ed ossa finisce per determinare un riassetto profondissimo dei beni giuridici tutelati.

Ecco che la libertà sessuale assume piena autonomia personalistica, e la sua offesa non necessita di modalità costrittive o induttive, ma risulta sufficiente il mero dissenso. La disciplina volontaria della gravidanza non può prescindere dalla circostanza che madre e nascituro sono portatori di interessi concreti, rispetto ai quali lo Stato deve garantire un corretto bilanciamento. La famiglia diviene il luogo all'interno del quale il singolo non solo non può subire limitazioni di libertà, ma deve trovare la sua piena espressione e realizzazione. La stessa recente riforma dei reati contro l'ambiente non può che essere letta in una prospettiva di concretizzazione dell'offesa costituzionalmente orientata.

Ebbene, quale lo stato del nostro costituzionalismo rispetto al modo di concepire gli oggetti di tutela? Da un lato, non si può non apprezzare un costante sforzo nel senso della concretizzazione e della personalizzazione degli interessi di tutela. Così, ad esempio, nonostante che la riforma dei delitti sessuali del 1996 abbia continuato a basarsi sulle modalità costrittive e induttive, la giurisprudenza si è consolidata nel senso di attribuire rilevanza al mero dissenso, venendosi tuttavia a generare non pochi problemi sul fronte della proporzione del trattamento sanzionatorio, visto che all'interno dell'art. 609-bis possono rientrare fatti gravissimi e fatti lievissimi⁸. Problemi che si potrebbero risolvere interpretando la circostanza attenuante della minore gravità in modo tale da valorizzare anche le diverse modalità comportamentali.

Inoltre, in tema di gravidanza, ben prima della legge sull'aborto del 1978, con sentenza n. 27/1975 la Corte costituzionale ha affermato che «non esiste equivalenza tra il diritto non solo alla vita ma anche alla salute proprio di chi è già persona [la madre], e la salvaguardia dell'embrione che persona deve ancora diventare»⁹.

Ed ancora, anche a seguito della riforma del diritto di famiglia in ambito civile, si è assistito a un progressivo riadattamento del concetto di famiglia costituzionalmente orientato: «conformemente a quello che è stato definito il principio personalistico che [l'art. 2 Cost.] proclama, risulta che il valore delle "formazioni sociali", tra le quali eminentemente la famiglia, è nel fine a esse

⁸ In tema v. di recente e per tutti G.M. CALETTI, *Dalla violenza al consenso nei delitti sessuali*, Bologna, 2023, con ampi riferimenti alla giurisprudenza.

⁹ Corte cost., sent. n. 27/1975.

assegnato, di permettere e anzi promuovere lo svolgimento della personalità degli esseri umani»¹⁰.

3.3. Nell'odierno costituzionalismo: dignità e vulnerabilità tra personalismo e statalismo

Dall'altro lato, però non si può fare a meno di scorgere rischi di smarrimento e quindi rischi di un ritorno a una eccessiva e strumentale pubblicizzazione e smaterializzazione degli interessi di tutela, con conseguente legittimazione di limiti che invece suonano come indebiti.

In particolare, il concetto che viene sempre più in gioco è quello di dignità, interpretato secondo un'accezione oggettiva e quindi oggettivisto-spersonalizzante, come valore in sé, che all'interno di un bilanciamento rischia di presentarsi assolutizzante e quindi destinato a prevalere su qualsiasi contro-interesse¹¹: come non si possono non incriminare comportamenti che ledono la dignità di un uomo? Inoltre, connesso alla dignità, v'è quello della vulnerabilità. Muovendo da una concezione solidarista, attraverso la dignità si giunge a valorizzare il concetto di vulnerabilità¹². Ebbene, nessun problema quando la vulnerabilità si concretizza in elementi costitutivi ovvero in particolari categorie di soggetti (ad es. il minore oppure il separato) oppure attraverso il requisito dello sfruttamento/abuso delle condizioni di vulnerabilità come particolare modalità di condotta (si pensi a quanto accade nella fattispecie di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro). Problematica diviene invece l'assunzione della vulnerabilità come mero scopo della norma in assenza di una concretizzazione in elementi costitutivi della fattispecie incriminatrice, inverandola così in un disvalore del tutto astratto e ideale.

Si pensi alle recenti sentenze della Corte costituzionale in tema di prostituzione n. 141/2019 e n. 278/2019, che hanno concluso per la legittimità dell'incriminazione del favoreggiamento da parte di terzi dell'attività di prostituzione frutto di una scelta totalmente libera da parte della persona che si prostituisce¹³. Da un lato, si afferma che «il legislatore [...] ravvisa nella prostituzione, anche volontaria, una attività che degrada e svisciva l'individuo, in quanto riduce la sfera più intima della corporeità a livello di merce a disposizione

¹⁰ Corte cost., sent. n. 494/2002.

¹¹ V. i contributi pubblicati in G. DE FRANCESCO, A. GARGANI, D. NOTARO e A. VALLINI (a cura di), *Tutela della persona umana (dignità, salute, scelte di libertà)* (per Francesco Palazzo), Torino, 2020.

¹² Sul concetto di vulnerabilità, F. PALAZZO. *Soggetti vulnerabili e diritto penale*, in G. SPANGHER-A. MARANDOLA (a cura di), *La fragilità della persona nel processo penale*, Torino, Giappichelli, 2021, 91 ss.

¹³ Corte cost., sentt. n. 141/2019 e n. 278/2019. Sul tema v. i contributi pubblicati in A. CADOPPI, P. VENEZIANI e F. MAZZACUVA (a cura di), *Laicità e diritto penale*, Bologna 2022.

del cliente». Affermazione forte, da contrastare con altrettanta forza, non soltanto perché vietando a terzi di cooperare con un'attività che costituisce pieno esercizio della libertà sessuale, lo Stato finirebbe per limitare la stessa libertà sessuale di chi si prostituisce e chiede per l'appunto un aiuto, ma soprattutto perché, seguendo con rigore e coerenza quel ragionamento, si dovrebbe arrivare a incriminare la stessa attività di prostituirsi. Insomma, o la prostituzione è attività lecita e allora non la si valuta oppure se la si valuta si deve ritenere illecita non solo in presenza di terzi, ma anche nella sua realizzazione da parte di chi prostituisce, nella consapevolezza che in quest'ultima ipotesi si finirebbero per porre limiti alla libertà sessuale difficilmente ammissibili, visto che rispetto ad altre attività, nonostante la degradazione a merce della propria persona, non si compiono valutazioni di illiceità: insomma, dirimente sarebbe solo la componente sessuale sulla quale uno Stato non può entrare.

Dall'altro lato, si valorizza il carattere vulnerabile della persona che si prostituisce. Scrive la Corte: «è, in effetti, inconfutabile che anche nell'attuale momento storico, quando pure non si sia al cospetto di vere e proprie forme di prostituzione forzata, la scelta di "vendere sesso" trova alla sua radice, nella larghissima maggioranza dei casi, fattori che condizionano e limitano la libertà di autodeterminazione dell'individuo, riducendo talora drasticamente, il ventaglio delle opzioni esistenziali». Ecco che la Corte costituzionale finisce per ritenere che lo stesso esercizio dell'attività di prostituzione sia di per sé espressione di vulnerabilità, con la conseguenza che tutte le condotte di soggetti terzi che gravitano attorno alla prostituzione non possono che esprimere disvalore. Ma anche questa affermazione non può essere accolta, non soltanto perché dovrebbe portare a incriminare lo stesso cliente, ma anche perché costituisce una forzatura dedurre la vulnerabilità dallo stesso esercizio dell'attività di prostituzione. Tant'è vero che la Corte utilizza l'inciso "nella larghissima maggioranza dei casi" e poi rimette al giudice la verifica della concreta offensività dei fatti che diviene nella sostanza una verifica delle condizioni di vulnerabilità. Tuttavia, si deve osservare come in un contesto in cui la prostituzione è lecita, l'accertamento dell'offensività in concreto finisca per trasformarsi in un accertamento della vulnerabilità e quindi in una valutazione relativa alla scelta di autodeterminazione, portando a distinguere tra scelta caratterizzata da vulnerabilità, esprimente disvalore, e scelta invece in assenza di vulnerabilità, priva di disvalore. Senza considerare la mancanza di un ragionamento sul diverso tenore dei comportamenti consistenti nel favoreggiamento e nello sfruttamento.

Più in generale, nel momento in cui si rintraccia il disvalore nella degradazione e nello svilimento della persona in virtù di una libertà sessuale esercitata a fine di profitto e nella vulnerabilità che "di regola" caratterizza chi sceglie di prostituirsi, ancorché liberamente, risulta evidente come alla fine l'ordinamento compia una sorta di valutazione circa l'interesse e la finalità per la quale la libertà di scelta viene in concreto esercitata. Ma il problema è che ognuno

può rintracciare una componente strumentale e degradante a seconda della propria visione valoriale.

Sempre a titolo esemplificativo, all'interno della giurisprudenza di legittimità è da attenzionare la normativa a contrasto della pedopornografia, sempre meno diretta a tutelare lo sviluppo sessuale del minore e sempre più concentrata sulla tutela di un'immaterialità e ideale dignità connessa a un'idea di minore¹⁴. Si pensi al concetto di materiale pedopornografico allorquando viene riferito a quello virtuale: se per un orientamento occorre fare riferimento a immagini frutto di manipolazione ma tratte dalla realtà e idonee a rendere riconoscibile il minore (fotomontaggio tra un corpo di adulto e volto di minore)¹⁵, per altro orientamento si può attribuire rilevanza a materiale interamente virtuale (fumetto)¹⁶. Inoltre, si è assistito a un progressivo svilimento del ruolo della strumentalizzazione del minore, per cui il requisito dell'"utilizzo" del minore, sempre necessario per integrare l'art. 600-ter.1 c.p., non viene più richiesto per l'integrazione delle fattispecie previste dai commi 2, 3 e 4¹⁷. Giungendosi al paradosso di poter ritenere punibile lo stesso minore, allorquando, dopo aver autoprodotti immagini sessualmente esplicite, le divulghi, contraddicendo così, in un autentico furore repressivo, le stesse finalità di tutela del minore: «se la circolazione del materiale realizzato [autoprodotti] sarà imputabile all'iniziativa esecutiva del minore, la responsabilità della circolazione incomberà su quest'ultimo»¹⁸.

Infine, sempre a titolo meramente esemplificativo, problemi si pongono per quanto riguarda la tutela penale dell'eguaglianza assicurata dai delitti di cui agli artt. 604-bis e 604-ter c.p.¹⁹. Ancora una volta, essendo dignità ed eguaglianza beni ideali, la loro tutela non può che subire un processo di smaterializzazione dell'offesa. Ecco che se risulta plausibile punire comportamenti come gli atti discriminatori, anche perché nella sostanza ipotesi di ingiuria qualificata che offendono l'onore della persona, al contrario il disvalore si fa molto più evanescente in presenza di comportamenti che consistono nella mera manifestazione del pensiero come ad esempio la propaganda discriminatoria, tanto odiosa, quanto offensiva di beni del tutto ideali.

Non solo, ma l'eguaglianza implica anche delicate valutazioni assiologiche, dipendendo dal criterio adottato ai fini della comparazione. Ecco che si pone il

¹⁴ V. i contributi pubblicati nel volume M. BIANCHI-S. DELSIGNORE (a cura di), *I delitti di pedo-pornografia fra tutela della moralità pubblica e dello sviluppo psico-fisico dei minori*, Milano, 2008.

¹⁵ Cass. pen., Sez. III, n. 15757/2018.

¹⁶ Cass. pen., Sez. III, n. 22265/2017.

¹⁷ Cass. pen., Sez. Un., n. 4616/2021.

¹⁸ Cass. pen., Sez. Un., n. 4616/2021.

¹⁹ F. PALAZZO, *La nuova frontiera della tutela penale dell'eguaglianza*, in *Sistema penale*, 11 gennaio 2021; S. PRANDI, *L'uguaglianza violata*, Torino, 2024.

rischio di una proliferazione dei possibili "motivi/criteri" di discriminazione. E se l'intento è di tutelare minoranze da eventuali abusi da parte di maggioranze, va da sé che le valutazioni assiologiche in prospettiva di eguaglianza sono altamente politiche potendo portar a tutelare, paradossalmente, le maggioranze che si sentono minacciate dalle minoranze.

Di più, il discorso anche legislativo che si compie ogni volta che si muove da considerazioni di eguaglianza si basa sulla premessa di ritenere che determinate persone siano vulnerabili in ragione di una determinata visione socio-culturale presente all'interno della società e condivisa dall'autore e che in qualche modo deve essere non solo contrastata, ma per l'appunto sradicata attraverso il diritto penale. Ecco che il diritto penale diviene lo strumento per diffondere ed affermare determinati valori ovvero per "costringere" i consociati a condividere valori attraverso la minaccia penale.

Insomma, il diritto penale diviene uno strumento non solo per tutelare l'eguaglianza formale, inducendo i consociati ad assumere un contesto – per così dire – terzo verso la realtà che li circonda, ma anche ad operare per la realizzazione di un'eguaglianza sostanziale, eliminando ostacoli – per così dire – valoriali alla piena realizzazione dei singoli. Tuttavia, è agevole comprendere come questi obiettivi di solidarietà possano essere posti a carico di uno Stato, ma non dei singoli consociati mediante minaccia di una pena.

4. I limiti alle libertà

Sono portato a credere che libertà e diritti sono come una sorta di facce di una stessa medaglia: le libertà indicano spazi che non si possono compromettere, un nucleo incompressibile oltre il quale non è possibile andare (libertà da); i diritti (diritto di) implicano invece spazi in cui le libertà, entrando a contatto con determinati interessi, risultano suscettibili di bilanciamenti, zone "grigie" di valutazione e ponderazione.

4.1. Nel regime fascista: l'incriminazione delle libertà sulla base delle finalità perseguite

Per quanto riguarda le libertà, la legislazione del fascismo si è caratterizzata addirittura per la tendenza a incriminare lo stesso esercizio delle libertà: gli interessi contrapposti alle libertà non solo risultavano del tutto immateriali e idealizzati; non solo, all'interno di un bilanciamento, prevalevano sulle libertà; ma a volte risultavano addirittura incompatibili con la stessa Costituzione²⁰.

²⁰ Corte cost., sent. n. 269/1986, che ha dichiarato illegittimo il delitto di "eccitazione all'immigrazione con mezzi pubblicitari": «la precisata *ratio* ed il bene giuridico tutelato (l'interesse dello Stato a che il cittadino non sia indotto ad emigrare dalla propaganda realizzata con mezzi di pubblicità) attraverso l'incriminazione del fatto in esame non sono,

Si pensi al rifiuto e all'interruzione di cure, dove la tendenza è stata nel senso di ammettere l'imposizione di cure e l'alimentazione forzata, tendenza protrattasi fino agli anni Settanta del secolo scorso, nella convinzione che se una persona rifiutava un trattamento medico necessario per la sua sopravvivenza, essa stava di fatto disponendo della propria vita che invece è indisponibile. Ma si pensi anche alla manifestazione del pensiero e alla libertà di associazione, incriminate là dove perseguivano finalità contrarie all'ideologia fascista e quindi portavano all'espressione di critiche nei confronti dei detentori del potere politico-istituzionale: così, ad es., l'art. 271 c.p. puniva le associazioni antinazionali²¹, l'art. 272 c.p. incriminava la propaganda e l'apologia sovversiva e antinazionale²², gli artt. 273 e 274 punivano l'illecita costituzione e partecipazione ad associazioni aventi carattere internazionale²³.

Più in generale, si deve osservare come nella prospettiva fascista si finissero per valutare le finalità oggetto di manifestazione del pensiero e di associazione definendole sovversive, eversive, antinazionali ovvero per considerare illecite le finalità politiche in quanto tali, diverse da quelle fasciste, indipendentemente dai mezzi utilizzati per perseguirle (che quindi potevano essere anche lecite e consistere nella mera organizzazione) ovvero indipendentemente dal passaggio dal pensiero alla violenza.

4.2. Nella svolta costituzionale: l'irrelevanza delle finalità perseguite

Il costituzionalismo risponde con forza a questa impostazione liberticida. Così, il rifiuto o l'interruzione di cure risultano riconducibili alla libertà personale definita inviolabile e, più precisamente, all'*habeas corpus*, per cui un soggetto, non potendo essere costretto ad essere alimentato e curato, è legittimato a lasciarsi morire, sia che vi sia una patologia in atto, sia che la inneschi attraverso il proprio digiuno: nessuno può "mettere le mani addosso" a una persona senza il suo consenso per costringerlo a fare un qualcosa al fine di evitare conseguenze che producono danni soltanto verso la persona titolare dei beni danneggiati.

Per quanto riguarda le libertà di pensiero e di associazione, assume un ruolo fondamentale il passaggio all'azione. Ciò significa che, per quanto riguarda la manifestazione del pensiero, al di là di interessi concreti e personali come l'ingiuria e la diffamazione, la libertà trova un limite là dove orientata alla realizzazione di reati, vale a dire in presenza di istigazione a commettere reati, richiedendosi il requisito del pericolo concreto, mentre se la libertà non è orientata

oggi, in alcun modo compatibili con le visioni ideologiche poste a fondamento della vigente Costituzione».

²¹ Fattispecie dichiarata costituzionalmente illegittima con sent. n. 243/2001 della Corte costituzionale.

²² Fattispecie abrogata nel 2006.

²³ Fattispecie dichiarate illegittime con la sent. n. 193/1985 della Corte costituzionale.

alla realizzazione di reati (si pensi al delitto di istigazione a disobbedire alle leggi punito dall'art. 415 c.p.), la legittimità di eventuali incriminazioni si fa particolarmente problematica proprio perché si pone il rischio di incriminare la libertà di critica.

Molto simile il discorso per quanto riguarda la libertà di associazione, per cui, per rendere illecita un'associazione non è sufficiente il perseguimento di scopi contrari alla democrazia e al nostro assetto istituzionale costituzionale, ma è necessario quanto meno un programma criminoso, vale a dire la finalità di realizzare reati. Insomma, il terrorismo non si concretizza nella formazione di associazioni che perseguono finalità politiche che contrastano con la democrazia o il nostro assetto istituzionale-costituzionale, ma con la formazione di associazioni che perseguono tali obiettivi politici (o comunque qualsiasi obiettivo politico: es. tutela dell'ambiente), attraverso finalità illecite ovvero la finalità di realizzare reati come richiesto espressamente dall'art. 18 Cost. Dovendosi riconoscere come sia problematica proprio la XII disposizione transitoria della nostra Costituzione, la quale costituisce nella sostanza una vera e propria deroga. Se, da un lato, essa finisce per legittimare la disciplina della l. n. 645/1952 relativa alla ricostituzione del partito fascista, là dove punisce vere e proprie manifestazioni di pensiero, dall'altro lato, però, introduce un aspetto distonico che non consente di comprendere che ciò che determina il passaggio dalla libertà di associazione ad un'associazione illecita è la finalità criminale ovvero la finalità di realizzare reati e quindi di esercitare violenza, non l'ideologia fascista in sé e per sé considerata. Insomma, si deve essere consapevoli che se sono più che comprensibili le ragioni che portarono a introdurre la XII disposizione, tuttavia tale disposizione costituisce una deroga all'impianto della tutela costituzionale delle libertà.

4.3. Nell'odierno costituzionalismo: un ritorno alla rilevanza delle finalità perseguite?

Anche in tema di libertà, lo stato attuale del costituzionalismo presenta alcune contraddizioni che è opportuno mettere in evidenza. Per quanto riguarda il rifiuto e l'interruzione di cure, permane una lettura che ancora l'autodeterminazione più all'art. 32.2 Cost., che all'art. 13.1 Cost., lettura che in realtà può portare a una pericolosissima flessibilizzazione delle garanzie. Ed infatti, l'art. 32.2, da un lato, afferma la legittimità di trattamenti sanitari obbligatori purché siano previsti per legge, senza indicare limiti sostanziali; dall'altro lato, precisa che in nessun caso si possono violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana, ma questi limiti sembrano attenere più ad aspetti procedurali e modali in cui si esercita l'obbligatorietà, che alle ragioni sostanziali che stanno alla base del trattamento obbligatorio, per cui c'è chi ritiene che sia sufficiente un provvedimento *ex post* dell'autorità giudiziaria perché il trattamento obbligatorio sia legittimo (si pensi agli enormi problemi, totalmente taciuti, posti dall'attuale disciplina del TSO). Ebbene, più garantista connettere il rifiuto e

l'interruzione di cure all'*habeas corpus*, anche perché siffatti comportamenti compromettono interessi soltanto personali, mentre i comportamenti che impongono le cure costituiscono prevaricazioni e violenze illegittime offensive di interessi altrui. Ecco allora che i trattamenti sanitari obbligatori, che dovrebbero essere previsti per legge e con tutela giurisdizionale preliminare alla loro esecuzione, dovrebbero venire in gioco soltanto in presenza di particolari ragioni, quando cioè c'è il pericolo concreto che siano compromessi beni che sono di altri ovvero si è in presenza di una concreta pericolosità sociale strettamente connessa a una patologia, e cioè, in presenza di un soggetto che in virtù di problemi di salute e quindi bisognoso di cure risulta concretamente pericoloso soprattutto per terzi.

Più in generale, si deve riscontrare una certa difficoltà a concepire la libertà personale, come dimostra la recente sentenza in tema di quarantena. Nella sent. n. 127/2022 la Corte costituzionale ha affermato che rispetto alla disciplina della quarantena manca la coercizione fisica e che là dove manca una coercizione fisica non è necessario un provvedimento dell'autorità giudiziaria, concludendo per la legittimità della disciplina²⁴. E questa soluzione non si può che condividere. Tuttavia, il problema è che la Corte finisce per dire troppo là dove afferma che quando manca la coercizione ciò che si intacca non è la libertà personale, ma la libertà di circolazione, identificando così la mancanza di coercizione con una limitazione della libertà di circolazione. Ma su questo punto non si possono che esprimere riserve: giusto ritenere che senza coercizione non vi sia bisogno di un provvedimento della autorità giudiziaria, tuttavia risulta eccessivo ritenere che in assenza di una coercizione il diritto che si va a intaccare sia la mera libertà di circolazione. Insomma, la libertà personale si può intaccare anche senza coercizione.

Per quanto riguarda la libertà del pensiero, se v'è stata una giurisprudenza solida nel richiedere il pericolo concreto di passaggio all'azione consistente in comportamenti penalmente rilevanti, tuttavia sono state salvate disposizioni problematicissime proprio perché prive di tale passaggio all'azione criminosa²⁵. Tre in particolare i comportamenti problematici.

Anzitutto, quello di istigazione quando oggetto dell'istigazione non è un reato: così, ad es., vero che l'art. 415 c.p. è stato dichiarato costituzionalmente illegittimo nella parte in cui non specifica che l'istigazione all'odio fra le classi sociali deve essere attuata in modo pericoloso per la pubblica tranquillità, è anche vero che il pericolo è misurato verso un bene giuridico del tutto astratto e

²⁴ Corte cost., sent. n. 127/2022.

²⁵ M. PELISSERO, *La parola pericolosa. Il confine incerto del controllo penale del dissenso*, in *Quest. giust.*, 4/2015, 37 ss.; L. GOISIS, *Crimini d'odio*, Napoli, 2019; A. GALLUCCIO, *Punire la parola pericolosa?*, Milano, 2020; S. PRANDI, *L'uguaglianza violata*, cit.

smaterializzato e non verso la realizzazione di reati tipizzanti comportamenti determinati rispetto ai quali tale pericolo è per l'appunto davvero valutabile²⁶.

In secondo luogo, problematico il comportamento di apologia. Certo la Corte costituzionale ha ricondotto l'apologia al concetto di istigazione richiedendo quindi il pericolo concreto di un passaggio all'azione²⁷, ma alcune riforme successive come l'introduzione dell'apologia di terrorismo o di pedopornografia non solo mostrano come il legislatore continui a concepire l'apologia come un comportamento diverso dall'istigazione e quindi avulso da valutazioni del pericolo concreto, ma gli effetti che si hanno nella pratica applicativa risultano senz'altro devastanti, come dimostra la punizione per apologia del soggetto che condivide video di propaganda dell'ISIS sui social network, rafforzata dall'approvazione dei contenuti attraverso l'opzione "mi piace"²⁸: l'apologia non comporta un passaggio all'azione e se vogliono punire condotte istigatrici di reati è opportuno lasciare la sola incriminazione dell'istigazione.

Infine, problematica la condotta di propaganda. Dichiarata costituzionalmente illegittima rispetto alle fattispecie di boicottaggio (art. 507 c.p.), di propaganda ad emigrare (art. 5.1 l. 1278/1930), di propaganda a favore di pratiche contro la procreazione (art. 553 c.p.) e di propaganda antinazionale (art. 272 c.p., oggi abrogato), tuttavia era stata considerata costituzionalmente legittima rispetto alla propaganda sovversiva (art. 272 c.p., oggi abrogato), facendo ancora una volta riferimento al correttivo del pericolo concreto, ma la propaganda è condotta ben diversa dall'istigazione, perché ben lontana dal passaggio all'azione violenta, anche quando ha ad oggetto una teorizzazione dell'uso della violenza (ad es. "occorre compiere una rivoluzione"), poiché altrimenti si pone il rischio di incriminare il pensiero per i suoi contenuti e per le finalità che persegue.

Insomma, difficile comprendere per cosa possa essere pericolosa la propaganda. Per un passaggio all'azione in prospettiva di realizzazione di reati? Ma così non può essere, visto che nelle fattispecie si parla di mera propaganda senza prendere in considerazione la realizzazione di possibili reati. Per l'ordine pubblico? Ma sganciato dalla possibile commissione di reati, l'ordine pubblico è un bene ideale e immateriale che apre alla manipolazione e all'arbitrio. Conseguenza: parlare di un pericolo concreto rispetto a un bene del tutto ideale e immateriale finisce per prescindere da un reale pericolo concreto e quindi per punire l'esercizio di una libertà.

Il nodo di fondo è che in tutte queste ipotesi la manifestazione del pensiero non è orientata alla realizzazione di un reato (ecco la violenza) rispetto alla quale si può misurare il pericolo concreto (il passaggio all'azione violenta), ma alla mera divulgazione di idee che di per sé restano idee, abominevoli e ignominiose quanto

²⁶ Corte cost., sent. n. 108/1974. Nello stesso senso cfr. anche Corte cost., sentt. n. 16/1973 e n. 71/1978, relative al delitto di cui all'art. 266 c.p.

²⁷ Corte cost., sent. n. 65/1970.

²⁸ Cass. pen., Sez. V, n. 55418/2017.

si vuole anche perché incompatibili con la visione sostanziale del nostro costituzionalismo, di cui fa parte però anche la piena libertà di manifestazione del pensiero. E questo purtroppo dà adito a nuovi problemi, a cominciare dai delitti a tutela dell'eguaglianza, ai quali abbiamo già accennato, là dove incriminano la mera propaganda.

Potremmo dire di più. Con riferimento ai discorsi d'odio, in modo subdolo e strisciante, si sta facendo strada una lettura del tutto peculiare della libertà del pensiero (suscettibile di essere estesa a quella di associazione), secondo cui nella sostanza si deve distinguere tra la concezione – per così dire – americana della libertà del pensiero e quella europea. Ed infatti, mentre la prima si baserebbe per l'appunto sul passaggio all'azione, la seconda si baserebbe invece su eventuali limiti a tutela della dignità della persona e del principio di non discriminazione²⁹.

In termini più generali, tutto questo nostro discorso finalizzato a delimitare il più possibile i reati di opinione, sembra essere avallato da una riflessione di

²⁹ Nel Documento conclusivo approvato dalla Commissione sull'indagine conoscitiva sulla natura cause e sviluppi recenti del fenomeno dei discorsi d'odio, si legge quanto segue: «occorre tracciare una premessa concernente la definizione della libertà di manifestazione del pensiero in rapporto agli altri diritti e alle altre libertà. Esistono, infatti, due diversi approcci di studio: quello statunitense e quello europeo.

Negli Stati Uniti la libertà di espressione è considerata "sua maestà" tra tutti i diritti dello *United States Bill of Rights* e di fatto conosce un'estensione quasi sconfinata. Nel 1919 la Corte Suprema degli Stati Uniti affermava che è necessario un «*clear and present danger*» per poter essere fuori dall'ambito di applicazione della libertà di espressione e che la libertà di espressione è di fatto un libero mercato delle idee. Per il costituzionalismo americano il discorso d'odio, per poter essere punito, per poter quindi esulare dall'ambito di applicazione sconfinata della libertà di espressione, deve sostanzialmente in un'idea o in una parola con la capacità di trasformarsi in azione, in un'azione imminente. Anche nella dimensione digitale gli Stati Uniti considerano la libertà di espressione come smisurata estensione del proprio spazio di libertà, fino a sostenere che i *social media* sono l'osservatorio e il cantiere privilegiato per la libertà di espressione, quindi una sorta di agorà digitale, un mercato amplificato delle idee.

Il costituzionalismo europeo, invece, come è stato affermato, si fonda sulla tutela della dignità della persona e del principio di non discriminazione. Non è un caso che il costituzionalismo europeo conosca la categoria dell'abuso di diritto, «*assolutamente alieno al costituzionalismo liberale americano*». Infatti, la Convenzione europea e la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea sanciscono che il diritto può essere esercitato ma che non è legittimo abusare di una libertà.

A tal proposito, quanto alla giurisprudenza sovranazionale e nazionale di rilievo, si consideri che sul piano sovranazionale, con riferimento al sistema convenzionale, la libertà di parola, «*comportando doveri e responsabilità*» può essere sottoposta, ai sensi dell'articolo, 10 paragrafo 2 CEDU, «*alle formalità, condizioni, restrizioni o sanzioni che sono previste dalla legge e che costituiscono misure necessarie, in una società democratica, alla sicurezza nazionale, all'integrità territoriale o alla pubblica sicurezza, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, alla protezione della reputazione o dei diritti altrui*».

fondo sul rapporto tra reati di opinioni e regimi politico-istituzionali. I reati di opinione, da intendersi come incriminazioni di manifestazioni del pensiero privi del passaggio all'azione, sono propri dei regimi autoritari finalizzati a reprimere il dissenso e la critica. In un regime democratico non solo il dissenso non deve essere represso, ma deve essere addirittura tutelato. Ecco allora che difendere la democrazia negando la libertà di manifestazione del pensiero significa in realtà negare la democrazia che si vorrebbe difendere, perché una democrazia chiusa e protetta in realtà non è una democrazia. La stessa Corte EDU ha affermato che la libertà di espressione «vale non solo per le informazioni o idee accolte con favore e considerate inoffensivi e indifferenti, ma anche per quelle che offendono, indignano o turbano lo Stato o una qualsiasi parte della popolazione. Così vogliono il pluralismo, la tolleranza e lo spirito di apertura, senza i quali non vive società democratica».

Amareggia quindi constatare che il diritto penale rimanga impermeabile al contesto istituzionale che lo produce e che possa essere utilizzato allo stesso modo sia da un regime liberticida come quello fascista, sia dal nostro regime democratico che ha fatto delle libertà il proprio pilastro. Un'operazione di conservazione delle norme fasciste del codice Rocco che evidenzia sia un atteggiamento eccessivamente prudente della Corte costituzionale sia un'impostazione sostanziale di fondo tipica di una democrazia protetta e quindi chiusa e che quindi non risulta ancora pienamente costituzionalmente orientata.

5. Incriminazione e autodeterminazione

Veniamo quindi all'ultimo tema, relativo all'autodeterminazione³⁰. Con sempre maggior frequenza si distingue tra aggressioni a beni altrui e aggressioni a beni propri ovvero a seconda che la libertà di autodeterminazione si scontri con interessi che appartengono a soggetti diversi da colui che intende autodeterminarsi oppure abbia ad oggetto interessi che appartengono allo stesso

³⁰ D. PULITANÒ, *Morte assistita. Forza dei fatti e problemi della politica*, in *Sist. pen.*, 7 luglio 2022, p. 1 ss., ID., *Problemi del fine vita, diritto penale, laicità politica. A proposito di un referendum abrogativo*, in *Sist. pen.*, 19 ottobre 2021, p. 1 ss., ID., *Il diritto penale di fronte al suicidio*, in *Dir. pen. contemp.*, 7-8, 2018, p. 57 ss., F. PALAZZO, *La sentenza Cappato può dirsi storica?*, in *Pol. dir.*, 1, 2020, p. 3 ss., S. CANESTRARI, *Principi di biodiritto penale*, Bologna, 2023, ID., *Ferite dell'anima e corpi prigionieri. Suicidio e aiuto al suicidio nella prospettiva di un diritto liberale e solidale*, Bologna, 2021, ID., *Una sentenza "inevitabilmente infelice": la "riforma" dell'art. 580 c.p. da parte della Corte costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4, 2019, p. 2159 ss., L. EUSEBI, *Diritto a vivere, suicidio, eutanasia*, in *disCrimen*, 28 settembre 2020, p. 1 ss., ID., *Il suicidio assistito dopo Corte cost. n. 242/2019. A prima lettura*, in *disCrimen*, 6 dicembre 2019, p. 1 ss., ID., *Dignità umana e bioetica. Sui rischi correlati all'asserito "diritto" di morire*, in *Med. mor.*, 3, 2009, p. 389 ss., A. VALLINI, *Il "caso Cappato": la Consulta autorizza e "disciplina" il suicidio assistito*, in *Giur. it.*, 5, 2020, p. 1198 ss., ID., *Morire è non essere visto: la Corte costituzionale volge lo sguardo sulla realtà del suicidio assistito*, in *Dir. pen. proc.*, 6, 2019, p. 805 ss.

soggetto che si autodetermina: nella prima ipotesi, non può che attivarsi il bilanciamento degli interessi, per la semplice ragione che gli interessi appartengono a soggetti diversi; nella seconda ipotesi, invece, le cose si complicano notevolmente.

5.1. Nel regime fascista: le violazioni dell'*habeas corpus*

In piena coerenza con la visione statalista e autoritaria, nel fascismo non è stato riconosciuto alcuno spazio all'autodeterminazione: non vi era spazio per l'*habeas corpus*, figuriamoci per l'autodeterminazione. Ed infatti, la disciplina del consenso dell'avente diritto ereditata dal fascismo la dice lunga. Certo, l'art. 50 c.p. attribuisce rilevanza a tale consenso, ma precisa che esso opera soltanto se il soggetto può "validamente" disporne e in questa validità rientrano non solo la capacità di disporne in concreto, ma anche quella di disporne – per così dire – in astratto, introducendo così il tema dei limiti – per così dire – statali alla libertà di autodeterminarsi e di disporre dei propri beni.

E le ipotesi di legge che limitano la libertà di autodeterminazione rispetto ad offese a beni propri sono moltissime, a cominciare dall'art. 5 c.c. con riferimento alla stessa incolumità.

A maggior ragione, il legislatore fascista non poteva non porre limiti alla possibilità di disporre della propria vita, risultando inevitabile e del tutto coerente una limitazione nella sostanza totale: non soltanto irrilevanza del consenso nell'omicidio del consenziente, ma addirittura incriminazione dell'aiuto al suicidio. Se infatti è plausibile l'incriminazione dell'istigazione al suicidio anche in una prospettiva individualistica o personalistica in virtù del condizionamento motivazionale alla morte subito da colui che si suicida, meno plausibile l'incriminazione dell'aiuto al suicidio, visto che si è in presenza di un soggetto che non solo si dà la morte da sé, ma che si è già liberamente autodeterminato in tale senso.

Al fondo dell'impostazione fascista v'è l'idea che i beni non appartengono alla persona che si autodetermina, ma nella sostanza alla collettività e allo Stato, con la conseguenza che si può andare a compiere un bilanciamento tra l'interesse espropriato dallo Stato e l'autodeterminazione ovvero lo Stato può decidere (concedere) quali beni possono essere oggetto di disposizione ed entro quali limiti.

5.2. Nella svolta costituzionale: la piena rilevanza dell'autodeterminazione in prospettiva personalistica

Nel costituzionalismo non solo si deve muovere dalla circostanza che i beni offesi appartengono allo stesso soggetto che si autodetermina, ma anche dal fatto che al centro del sistema v'è la persona in carne ed ossa. Ecco che l'autodeterminazione non è fine a se stessa, ma si riconnette al più alto personalismo.

Ebbene, se l'autodeterminazione, in virtù del fatto che i beni appartengono allo stesso soggetto, è espressione della persona, ne consegue che nel momento in cui si viene a creare una contrapposizione tra persona e pretese statali non può che prevalere la persona e quindi la sua autodeterminazione. E' il personalismo che impone di attribuire rilevanza all'autodeterminazione, secondo una prospettiva per cui, se non è il soggetto a decidere, è un altro soggetto: ma come è possibile che la scelta di un altro soggetto sia più consentanea al singolo della scelta compiuta da parte del singolo stesso?

Il grande tema diviene quello della possibilità di disporre della propria vita. Ebbene, nella prospettiva personalistica, senz'altro cade l'aiuto al suicidio, vale a dire l'aiuto nei confronti di un soggetto che si è già autodeterminato e che si dà la morte da sé. Più complesso il discorso per quanto riguarda la vita allorché la morte è data da altro soggetto. Tuttavia, una volta che si muove da una prospettiva personalistica, risulta difficile trovare interessi prevalenti rispetto all'autodeterminazione personalistica, a meno che, come vedremo, non si utilizzi il concetto di dignità oggettiva della persona, che in apparenza si ispira al personalismo, ma che tuttavia non è tale, perché costituisce un'astrazione dal personalismo della persona concreta e quindi si muove in una logica pubblicistica se non addirittura paternalistica. E se coglie nel giusto chi vede una sorta di contraddizione nel pieno riconoscimento di un'autodeterminazione che può giungere ad annientare la stessa vita, tuttavia è innegabile che una volta posta al centro la persona nella sua piena espressione di sé, risulta difficile poi andare a compiere un sindacato sulle ragioni della scelta di morte destinata a compromettere la vita.

D'altra parte, si deve essere chiari. Anche là dove si valorizza l'autodeterminazione riconnettendola alla persona, si pone un problema comunque di rischio di strumentalizzazione da parte di terzi ed è in questo riconoscimento del rischio di abuso da parte di terzi che sembra risiedere la differenza tra personalismo e individualismo. Ed infatti, se si muove da una prospettiva rigorosamente individualistica, l'autodeterminazione non solo non può non prevalere, ma non è nemmeno pensabile porsi il problema se vi siano rischi di abuso da parte di terzi, perché, al netto dell'istigazione e della incapacità del soggetto, ognuno si considera totalmente "sovrano" nelle proprie scelte. Insomma, la prospettiva individualistica finisce per attribuire una prevalenza all'autodeterminazione senza ammettere rischi di strumentalizzazione.

La prospettiva personalistica invece muove dall'idea che pur prevalendo l'autodeterminazione si possono porre rischi di strumentalizzazione. Ma ecco la differenza rispetto al personalismo – per così dire – astratto. Posti questi rischi, l'esito non può essere nel senso di impedire, limitare, individuare ipotesi particolari, come ad esempio la malattia, rispetto alle quali si può aprire a valutazioni di dignità. Scopo dell'ordinamento deve divenire piuttosto quello di costruire procedimenti pubblico-sociali che consentano di verificare l'autenticità dell'autodeterminazione, che possa offrire aiuto sul piano esistenziale, ma che alla

fine devono lasciare i soggetti liberi di compiere la propria scelta, nella consapevolezza che solo il soggetto è in grado di vagliare fino in fondo la propria dignità. Ed è su questo punto che si deve spostare l'attenzione del sistema proprio in una prospettiva personalistica.

5.3. Nell'odierno costituzionalismo: ancora limiti alla rilevanza dell'autodeterminazione

Venendo allo "stato attuale" del costituzionalismo, il tema si fa decisamente più complesso come dimostrano le recenti pronunce sul fine vita della Corte costituzionale, non soltanto l'ordinanza e la sentenza sulla vicenda Cappato³¹, ma anche quella sulla ammissibilità del referendum relativo all'omicidio del consenziente³² e quella relativa all'art. 580 come modificato dalle sentenza n. 242/2019 della Corte costituzionale, nella parte in cui subordina la non punibilità di chi agevola alla condizione che l'aiuto sia prestato a una persona "tenuta in vita da trattamenti di sostegno vitale"³³. In estrema sintesi, nelle sentenze sull'art. 580 c.p., valorizzando i concetti di dignità e vulnerabilità, la Corte costituzionale si è collocata nell'orientamento che vede nella vita un bene assolutamente indisponibile, per cui lo stesso aiuto al suicidio deve restare punito. Essa piuttosto ha ritagliato uno spazio all'interno del quale l'aiuto al suicidio può operare, ma si tratta di uno spazio del tutto peculiare, ricavato attraverso la disciplina del rifiuto/interruzione di cure, e ulteriormente delimitato, per cui non basta la patologia, che oltretutto deve essere irreversibile e fonte di sofferenze ritenute intollerabili, ma occorre anche che il soggetto usufruisca di un sostegno vitale, e ciò per la semplice ragione che mentre nel rifiuto di cure il decorso causale è naturale, nel suicidio il decorso è attivato comunque da un uomo.

Ebbene, in premessa generale, nel momento in cui si legano assieme dignità e vulnerabilità, non si possono non rilevare contraddizioni addirittura irrisolvibili. Da un lato, si potrebbe arrivare a dire che in virtù di una vulnerabilità non si è idonei a disporre della propria dignità. Dall'altro lato, nel momento in cui si afferma che anche il vulnerabile può disporre, non si comprende per quale motivo non possa disporre colui che vulnerabile non è.

Ma al netto di ciò, punto fondamentale è la circostanza che, come per la prostituzione e più in generale per le libertà, la Corte costituzionale avalla l'idea di un'autodeterminazione rilevante soltanto se esercitata *al fine di perseguire determinate finalità*. Insomma, nel momento in cui si individua un bene astratto (la dignità della persona vulnerabile), si recuperano margini dove far operare l'autodeterminazione (e le libertà), attribuendo rilevanza a interessi per i quali si agisce considerati meritevoli di apprezzamento da parte dello Stato.

³¹ Rispettivamente n. 207/2018 e n. 242/2019.

³² Corte cost., sent. n. 50/2022.

³³ Corte cost., sent. n. 135/2024.

Ciò emerge in modo evidentissimo, nella sentenza sul referendum, là dove si afferma che «alla luce della normativa di risulta, la "liberalizzazione" del fatto prescinderebbe dalle motivazioni che possono indurre a chiedere la propria morte, le quali non dovrebbero risultare necessariamente legate a un corpo prigioniero di uno stato di malattia con particolari caratteristiche, potendo connettersi anche a situazioni di disagio di natura del tutto diversa (affettiva, familiare, sociale, economica e via dicendo), sino al mero *taedium vitae*, ovvero pure a scelte che implicino, comunque sia, l'accettazione della propria morte per mano altrui»³⁴. Quando invece il problema era da scorgere nella circostanza che l'abrogazione *tout court* avrebbe comportato rischi di strumentalizzazione ancora più consistenti che nell'aiuto al suicidio, visto che nell'omicidio del consenziente la causalità è governata – per così dire – da un terzo.

Non solo, ma un ragionamento identico si fa anche per il bene dell'incolumità, la cui lesione permanente si ritiene ammessa soltanto per perseguire l'interesse personale alla salute, mentre sarebbe inammissibile in presenza di finalità diverse.

Tuttavia, ed ecco il punto che merita davvero attenzione, attribuire rilevanza all'interesse in vista del quale si esercita l'autodeterminazione (come anche la libertà) significa aprire a valutazioni paternalistiche destinate a mutare a seconda del "padre" che viene di volta in volta in gioco. Tant'è vero che nella sentenza n. 135/2024, il requisito del sostegno vitale non è stato ritenuto contrario al diritto di autodeterminazione, affermando che «se è vero che ogni scelta di legalizzazione di pratiche di suicidio assistito o di eutanasia amplia gli spazi riconosciuti all'autonomia della persona nel decidere liberamente sul proprio destino, essa crea – al tempo stesso – rischi che l'ordinamento ha il dovere di evitare [...] i rischi in questione non riguardano solo la possibilità che vengano compite condotte apertamente abusive da parte di terzi [...] ma riguardano anche [...] la possibilità che, in presenza di una legislazione permissiva non accompagnata dalle necessarie garanzie sostanziali e procedurali, si crei una "pressione sociale indiretta" su altre persona malate o semplicemente anziane e sole, le quali potrebbero convincersi di essere divenute ormai un peso per i propri familiari e per l'intera società». Insomma, l'autodeterminazione retrocede davanti a rischi sociali e collettivi nuovi e ulteriori rispetto al rischio di strumentalizzazione da parte di terzi, del tutto eventuali ed evanescenti, paternalisticamente individuati.

Non potendosi escludere valutazioni che possono comportare vere e proprie prevaricazioni, giungendosi a un vero e proprio ribaltamento della prospettiva. La mente non può che andare al caso Cospito e al parere reso dal comitato etico, dove testualmente si legge quanto segue: «è fuor di dubbio che il detenuto conserva la capacità di autodeterminarsi e di compiere gli atti di stretta rilevanza personale e, quindi, può non solo esprimere assenso o dissenso ai

³⁴ Corte cost., sent. n. 50/2022.

trattamenti diagnostici o sanitari che lo riguardano, ma può anche efficacemente redigere DAT. Deve invece ritenersi estraneo al contesto sanitario cui si riferisce quest'ultima disciplina, il caso – contemplato nel quesito ministeriale n. 1 – in cui il rifiuto di trattamenti e di terapie contenuto nelle DAT, sia subordinato al mancato conseguimento di finalità estranee alla situazione clinica personale, come l'ottenimento di un bene materiale o immateriale. In queste situazioni le cure si rifiuterebbero allo scopo di esercitare una pressione su autorità chiamate ad una valutazione sulla base di altri schemi legali; le DAT diverrebbero così, da strumento per l'esercizio di una libertà di cura, strumento di pressione. In particolare, rifiuto e rinuncia di trattamenti sanitari, così come delineati dalla legge n. 219/2017, anche in forma di DAT, hanno una ratio radicalmente differente rispetto a quella che si pone per una persona che li rifiuta nel corso di uno sciopero della fame. Le due situazioni non sono sovrapponibili: nel primo caso il contesto è quello del rifiuto o rinuncia a un trattamento sanitario ritenuto inaccettabile, nel secondo caso, invece, rifiuto e rinuncia, in quanto forma di protesta e/o testimonianza, non ritenuto dallo scioperante in sé stesse inaccettabili, tanto che se sarebbero oggetto di revoca se chi sciopera ottenesse quanto richiesto»³⁵.

Il piano inclinato ha dato talmente i suoi frutti avvelenati, da rendere legittima una violazione dell'*habeas corpus*.

6. Alcune conclusioni

Da quanto abbiamo detto emerge evidentissimo come domini ancora all'interno del nostro costituzionalismo una prospettiva basata sulla prevalenza dell'autorità a scapito delle libertà, dello Stato a scapito della persona.

D'altra parte, si tratta di una prospettiva diversa, per certi aspetti più subdola, ma altrettanto pericolosa, rispetto a quella del passato. Il carattere subdolo sta nel fatto che il meccanismo si basa su una pubblicizzazione di beni personalistici che permette di valorizzare la persona e quindi ritagliare maggiori spazi di libertà. Il pericolo sta nel fatto che la rilevanza degli spazi di libertà e quindi i limiti passano dall'apprezzamento o meno delle finalità perseguite dal soggetto agente e quindi da una loro valutazione da parte dell'ordinamento.

Da ciò consegue che al giudice viene attribuita una discrezionalità che diviene ancora più delicata, trattandosi a ben vedere di autentica discrezionalità "politica", perché vero e proprio bilanciamento tra interessi contrapposti. Si pensi all'accertamento della vulnerabilità nella prostituzione, oppure alla valutazione che veniva rimessa al giudice dalla proposta di riforma Zan, incaricandolo di fare «salve la libera espressione di convincimenti od opinioni nonché le condotte legittime riconducibili al pluralismo delle idee o alla libertà delle scelte». Insomma, nella difficoltà di porre limiti forti alla discrezionalità del legislatore, la Corte

³⁵ COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Risposta quesiti dl Ministero della Giustizia 6 febbraio 2023*, 6 marzo 2023.

finisce per scaricare sul giudice valutazioni sempre più complesse, che implicano addirittura un bilanciamento di interessi che compete nella sostanza o al legislatore o alla Corte.

Ma il vero punto nodale è che così operando si finisce per porre limiti all'autodeterminazione e alle libertà del tutto simili a quelli posti dal fascismo allorquando finiva per sindacare le finalità di esercizio delle libertà e incriminando l'esercizio per finalità estranee a quelle perseguite dall'ordinamento.

Ecco che all'interno dell'odierno costituzionalismo si possono individuare al fondo due diverse visioni. Due visioni di personalismo: un personalismo astratto e un personalismo concreto. Due concezioni di democrazia, quella chiusa e quella aperta. Nonché due concezioni di limiti al potere dello Stato: limiti flessibili in ragione del fatto che si attribuisce rilevanza a libertà ed autodeterminazione, ma attribuendo rilevanza e quindi compiendo una valutazione sugli interessi perseguiti attraverso l'esercizio della libertà; limiti rigorosi che prescindono da tale interesse, per cui libertà e autodeterminazione, se non incontrano contro-interessi altrui meritevoli di tutela, non possono essere limitati, divenendo del tutto indifferente la ragione del loro esercizio.

Ed eccoci al punto centrale: personalismo astratto, democrazia chiusa, flessibilizzazione dei limiti non solo finiscono per restringere i margini di libertà: certo li allargano rispetto agli autoritarismi, ma li restringono rispetto all'altra concezione. Soprattutto, questo orientamento finisce per dare vita a schemi che se oggi vengono riempiti attraverso il personalismo astratto, la democrazia chiusa e la flessibilizzazione e, già oggi, danno luogo a prevaricazioni, un domani potranno essere riempiti attraverso altre valutazioni dalle quali potrebbero scaturire ulteriori e ancor più consistenti prevaricazioni. Insomma, il vero tema non è tanto e solo la meritevolezza o l'immeritevolezza della finalità che si persegue, visto che può essere del tutto meritevole (la persona, la democrazia). Vero tema è la circostanza che viene attribuita rilevanza all'interesse per il quale il soggetto agisce rendendolo suscettibile di una valutazione. Ma una volta ammesso il sindacato dell'interesse per il quale si agisce, si apre la porta a qualsiasi valutazione pubblicizzante e mutevole, a seconda del detentore del potere.

L'antidoto? Valorizzare la persona nella sua concretezza e più in generale la concretezza degli interessi in prospettiva di tutela delle persone concrete. Vi sono segnali enormi che questo stia già accadendo. Per stare al penale, si pensi all'estensione della querela, che significa valorizzazione dell'interesse concreto in riferimento alla persona; la trasformazione dell'afflizione, sempre più umana e personalizzata; la giustizia riparativa, che pone al centro entrambe le persone in carne ed ossa del reo e della vittima; la stessa giurisprudenza costituzionale là dove offre letture dei beni giuridici tutelati personalisticamente orientate³⁶. Una

³⁶ Cfr. Corte cost., sent. n. 95/2022 che ha paragonato il disvalore degli contrari alla pubblica decenza a quello degli atti osceni in luogo pubblico colposi, per quanto la condotta integrante l'illecito di atti osceni colposi sia caratterizzata, dal punto di vista materiale, dal

affermazione della persona dal basso, difficilmente arrestabile, declinabile in una pluralità di aspetti.

La crisi dello Stato annunciata all'inizio del secolo scorso non solo si sta compiendo, ma adesso attraverso il costituzionalismo sta prendendo forma in positivo, plasmando gli stessi istituti penalistici. Se prima il costituzionalismo era una forza di limite, adesso il costituzionalismo è una forza proattiva che sostiene le spinte sociali e personali. Emergendo così una nuova realtà, sociale, comunitaria, personale che finisce per trasformare le categorie costruite dal primato statalistico. Realtà difficile da sistematizzare proprio perché muove dal basso, dalla società e dalla persona, ma soprattutto impossibile da arrestare proprio perché trova nella Costituzione il più grande alleato, soprattutto se non se ne smarrisce lo spirito.

Bibliografia

- R. Bartoli, *Introduzione al diritto penale tra violenza e costituzionalismo*, Torino, 2022
- R. Bartoli, *Le falsità documentali*, in M. Pelissero, R. Bartoli (a cura di), *Reati contro la fede pubblica*, Torino, 2010, 57 ss.
- M. Bertolino, *Dalla famiglia pubblicistico-istituzionale del codice Rocco a quella personalistica della Costituzione*, in M. Bertolino (a cura di), *Reati contro la famiglia*, Torino, 2022, XIX ss.
- M. Bianchi, S. Delsignore (a cura di), *I delitti di pedo-pornografia fra tutela della moralità pubblica e dello sviluppo psico-fisico dei minori*, Milano, 2008.
- A. Cadoppi, P. Veneziani, F. Mazzacuva (a cura di), *Laicità e diritto penale*, Bologna 2022
- G.M. Caletti, *Dalla violenza al consenso nei delitti sessuali*, Bologna, 2023
- S. Canestrari, *Principi di biodiritto penale*, Bologna, 2023

necessario coinvolgimento della sfera sessuale da parte dell'agente, che resta invece estranea agli atti contrari alla pubblica decenza, la natura meramente colposa della condotta – evidenziata dall'assenza di consapevolezza, da parte di chi pone in essere la condotta, della percepibilità da parte di terzi dell'atto sessuale compiuto – esclude in radice quella dimensione aggressiva posseduta, invece, dagli atti sessuali deliberatamente compiuti in pubblico, spesso diretti verso una o più vittime determinate. La visione involontaria di atti sessuali compiuti da altri senza alcuna intenzione aggressiva o comunque maliziosa nei confronti di terzi potrà, al più, ingenerare nello spettatore un senso di fastidio e di molestia sostanzialmente analogo a quello provocato dalla generalità degli atti inurbani e scostumati riconducibili, appunto, alla fattispecie di atti contrari alla pubblica decenza. Cfr. anche Corte cost., sent. n. 63/2022 in tema di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare.

- S. Canestrari, *Ferite dell'anima e corpi prigionieri. Suicidio e aiuto al suicidio nella prospettiva di un diritto liberale e solidale*, Bologna, 2021
- S. Canestrari, *Una sentenza "inevitabilmente infelice": la "riforma" dell'art. 580 c.p. da parte della Corte costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4, 2019, p. 2159 ss.
- E. Caterina, *Personalismo vivente, Origini ed evoluzione dell'idea personalista dei diritti fondamentali*, Napoli, 2023
- Comitato Nazionale per la Bioetica, *Risposta quesiti dl Ministero della Giustizia 6 febbraio 2023*, 6 marzo 2023
- G. De Francesco, A. Gargani, D. Notaro e A. Vallini (a cura di), *Tutela della persona umana (dignità, salute, scelte di libertà (per Francesco Palazzo)*, Torino, 2020
- L. Eusebi, *Diritto a vivere, suicidio, eutanasia*, in *disCrimen*, 28 settembre 2020, p. 1 ss.
- L. Eusebi, *Il suicidio assistito dopo Corte cost. n. 242/2019. A prima lettura*, in *disCrimen*, 6 dicembre 2019, p. 1 ss.
- L. Eusebi, *Dignità umana e bioetica. Sui rischi correlati all'asserito "diritto" di morire*, in *Med. mor.*, 3, 2009, p. 389 ss.
- G. Fiandaca, *Sul bene giuridico. Un consuntivo critico*, Torino, 2014
- G. Fiandaca, *Problematica dell'osceno e tutela dl buon costume*, Padova, 1984
- A. Galluccio, *Punire la parola pericolosa?*, Milano, 2020
- L. Goisis, *Crimini d'odio*, Napoli, 2019
- P. Grossi, *Costituzionalismi tra "moderno" e "post-moderno"*, Napoli, 2017
- F. Palazzo, *Diritto penale e costituzione (ricordando Franco Bricola)*, in *Dir. pen. proc.*, 2024, in corso di pubblicazione
- F. Palazzo, *Soggetti vulnerabili e diritto penale*, in G. Spangher-A. Marandola (a cura di), *La fragilità della persona nel processo penale*, Torino, Giappichelli, 2021, 91 ss.
- F. Palazzo, *La nuova frontiera della tutela penale dell'eguaglianza*, in *Sistema penale*, 11 gennaio 2021
- F. Palazzo, *La sentenza Cappato può dirsi storica?*, in *Pol. dir.*, 1, 2020, p. 3 ss.
- M. Pelissero, *La parola pericolosa. Il confine incerto del controllo penale del dissenso*, in *Quest. giust.*, 4/2015, 37 ss.
- S. Prandi, *L'uguaglianza violata*, Torino, 2024
- D. Pulitanò, *Morte assistita. Forza dei fatti e problemi della politica*, in *Sist. pen.*, 7 luglio 2022
- D. Pulitanò, *Problemi del fine vita, diritto penale, laicità politica. A proposito di un referendum abrogativo*, in *Sist. pen.*, 19 ottobre 2021
- D. Pulitanò, *Il diritto penale di fronte al suicidio*, in *Dir. pen. contemp.*, 7, 2018, p. 57 ss.

A. Vallini, *Il "caso Cappato": la Consulta autorizza e "disciplina" il suicidio assistito*, in *Giur. it.*, 5, 2020, p. 1198 ss.

A. Vallini, *Morire è non essere visto: la Corte costituzionale volge lo sguardo sulla realtà del suicidio assistito*, in *Dir. pen. proc.*, 6, 2019, p. 805 ss.

F. Viganò, *Diritto penale e diritti della persona*, in *Sistema penale*, 13 marzo 2023



Corporate Oversight in the Sustainability Era

FRANCESCO MAROTTA

Assegnista di ricerca

Università di Padova

francesco.marotta@unipd.it

ABSTRACT

Unlike previous harmonization efforts, which were primarily aimed at promoting transparency regarding their ESG commitments, the CSDDD Directive requires large enterprises to directly identify, map, and prevent adverse impacts on the environment and human rights. This regulatory shift raises significant questions from a corporate law perspective, particularly regarding its implications for the oversight duties and liabilities of corporate directors. This analysis first aims to demonstrate that the codification of ESG monitoring duties under the Directive does not necessarily imply a substantial expansion of the scope of directors' existing oversight duties. Adverse impacts that directors are now required to consider, thus ensuring compliance with the CSDDD, often entail legal and/or financial risks for the company itself—risks that directors are already obliged to map, identify, and manage, under general corporate law. Nonetheless, this work contends that the Directive's most significant effects may lie in reshaping the criteria for assessing directors' oversight decisions, particularly those concerning internal controls. Specifically, while oversight duties were previously justified



DOI: 10.54103/milanlawreview/27693

MILAN LAW REVIEW, Vol. 5, No. 2, 2024
ISSN 2724 - 3273

solely by shareholder interests and evaluated through the lens of the BJR, the Directive reorients these duties towards external interests. This paradigm shift could significantly alter the traditional boundaries of judicial review over directors' oversight and organizational decisions, as the BJR appears inapplicable to duties—however broadly defined—that are specifically intended to protect interests external to the company.

Keywords: Corporate Oversight; CSDDD Directive; Adverse impacts; Directors' oversight decisions; Internal controls

This paper has been subjected to double-blind peer review

Corporate Oversight in the Sustainability Era*

SUMMARY: INTRODUCTION – I. ESG OVERSIGHT TODAY – 1. The Concept of “Adverse Impact” – 1.1. Adverse Environmental Impacts – 1.2. Adverse Human Rights Impacts – 1.3. Adverse impacts in the “Chain of Activities” – 2. Adverse Impacts and ESG Risks from the Perspective of Corporate Directors – 3. The Duty to Monitor and Prevent “Adverse Impacts”: Something New? - II. CORPORATE OVERSIGHT AND THE BUSINESS JUDGMENT RULE – 1. Enforcing Directors’ Oversight Duties: is It a Question of Business Judgment Rule? – 2. On the First (and Most Important) Pre-requisite of the BJR – 3. Some Critical Reflections on the Dominant Opinion - III. ESG OVERSIGHT TOMORROW: NAVIGATING FUTURE TRAJECTORIES – 1. ESG Oversight Duties: Searching for the Appropriate Standard of Review and Why It Matters for Corporate Governance – 2. Why the CSDDD Might Be a Game-Changer – 3. What About SMEs? - CONCLUSION.

Introduction

The EU Corporate Sustainability Due Diligence Directive (CSDDD)¹ represents a significant turning point — at least in terms of the message it conveys to companies — aiming to promote (if not mandate) alignment for large enterprises with global sustainability challenges. Until now, previous EU regulatory and harmonization efforts such as the Corporate Sustainability Reporting Directive (CSRD)² and the Taxonomy Regulation³, have primarily aimed at increasing transparency among enterprises about their commitments, providing the market with tools to assess the sustainability of both corporate activities and related financial products, in a context where there is a growing tendency among investors to prioritize ‘green’ assets⁴.

* This paper presents, in an expanded and revised version, the contents of the talk delivered at the Padova-Lausanne Joint Seminar on 'Business Law and Shifting Paradigms,' held in Padua on October 3-4, 2024.

¹ Directive (EU) 2024/1760

² Directive (EU) 2022/2464

³ Regulation (EU) 2020/852

⁴ In the Italian literature, regarding the content of this legislation, see GENOVESE, *La gestione ecosostenibile dell'impresa azionaria*, il Mulino, Bologna, 2023, p. 77 ff. In general, the shifting approach to the topic of sustainability over time has been extensively explored by MACNAIL-ESSER, *From a Financial to an Entity Model of ESG*, in *European Business Organization Law Review*, p. 10 ff.

While these regulations have been primarily focused on transparency and do not, at least indirectly⁵, require companies to redefine their corporate policies or risk management systems in a way that would directly contribute to meeting sustainability goals⁶, the CSDD Directive represents the first real attempt to compel large enterprises to identify, assess, and mitigate both actual and potential adverse impacts related to human rights and the environment (Articles 5-9)⁷. Furthermore, to ensure compliance, the Directive designates a national authority responsible for overseeing enforcement and imposing fines on non-compliant companies (Articles 24 and 27), as well as provides for civil liability towards stakeholders harmed by irresponsible conducts (Article 29)⁸.

The subsequent analysis seeks to explore the potential implications of this regulatory framework for corporate governance, particularly examining the impact of the Directive's provisions on directors' duties and liabilities.

At first glance, the issue seems to have been consciously set aside by the European legislator. The original version of the Directive submitted for approval

⁵ While no explicit responsibility arises from such legislation, It should be noted that, the existence of clear and objective criteria to differentiate sustainable from non-sustainable assets promotes alignment with international standards regarding environment and human right protection (on the effect of the EU Taxonomy, see PACCES, *Will the EU Taxonomy Regulation Foster Sustainable Corporate Governance?*, in *Sustainability*, 13, 2021, p. 12316 ff. But see also GENOVESE, *La gestione*, p. 174 ff.).

⁶ See STELLA RICHTER JR., *Corporate Sustainability Due Diligence: noterelle semiserie su problemi serissimi*, in *Riv. soc.*, 2022, p. 714. On the effectiveness of this approach, see CIAN, *Sulla gestione sostenibile e i poteri degli amministratori: uno spunto di riflessione*, in *Rivista ODC*, 2021, p. 1146 ff. According to STRAMPELLI, *La strategia dell'Unione europea per il capitalismo sostenibile: l'oscillazione del pendolo tra amministratori, soci e stakeholders*, in *Riv. soc.* 2021, p. 367 this new regulatory strategy is not only due to the now consolidated mistrust in the ability of institutional shareholders to voluntarily encourage companies to adopt sustainable practices, but rather represents an acknowledgment of some objective limitations in the role that institutional investors can play (the issue is extensively explored in STRAMPELLI/BALP, *Institutional Investor ESG Engagement: The European Experience*, in *European Business Organization Law Review*, 2022 p. 869 ss.)

⁷ Moreover, the Directive further requires companies to adopt a specific transition plan to ensure their contribution to the climate change mitigation objectives established under the Paris Agreement (Article 22).

⁸ According to P. MARCHETTI, *Il bicchiere mezzo pieno*, in *Riv. soc.*, 2021, p. 344, the Directive favors a 'hard' approach to the issue of sustainability (yet it is an alternative to the approach based on 'external' regulation of activities), by requiring companies to implement flexible internal rules for the prevention and mitigation of adverse impacts. Skepticism on this approach has been generally expressed by DENOZZA, *Sostenibilità e corporate governance nel nuovo contesto geopolitico*, in *Riv. soc.*, 2023, p. 301 ff, who argues that the best approach would involve the direct participation of stakeholders in the organization.

to the Council⁹ contained two provisions directly addressing directors' responsibilities. These provisions required Member States to ensure that directors, acting in the best interests of the company and subject to civil liability, consider the sustainability consequences of their decisions, including their long-term and short-term effects on human rights, climate change, and environment¹⁰. However, the version of the Directive approved in July excluded these provisions due to resistance from Member States concerned that such rules would interfere with national laws governing directors' fiduciary duties.¹¹

Certainly, the issue of directors' duties and liability is of significant importance and must be properly addressed: it is, after all, the directors who are responsible for ensuring corporate compliance with the CSDDD provisions¹².

⁹ See Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Corporate Sustainability Due Diligence and amending Directive (EU) 2019/1937 (COM/2022/71). Before submitting the proposal, the Commission published an inception impact assessment titled 'EU Initiative on Sustainable Corporate Governance', which proposed to: (i) clarify that, as part of their duty to act in the corporate interest, directors should consider the interests of all stakeholders relevant to the long-term sustainability of the company or those impacted by it; and (ii) introduce a due diligence duty, which entails the responsibility to take appropriate measures to address the company's adverse impacts.

¹⁰ On the original draft of the proposed Directive, see MC CULLAGH, *The EU Corporate Sustainability Due Diligence Directive: Real Change or More of the Same?*, in *European Business Law Review*, 35, 2024, pp. 603-626. In Italy, this proposal sparked a range of reactions among scholars, which were predominantly critical: see TOMBARI, *Riflessioni sullo statuto organizzativo dell'impresa sostenibile tra diritto italiano e diritto europeo*, in *An. giur. ec.*, 2022, p. 143, arguing that these provisions would not have clarified the role, responsibilities, and duties of directors; but also note the more pronounced criticism expressed by BARCELLONA, *La sustainable corporate governance nelle proposte di riforma del diritto europeo: a proposito dei limiti strutturali del c.d. stakeholderism*, in *Riv. soc.*, 2022, p. 1 ff. But, from a different perspective, see BRUNO, *Il ruolo della s.p.a. per un'economia giusta e sostenibile: la Proposta di Direttiva UE su 'Corporate Sustainability Due Diligence'. Nasce la stakeholder company?*, in *Riv. dir. comp.*, 2022, p. 318.

¹¹ In the compromise reached by COREPER on the proposed Directive, it's explicitly stated that: 'Due to the strong concerns expressed by Member States that considered Article 25 to be an inappropriate interference with national provisions regarding directors' duty of care, and potentially undermining directors' duty to act in the best interest of the company, the provisions have been deleted from the text.' (see Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Corporate Sustainability Due Diligence – General Approach, COREPER, ST 15024 2022 REV 1) In general, it should be noted that there is a widespread resistance among Member States concerning the harmonization of directors' duties and liabilities. Similar resistance was observed with the Insolvency Directive (Dir. (EU) 2019/1023), where directors' duties lacked clear liability rules.

¹² The European Commission itself acknowledged that 'to ensure that the duty of care becomes part of the overall functioning of businesses, it is necessary to involve directors' (see 'Just and sustainable economy: Commission lays down rules for

First, the absence of such rules in the final text should not be overstated, as it is clear that the Directive will inevitably impact directors' duties: by imposing due diligence obligations on companies, the Directive naturally affects the responsibilities of those institutionally tasked with ensuring the company's compliance with national laws transposing the Directive.¹³ Therefore, there can be no doubt that directors will, first and foremost, bear responsibility for implementing a risk-based due diligence policy, mapping, identifying, and preventing potential adverse impacts related to the company's activities on its behalf.

At the same time, it is essential to note that this will not represent a significant departure from the practices already required under fundamental corporate law principles. In fact, a basic misperception lies in the assumption that such monitoring and prevention duties were not already embedded in directors' fiduciary duties, prior to the Directive. By contrast, the first section of this paper will try to demonstrate, through an analysis of the concept of adverse impact and its relationship to traditional financial or legal risks, that the duty to oversee, manage, prevent and mitigate ESG-related adverse impacts is not entirely new to directors. These duties have always been implicitly included in the broader oversight obligations imposed on directors under corporate law, so the Directive essentially seems to have formalized the obligation for companies to carry out the oversight activities that any diligent director would have been required to perform, to protect the shareholders' interest.

The primary issue, however, as will be explained in the second section, seems to lie in enforcement of such duties. Despite ongoing debates and uncertainties, directors' oversight and organizational duties are traditionally framed as part of the duty of care. Therefore, their proper fulfillment is subject to review under the standard of the business judgment rule. In the third section of this work, an attempt will be made to determine whether the adoption of the Directive and its future transposition may play a pivotal role in changing the *status quo* in this regard. The question from which the present reflections arise, in fact, is not whether it is the directors' duty to promote and pursue interests other than those of the shareholders, or whether the Directive will require revising the concept of 'corporate purpose.'¹⁴ Rather, the real question concerns the limits

companies to respect human rights and environment in global value chains?', European Commission Press Release of February 23, 2022).

¹³ See LIBERTINI, *Gestione 'sostenibile' delle imprese e limiti alla discrezionalità imprenditoriale*, in *Contr. impr.*, 2023, p. 85; MOSCO-FELICETTI, *Prime riflessioni sulla proposta di direttiva UE in materia di Corporate Sustainability Due Diligence*, in *An. giur. ec.*, 2022, p. 203; ADDAMO, *Le novità del testo finale della Corporate Sustainability Due Diligence Directive: un cambio di passo per la politica di sostenibilità dell'UE?*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2024, p. 1280.

¹⁴ This issue, undoubtedly raised by recent European initiatives, appears to be far from a clear solution. In Italian literature, see most recently FERRARINI, *Lo scopo della società*

within which the interests of shareholders must be pursued and the effect that the imposition of such limits on economic freedom will have on the directors' position and the internal dynamics of corporate governance¹⁵. From this perspective, it will be argued that: (i) the Directive appears to impose obligations on the company that limit its economic freedom and protect interests external to the company; (ii) the monitoring activities currently imposed on directors solely for the benefit of shareholders will become instrumental to the proper fulfillment of a duty the company owes to third parties, and thus, a duty to protect external interests. In conclusion, the purpose of this paper is to demonstrate that, from a corporate law perspective, the revolutionary impact of the directive lies not so much in the scope of these duties but in the function they will reasonably be expected to assume once the Directive is implemented. A significant change that, as will be explained, has the potential to weaken the substantial limits traditionally placed on both judicial and non-judicial control over directors' decisions concerning the company's organizational structure and internal control systems.

I. ESG OVERSIGHT TODAY

1. The Concept of "Adverse Impact"

As noted, the first question this work seeks to address is whether the future obligations arising from the implementation of the Directive will significantly alter or expand the scope of directors' oversight duties under corporate law. The fundamental question is as follows: Are directors currently under no obligation to oversee the company's potential ESG-related adverse impacts?

tra valore dell'impresa e valore sociale, in *Riv. soc.*, 2023, p. 317 ff.; TOMBARI, *Lo "scopo della società": significati e problemi di una categoria giuridica*, in *Riv. soc.*, 2023, p. 338 ff.; SPOLIDORO, *Interesse, funzione e finalità. Per lo scioglimento dell'abbraccio tra interesse sociale e business purpose*, in *Riv. soc.*, 2022, p. 322 ff.. For an in-depth analysis with comparative references, see also FLEISCHER, *Corporate Purpose: A Management Concept and its Implications for Company Law*, ECGI Law Working Paper n. 561, 2021, available at [SSRN](https://ssrn.com/abstract=3844444).

¹⁵ See BALLERINI-(SACCHI), *Profili ESG e politiche di remunerazione*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2023, p. 1476 ff., who, while discussing the issue of directors' remuneration, observe that it is one thing to set limits on the exercise of business activities oriented towards sustainability needs; it is another to oblige companies and their directors to pursue sustainability objectives. This point is strongly highlighted by LIBERTINI, *Gestione 'sostenibile'*, p. 67, who argues that the directive imposes limits on entrepreneurial freedom, without this implying the necessity of pursuing interests other than those of the shareholders or allocating part of the profit to altruistic purposes.

Even when reflecting on the concept of "sustainable success," now incorporated in many Codes of Corporate Governance for listed companies, a similar perspective can be found in M. CAMPOBASSO, *Gli amministratori, il successo sostenibile e la pietra di Spinoza*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2024, p. 8.; GINEVRA, *Il Codice di Corporate Governance: Introduzione e Definizioni (con un approfondimento sul 'Successo sostenibile')*, in *Riv. soc.*, 2023, p. 1046 ff.

To answer this, it is essential to first define what the Directive means by ‘adverse impact’ and determine the specific types of impacts that must be monitored, mitigated, and prevented (art. 5 ff.). These include: (1) environmental impacts, (2) human rights impacts, and, as a subset of both, (3) adverse impacts occurring within the supply chain.

1.1. Adverse Environmental Impacts

Specifically, Article 2 (c), defines environmental adverse impacts as an adverse impact on the environment resulting from the breach of:

- General prohibitions related to environmental protection as outlined in Part I, Section I, points 15-16 of the Annex to the Directive. These cover activities that disrupt natural resources essential for food production, restrict access to drinking water or sanitation facilities, impair land use, and ‘substantially adversely affect ecosystem services through which an ecosystem contributes directly or indirectly to human well-being.’ (point 15¹⁶)¹⁷.
- Specific duties and prohibitions contained in the international conventions listed in Part II of the annex to the directive, such as those regarding biodiversity protection, marine ecosystem conservation, hazardous waste management, and the export/import of products containing harmful chemicals¹⁸.

1.2. Adverse Environmental Impacts

On the other hand, human rights adverse impacts are defined as impacts on persons resulting from the abuse of:

- Human rights listed in Section I of the Annex to the Directive, such as the right to life; prohibition of torture; the right to liberty and

¹⁶ Point 16 further provides that companies must refrain from activities that harm individuals’ or communities’ rights to access and use land, forests, and water, especially when these are essential for livelihoods.

¹⁷ Furthermore, these provisions should be interpreted in line with Article 6(1) of the International Covenant on Civil and Political Rights and Articles 11 and 12 of the International Covenant on Economic, Social, and Cultural Rights.

¹⁸ The effect, essentially, is to make binding for companies principles and standards (even very general ones) contained in international agreements that currently do not directly bind companies (see LIBERTINI, *Gestione ‘sostenibile’*, cit., p. 65, discussing a phenomenon of *Drittwirkung*). This approach is expressly criticized by MOSCO-FELICETTI, cit., p. 201. Additionally, see VENTORUZZO, *Note minime sulla responsabilità civile nel progetto di direttiva Due Diligence*, in *Riv. soc.*, 2021, pp. 381-382, who argues that the innovative effect of these provisions in terms of civil liability is not entirely clear, as numerous (if not all) human rights violations or negligence causing environmental damage could already, in almost all EU legal systems, be sanctioned with civil liability.

- security; the right to privacy; the freedom of thought and religion; the right of the child to the highest attainable standard of health; etc.
- Human rights listed in the agreements and conventions listed in Part I, Section II of the Annex, provided the violation (a) can be directly linked to corporate activities; (b) affects legal interests protected under these human rights instruments; (c) could have reasonably been foreseen by the company, taking into account its own operational context and supply chain.

1.3. Adverse Impacts in the “Chain of Activities”

The duty to identify and map the main adverse impacts, as prescribed in Article 5, letter b, and further articulated in Article 8 of the Directive, does not concern exclusively the negative externalities directly connected to the company's operations. Under Article 8, paragraph 1 (duty to map adverse impacts), as well as Article 10 (duty to prevent potential adverse impacts) and Article 11 (cessation of actual negative impacts), the company shall consider also the adverse impacts likely to be caused by its subsidiaries or commercial partners¹⁹. The chain of activities, as defined in Article 3, paragraph 1 (g), now includes the activities of both upstream and downstream commercial partners, whether direct or indirect, without the need to establish the existence of a 'consolidated commercial relationship'.²⁰

2. Adverse Impacts and ESG Risks from the Perspective of Corporate Directors

The duty to monitor and prevent adverse impacts may initially appear innovative in its substance, particularly when considered from the perspective of stakeholders. Through the lens of CSR²¹, one might focus almost exclusively on the fact that the European legislator has finally mandated directors to take into account the negative effects of business operations on the 'external' interests of stakeholders. This is undoubtedly the primary objective underpinning this

¹⁹ The directive's provisions on the supply chain follow the path set by significant reforms introduced in individual member states, particularly in Germany, where the *Lieferkettengesetz* (LkSG) establishes an obligation for companies to implement systems for monitoring ESG risks throughout the supply chain (for an in-depth analysis, see VICARI, *Risikoanalyse e Risikomanagement nella LkSG: spunti in tema di assetti adeguati nella 'catena di fornitura'*, in *Giur. comm.*, 2023 I, p. 757 ff.; BORDIGA-DE MARIA, *Tutela dei diritti umani nelle catene di approvvigionamento nell'ordinamento tedesco: la Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz*, in *Riv. soc.*, 2022, p. 971 ff.).

²⁰ On the concept of 'chain of activities' and 'business partners' see ADDAMO, cit., p. 1272 ss.

²¹ On the distinction between the classic CSR approach to sustainability, focused on business ethics, and the more 'financial' ESG risk-oriented approach, see MACNAIL/ESSER, cit., p. 10 ff.

harmonization effort. At the same time, however, doubts may arise about the actual degree of novelty these provisions present for directors. It does not seem that these obligations impose tasks on directors beyond those they were already required to perform under general corporate law, to safeguard the company's interests. These doubts are grounded in the following key considerations: (i) as will be demonstrated in this paragraph, 'adverse impacts' often entail risks for the company itself (at least for large enterprises); (ii) as will be explored in the next section, one of the core responsibilities of directors is to map, manage, and prevent risks to which the company is exposed.

Focusing on the first point, the argument here is that the 'external' perspective often adopted when analysing these provisions inevitably obscures the fact that the 'adverse impacts' (referred to in the Directive) do not solely and exclusively carry an 'external' relevance, but also present a fundamental internal dimension²², as they can impact the operations and even the existence of the company.

This may indeed seem like a banal statement, but it is often underestimated: the external impacts on the environment and human rights discussed in the Directive can potentially be reflected in the company's traditional risks (market risk, credit risk, liquidity risk, operational risk, and reputational risk, etc.)²³. This does not mean that adverse impacts always and inevitably translate into 'traditional' risks. It is undeniable that, in theory, there may be situations

²² The position expressed by SINNIG-ZETZSCHE, *The EU's Corporate Sustainability Due Diligence Directive: From Disclosure to Prevention of Adverse Sustainability Impacts in Supply Chains*, June 14, 2024, available at [SSRN](#), pp. 3-4, is not entirely convincing. The authors distinguish between 'adverse impacts' and 'sustainability risks', limiting the latter to systemic risks arising from global phenomena such as sea-level rise and climate change. They argue that directors are generally not obligated to consider or mitigate their external adverse impacts. While this distinction may hold theoretical appeal, it is challenging to comprehend how external impacts could be denied financial relevance in the current economic and regulatory landscape (in German literature, a similar perspective seems to be shared by KOCH, § 91, in KOCH (ed), *Aktiengesetz*, Munich, 18th ed, 2024, Rn. 20). As mentioned, it is not a universally valid rule that adverse impacts translate into legal and financial risks. It is certainly important to maintain this conceptual distinction. However, the argument advanced here is that, within the reality of the European large enterprises, there appear to be few instances in which negative externalities have no effect on a company's economic performance. In most cases, therefore, the 'sustainability risks' that directors must monitor necessarily also include the risks associated with adverse impacts caused by the company itself (in the same sense, see AA.VV., 'Demystifying Sustainability Risk', *CoSo* 2013, p. 3 ff.)

²³ And this is why, for several years now, 'for many organizations, sustainability has evolved from a 'feel-good' exercise to a strategic imperative that focuses on economic, environmental, and social risks and opportunities which, left unattended, can potentially threaten the long-term success of strategies and the viability of business models' (see 'Demystifying Sustainability Risk', cit., p. 2).

where an ‘adverse impact’ does not necessarily result in legal or economic-financial consequences. From a legal compliance standpoint, a legal risk arises only where there is comprehensive and enforceable sector-specific regulation. Regarding the financial dimension, in markets entirely indifferent to sustainability concerns, it is challenging to argue that ESG issues would have a meaningful effect on a company’s economic performance. However, the key point is that, within the European context—where harmonized legislative instruments exist to evaluate corporate sustainability—it seems increasingly implausible to claim that companies could cause adverse impacts without expecting at least some financial repercussions.

Viewed from the perspective of the company and its directors, the sustainability risks linked to violations of the rights and prohibitions provided by the Directive do not appear to be anything other than compliance risks and financial risks, simply representing, within these two categories, the risk factors arising from issues related to environmental and/or human rights issues²⁴. Some examples, although simple, may contribute to greater clarity.

a) *Environmental Adverse Impacts*

a1) *Regulated Issues*

If an environmental issue is directly regulated by sector-specific laws, it is evident that the company primarily faces a legal risk, often accompanied by a reputational risk. Consider, for instance, a company handling radioactive materials that fails to implement precautions to prevent leakage into the ground, leading to groundwater contamination. In such scenario, the company would inevitably face criminal or administrative proceedings – proceedings that could lead to substantial economic penalties on one hand, and significant damage to its public image on the other. While such unlawful conduct directly inflicts damage on the local community, it concurrently creates economic harm for the company itself. Specifically, the risk of incurring in administrative/criminal sanctions constitutes a legal risk, arising from the breach of mandatory compliance requirements, whereas the potential damage to the company’s market reputation constitutes a reputational risk – a classic economic-financial risk.

This scenario mirrors that of the *Dieselgate* scandal involving major car manufacturers, when companies such as Volkswagen were found to have manipulated their engines to falsely appear compliant with pollutant

²⁴ Even with regard to sustainability risks that are subject to regulation, see the observations of BAINBRIDGE, *Don’t compound the Caremark mistake by extending it to ESG oversight*, in *Business Lawyer*, 2021, p. 3 ff., who argues against extending oversight liability to situations where a company fails to align with mere aspirational standards (a position notably supported by STRINE, JR.-SMITH-R. STEEL, *Caremark and ESG, Perfect Together: A Practical Approach to Implementing an Integrated, Efficient, and Effective Caremark and EESG Strategy*, in *Iowa L. Rev.*, 106, 2021, p. 1885 ff.

emission standards. The aftermath was severe: the company faced billions of dollars in fines across Europe and the United States and suffered significant reputational damage. This was evidenced by a sharp decline in its stock price immediately following the revelation, a covert reduction in sales, and a dramatic increase in litigation-related expenses.

a2) Unregulated Issues

It may, however, happen—and it very often does—that a particular environmental issue is not specifically regulated, or that national (or EU) regulations impose standards that are less strict than those suggested by international institutions. In such cases, the company does not violate any specific legal constraint, but, at the same time, it is difficult to argue that the failure to align with certain standards—although aspirational and not legally binding—often entails a financial risk, at least in the form of reputational risk. Consider, for instance, a company that, during its production process, discharges chemical agents into the environment that remain unclassified or for which neither national nor EU regulations establish specific threshold values. In the Italian context, this situation occurred in the cases of manufacturing companies accused of polluting groundwater with PFAS (perfluorinated alkylated substances), for which no legal limits existed until recently. Many of these companies, beyond causing significant harm to nearby communities, later suffered a crisis of credibility and reputation, coupled with a surge in litigation, ultimately leading, in some instances, to bankruptcy²⁵.

Moreover, it is essential to recognize that even when a company complies with all sector-specific regulations, tools like the European Taxonomy now allow investors to assess and compare how well a company's activities align with sustainability objectives, such as climate change mitigation, using objective criteria and standards that are often non-binding. As these tools are designed to meet the increasing demand from investors for 'green' products, they are set to play a crucial role in directing financial resources toward companies that adhere to these standards, while simultaneously diverting capital from activities that, despite being legally compliant, do not align with these sustainability benchmarks. Consequently, it is entirely plausible that, even in the absence of explicit regulatory requirements or legal violations, conduct inconsistent with voluntary or aspirational standards could not only generate negative externalities but also expose the company to significant economic and financial risks.

²⁵ In Italy, the issue involved, for example, the company Miteni S.p.A. in Trissino (VI), which filed for bankruptcy in 2018 following years of intense and widespread criticism regarding its alleged responsibility for contaminating groundwater (for an in-depth analysis of the case, see MARCOLUNGO, *Riflessioni a margine del 'caso Miteni': oltre la stasi?*, in *federalismi.it* 28.6.2023, p. 88 ff.)

b) *Human Rights Adverse Impacts*

What has been stated above equally applies to cases involving the violation or abuse of human rights, which are almost always governed by specific criminal laws. In such instances, compliance with both national and international legal frameworks designed to protect fundamental human rights primarily entails a legal risk, often accompanied by significant financial exposure, particularly in the form of reputational damage²⁶.

c) *Adverse Impacts in the Supply Chain*

There are other cases where a company may indirectly contribute to practices that conflict with environmental protection and/or human rights without breaching any laws. This typically occurs when violations are committed by other entities within the company's supply chain. While the Directive may seem to introduce a significant innovation by requiring companies to monitor risks beyond their own operations, it is difficult to argue that such risks were irrelevant to the company, given that these situations almost always entail reputational risks, which, in turn, could translate into financial losses. An emblematic case, at least in the Italian context, is the one involving Benetton group following the collapse of Rana Plaza in Bangladesh²⁷. In that case, the group faced widespread controversy and legal challenges due to its business relations with the company managing the building that collapsed. These disputes finally compelled Benetton to allocate several million euros to a trust fund created to compensate the families of the victims. While this financial outlay did not stem from legal liability, it nonetheless represented a financial risk that materialized as a consequence of the company's decision to collaborate with third-party entities that were evidently misaligned with international human rights standards.

3. The Duty to Monitor and Prevent "Adverse Impacts": Something New?

If we accept the premise that, for large enterprises, 'adverse impacts' frequently translate into what can be described as 'sustainability risks,' which are

²⁶ For an overview of the most well-known cases in which large multinational companies have had to address issues related to human rights and/or environmental compliance see RASCHE-MORSING-MOON-KOURULA, *Corporate sustainability*, Cambridge University Press, Cambridge, 2023 (although the volume, in its previous edition, was harshly criticized for its lack of order and methodology by BASSI, *La CSR doctrine di fronte ai creditori, stakeholders di prima istanza*, in *Giur. comm.* 2022, I, p. 178 ff.).

²⁷ See the statement 'The Rana Plaza Tragedy', released by the Benetton Group.

essentially subsets of legal or economic-financial risks, it becomes hard to argue that the European Directive, from the perspective of directors, introduced substantial innovations to their oversight duties (even in its original version). The core argument presented here is that no regulatory gap concerning fiduciary duties related to ESG impacts existed prior to the Directive, at least for large enterprises.

In nearly any legal system, among the duties of directors is certainly the duty to map, monitor, and prevent risks that threaten the survival of the company, through the establishment of an integrated risk management and reporting system. Given the difficulty to imagine adverse impacts that do not have some significant repercussions on the company's financial or economic performance, at least in the form of reputational risk²⁸, it is therefore reasonable to deduce that the vast majority of what we define as 'adverse impacts' is necessarily and generally covered by the monitoring duties that corporate law assigns, almost everywhere, to directors.

This duty is explicitly codified, for instance, in the German system under § 91, second paragraph, of the Aktiengesetz (AktG)²⁹. Similarly, in Spain, Article 225, second paragraph, of the Ley de Sociedades de Capitales is interpreted by scholars as imposing on directors the responsibility to design an organizational structure that ensures effective reporting mechanisms and a risk management system.³⁰ In Italy, prior to the 2019 insolvency reform, such duties were derived from Law 231/2001 (regarding legal risks) and, in general, from Article 2380-bis, third and fifth paragraph, and Article 2403, first paragraph, of the Civil Code³¹. After the 2019 reform, a comprehensive oversight duty was essentially codified for all types of companies in Article 2086, second paragraph, of the Civil Code, which explicitly

²⁸ On the usefulness of integrating sustainability factors into risk management systems to mitigate reputational risks, see PÉREZ-CORNEJO - DE QUEVEDO-PUENTE, *How corporate social responsibility mediates the relationship between corporate reputation and enterprise risk management: evidence from Spain*, in *Eurasian Business Review*, 13(2), 2022, p. 363 ff.

²⁹ Which provides that 'Der Vorstand hat geeignete Maßnahmen zu treffen, insbesondere ein Überwachungssystem einzurichten, damit den Fortbestand der Gesellschaft gefährdende Entwicklungen früh erkannt werden.' For a more in-depth analysis of this provision, see FLEISCHER, § 91 in HENSSELER (dir. by), STILZ-VEIL (eds), *Beck Online Grosskommentar AktG*, 1.2.2024; KOCH, § 91, cit.

³⁰ See CEBRIÀ, *La buena fe en el marco de los deberes de los administradores de las sociedades de capital: viejos hechos, nuevas implicaciones*, ADC, tomo LXIX, 2016, p. 1395. On directors' oversight duties see also v. GUERRERO TREVIANO, *El deber de diligencia de los administradores en el gobierno corporativo de las sociedades de capital*, Editorial Civitas, Madrid, 2015, 178 ss.

³¹ In general, see MONTALENTI, *Amministrazione e controllo nelle società per azioni: riflessioni sistematiche e proposte di riforme*, in *Riv. soc.*, 2013, p. 42 ff.; ID., *Il sistema dei controlli interni: profili critici e prospettive*, in *Riv. dir. comm.*, 2010, p. 935 ff. This topic was extensively addressed in the volume *Assetti adeguati e modelli organizzativi*, directed by IRRERA, Bologna, 2016.

provides that 'The entrepreneur, operating in corporate or collective form, has the duty to establish an organizational, administrative, and accounting structure adequate to the nature and size of the enterprise, also for the purpose of timely detection of the crisis of the enterprise and the loss of business continuity, and to act immediately to adopt and implement one of the tools provided by the legal system to overcome the crisis and recover business continuity. '

Common law jurisdictions exhibit analogous solutions, albeit with some distinctions. In the United Kingdom, following the *Barings* case, courts have upheld the principle that a director's failure to implement an effective internal risk management system constitutes a breach of fiduciary duties, exposing the director to liability³². This principle aligns with the *Caremark* doctrine, established by the Delaware Court of Chancery in 1996, which has since become a cornerstone of Delaware case law³³. While there is not enough space here to retrace in detail the development of the *Caremark* doctrine, suffice it to say that this theory takes its name from a seminal case discussing the directors' liability for failing to establish an effective compliance monitoring system. In that instance, the Delaware Court of Chancery, partially overturning earlier case law³⁴, seized the opportunity to clarify doubts regarding the existence of a general directors' duty to be active monitors not only on compliance, but also on business performance and financial risks³⁵.

³² See *Secretary of State for Trade and Industry v. Baker* (No. 5), 1999, 1, BCLC 433; *Secretary of State for Trade and Industry v. Baker*, (No. 6), 2001, BCC 273. For further details, see MOORE-PETRIN, *Corporate governance: law, regulation and theory*, London, 2017, p. 225

³³ See *In re Caremark Int'l Inc. Deriv. Litig.*, 698 A.2d 959 (Del. Ch. 1996). For an overview, see ARLEN, *The Story of Allis-Chalmers, Caremark, and Stone: The Directors' Evolving Duty to Monitor*, in RAMSEYER (ed), *Corporate Law Stories*, Foundation Press, New York, 2009, p. 327 ff.

³⁴ *Graham v. Allis-Chalmers Mfg. Co.* 188 A.2d 125, 130 (Del. 1963).

³⁵ *In re Citigroup Inc. S'holder Derivative Litig.*, 964 A.2d 106, 123 (Del. Ch. 2009). However, this conclusion has been widely questioned in subsequent case law: see *N RE In re Proassurance Corp. Stockholder Derivative Litigation*, C. A. 2022-0034-LWW, 36 (Del. Ch. 2023); *Constr. Indus. Laborers Pension Fund v. Bingle*, LEXIS 223 (Del. Ch. 2022); *Firemen's Ret. Sys. v. Sorenson*, LEXIS 234 (Del. Ch. 2021); *In re Clovis Oncology, Inc. Deriv. Litig.*, 2019 WL 4850188, 12 (Del. Ch. 2019); *In re Facebook, Inc. Sec. 220 Deriv. Litig.*, LEXIS 197 (Del. Ch. 2019); *Tilden v. Cunningham*, LEXIS 510 (Del. Ch. 2018); *Reiter v. Fairbank*, LEXIS 158 (Del. Ch. 2016); *Okla. Firefighters Pension & Ret. Sys. v. Corbat*, LEXIS 848, (Del. Ch. 2017); *Asbestos Workers Local 42 Pension Fund v. Bammann*, WL 2455469 (Del. Ch. 2015); *In re Goldman Sachs Group, Inc. S'holder Litig.*, 2011 Del. Ch. LEXIS 151 (Del. Ch. 2011). In the literature, the issue remains highly controversial: see MILLER, *Oversight Liability For Risk-Management Failures at Financial Firms*, in *Southern California Law Review*, 84, 2010 p. 96; BAINBRIDGE, *Caremark and Enterprise Risk Management*, in *Journal of Corporation Law*, 34, 2009, p. 979; PAN, p. 738 ff.)

III. Corporate Oversight and the Business Judgment Rule

1. Enforcing Directors' Oversight Duties: is It a Question of Business Judgment Rule?

Once it is clarified that the monitoring duties generally imposed on directors by corporate law also encompass what are referred to as sustainability risks arising from potential adverse impacts, as well as all monitoring activities that directors will be required to undertake following the implementation of the Directive, attention can then shift to what seems to be the real issue concerning these duties: their enforcement. In fact, it is noteworthy that oversight duties are often formulated in a very general way, and their content is quite indeterminate. As has been emphasized in German literature, given the different theoretical approaches to the business organization and, especially, the various characteristics of businesses, it is not only difficult but also inappropriate for specific organizational standards to be incorporated into the law³⁶. Very often, the law resorts to broad legal terms, setting flexible evaluative parameters (adequacy, appropriateness, etc.) in relation to the pursuit of a broad goal (preventing illegal behavior; preventing insolvency; preserving going concern etc.). In other words, the content of these duties seems to always leave the directors with a margin of discretion and judgment. Since corporate law has a rule — the Business Judgment Rule — that specifies the conditions under which a discretionary decision by the directors may lead to liability, it can be argued — as is often done — that compliance with such oversight duties should be evaluated through the lens of the *Business Judgment Rule*.

Without delving into the details of the next paragraphs, it can be summarized that the BJR essentially prevents courts from questioning the substance of a decision, provided that there is no conflict of interest, and the decision-making process was adequately informed. This presumption means that, if these criteria are met, directors' are deemed diligent and are therefore immune from liability.

Traditionally, this rule applies exclusively to the duty of care, i.e., the duty to pursue the interest of the shareholders. However, its application becomes more contentious and uncertain when the law imposes on directors specific duties without clearly detailing the required conduct, as it exactly happens, as explained, in areas related to organizational responsibilities or corporate governance. For instance, in the German system, such a problem arose with respect to the

³⁶ On the limits of normative standardization of corporate organization, see extensively SPINDLER, *Unternehmensorganisationspflichten*, Universitätsverlag Göttingen, Göttingen, 2011, p. 403 ff.

application of § 91, second paragraph, of the AktG³⁷. In the Italian system, the relevance of this issue has been accentuated by the introduction of the second paragraph of Article 2086 of the Civil Code³⁸. This provision outlines general objectives for directors' organizational duties, such as ensuring the organization's appropriateness for the company's activities and functionality for the early detection of a crisis. However, the law merely states that the organizational structure must be 'adequate' to achieve these goals, thus raising critical questions about the extent to which directors' organizational decisions are shielded by the BJR.

2. On the First (and Most Important) Pre-requisite of the BJR

The Business Judgment Rule (BJR) is a legal principle that has evolved over time to serve important objectives, such as avoiding hindsight bias and encouraging directors to take balanced risks without undue fear of liability³⁹. As previously mentioned, in many jurisdictions it is widely accepted the idea that such a rule applies to both purely business decisions and oversight/organizational decisions. It is therefore appropriate to now focus on the reasoning behind this conclusion, examining whether it is genuinely well-founded in light of the underlying prerequisites of such a rule.

According to Italian case law and scholarship⁴⁰, the rule typically applies when the following conditions are met: (i) there is a 'business decision'; (ii) the

³⁷ See KOCH, § 91, cit., Rn. 16 and specifically OTT, *Anwendungsbereich der Business Judgment Rule aus Sicht der Praxis - Unternehmerische Entscheidungen und Organisationsermessern des Vorstands*, in ZGR, 2, 2017, p. 162 ff.

³⁸ It should be noted that this rule is, first and foremost, regarded by the legislator as the cornerstone of the new national framework aimed at preventing business crises and insolvency. Specifically, this rule is enshrined in Article 3, paragraph 1, of the Italian Insolvency Code (Legislative Decree no. 14/2019), where it is elevated to the status of a general principle of insolvency law (as Article 3 is included in the chapter dedicated to "general principles"). Furthermore, Article 3, paragraph 4, establishes minimum requirements for the adequacy of organizational structures and identifies warning signals to be monitored, such as significant debts to suppliers, employees, banks, and public creditors. While this provision outlines the conduct expected of directors, it appears to demand compliance with only very basic and elementary requirements (see DI CATALDO, *Assetti organizzativi della società per azioni e adeguatezza. Alcuni profili fin qui un po' trascurati*, in *Giur. comm.*, 2024, I, 250 ff. who calls for legislative intervention in corporate law to provide clear guidance on the design of organizational structures).

³⁹ For an in-depth analysis see FLEISCHER, § 93, in HENSSLER (ed. by), STILZ-VEIL (eds), *Beck Online Grosskommentar AktG*, 1.2.2024, Rn. 79-86; ID., *Die „Business Judgment Rule“ im Spiegel von Rechtsvergleichung und Rechtsökonomie*, in *Festschrift für Herbert Wiedemann zum 70*, Beck, Munich, 2002, p. 827 ff.

⁴⁰ See Cass., 28.4.1997, no. 3652; Cass. 23.3.2004, no. 5718; Cass. 27.8.2004, no.16707; Cass. 12.8.2009, no. 18231; Cass. 12.3.2012, no. 3902; Cass. 12.3.2013, no. 3409; Cass. 2.3.2015,

decision is free from conflicts of interest; (iii) the decision is based on adequate information; and (iv) the decision is not manifestly irrational, in light of the information gathered within the decision-making process.⁴¹

Nevertheless, both scholars and Courts appear to have focused almost exclusively on the latter three requirements, often overlooking a thorough analysis of the first, which ultimately defines the scope of the rule⁴². On this point, it is

no. 1783; Cass. 31.8.2016, no. 17441; Cass. 8.9.2016, no. 17761; Cass. 22.6.2017, no. 15470; Cass. 16.12.2020, no. 20718; Cass. 15.7.2021, no. 20252.

In the literature, see F. BONELLI, *Gli amministratori di s.p.a. dopo la riforma delle società*, Giuffrè, Milan, 2004, p. 183 ff.; ANGELICI, *La riforma delle società di capitali*, Cedam, Padua, 2006, p. 182 ff.; ID., *Diligentia quam in suis e business judgment rule*, in *Riv. dir. comm.*, 2006, I, p. 675 ff.; AMBROSINI, *La responsabilità degli amministratori*, in COTTINO (ed.), *Trattato di diritto commerciale*, IV-1, *Le società per azioni*, Cedam, Padova, 2010, p. 658; G. E. COLOMBO, *Amministrazione e controllo*, in AA.VV., *Il nuovo ordinamento delle società. Lezioni sulla riforma e modelli statutari*, Ipsoa, Milan, 2003, p. 175; FERRI JR., *Ripartizione delle funzioni gestorie e nuova disciplina della responsabilità degli amministratori di s.p.a.*, in SCOGNAMIGLIO (ed.), *Profili e problemi dell'amministrazione nella riforma delle società*, Giuffrè, Milan, 2003, p. 39; RORDORF, *La responsabilità civile degli amministratori di s.p.a. sotto la lente della giurisprudenza (I parte)*, in *Società*, 2008, p. 1193 ff.; MAZZONI, *La responsabilità gestoria per scorretto esercizio dell'impresa priva della prospettiva di continuità aziendale*, in AA.VV., *Amministrazione e controllo nel diritto delle società. Liber amicorum Antonio Piras*, Turin, 2010, p. 829 ff.; VASSALLI, *L'art. 2392 novellato e la valutazione della diligenza degli amministratori*, in SCOGNAMIGLIO (ed.), *Profili e problemi*, cit., p. 29; NIGRO, *'Principio' di ragionevolezza e regime degli obblighi e delle responsabilità degli amministratori*, in *Giur. comm.*, 2013, I, p. 468 ff.

⁴¹ In case law, the reference to 'reasonableness' as a limit to the application of the BJR is also common (see Cass. 22.6.2020, no. 12108; Cass. 15.7.2021, no. 20252; Cass. 22.6.2017, no. 15470, where it is reiterated that such a valuation must be made both *ex ante* and considering the failure to adopt the precautions, checks, and preventive information normally required for a choice of that type and the diligence shown in assessing in advance the risk margins related to the operation to be undertaken).

⁴² It is noteworthy that American literature also regards the 'business decision' as a prerequisite for the application of the business judgment rule. However, scholars and the case law seem to have largely neglected an in-depth examination of such a prerequisite (see RADIN, *The Business Judgment Rule*, Aspen Publishers, 2009, vol. 1, p. 87 ff.). In contrast, German literature has recognized the importance of defining the concept of '*Unternehmerische Entscheidung*' to which § 93, Abs. 1, Satz 2 AktG applies the BJR (see FLEISCHER, § 93 in SPINDLER-STILZ (ed.), *Kommentar zum Aktiengesetz*, 2nd ed., Beck, Munich, 2007, Rn. 63; SCHÄFER, *Die Binnenhaftung von Vorstand und Aufsichtsrat nach der Renovierung durch das UMAG*, in *ZIP*, 2005, p. 1255. for a detailed analysis of the concept see FLEISCHER, § 93 (2024), cit., Rn. 88 ff.; SPINDLER, § 93, in GOETTE-HABERSACK (eds), *Münchener Kommentar zum Aktiengesetz*, 6th ed. Beck, Munich, 2023, Rn. 48 ff.; HOPT-ROTH, § 93, in HIRTE-MÜLLBERT-ROTH (eds), *AktG: Großkommentar der Praxis*, 5th ed., De Gruyter, Berlin, 2015, Rn. 80 ff.; CAHN, § 93, in NOACK-ZETSCHKE (eds), *Kölner Kommentar zum Aktiengesetz*, 4th ed., 2023, Rn. 35 ff.).

generally agreed that the category of ‘business decision’ should be defined negatively, as opposed to ‘legally bound’ decisions⁴³. This raises the critical question of what constitutes a ‘legally bound’ decision, an issue that Italian doctrine has traditionally addressed by focusing on the nature of the duty compelling directors to act, relying on the classic distinction developed by F. Bonelli⁴⁴ between: (a) ‘duties with generic content’ and (b) ‘duties with specific content.’ However, this categorization has been interpreted and applied in varying ways in the literature. The dominant view holds that the distinction should be understood literally, with generic duties differentiated from those with detailed content, for which directors would have no real discretion, whereas a minority of scholars seems to emphasize the distinction between decisions required by the general duty of care, covered by the BJR, and decisions required by duties (even if generic in content) specifically imposed by the law.

Based on these two theoretical approaches, part of the Italian literature has attempted to define, for example, the extent of judicial review over the adequacy of the organizational structure that directors are required to establish under Article 2086 of the Civil Code.

The prevailing view among scholars and courts asserts that, since the aforementioned provision relies on a flexible standard of adequacy and does not define with precision the characteristics that should distinguish the organizational structure, such decisions necessarily fall within the protection of the BJR.⁴⁵ According to this perspective, directors are only required to ensure that the company has some form of organization, while the assessment of its adequacy remains a fundamentally entrepreneurial judgment, protected by the BJR: as a result, their liability would be limited to situations where no organizational structure has been implemented at all. It should be observed that this conclusion aligns closely with the prevailing approach in Delaware case law, where Caremark liability is articulated through two exclusive prongs requiring plaintiffs to plead either that: (i) directors utterly failed to implement any reporting or information

⁴³ In this regard, based on the Federal Government’s explanatory statement regarding UMAG (see BT-Drucks. 15/5092, p. 11), most German scholarship seems to be aligned as well (see FLEISCHER, § 93 (2024), cit., Rn. 88-89; HOPT-ROTH, § 93, cit., Rn. 69 ff; SPINDLER, § 93, cit., Rn. 49.; CAHN, § 93, cit., Rn. 35.)

⁴⁴ See F. BONELLI, cit., p. 179

⁴⁵ Above all, see L. BENEDETTI, *L’applicabilità della business judgment rule alle decisioni organizzative degli amministratori*, in *Riv. soc.*, 2019, p. 424 ff.; E. BARCELLONA, *Business judgment rule e interesse sociale nella crisi*, Giuffrè, Milan, 2020, p. 51 ff.; FORTUNATO, *Atti di organizzazione, principi di correttezza amministrativa e Business Judgment Rule*, in *Giur. comm.*, 2021, II, p. 1380 ff.; ID., *Assetti organizzativi dell’impresa nella fisiologia e nella crisi*, in *Giur. comm.*, 2023, I, p. 908 ff.; DI CATALDO-ARCIDIACONO, *Decisioni organizzative, dimensioni dell’impresa e business judgment rule*, in *Giur. comm.*, 2021, I, p. 69 ff. In the German literature, the same conclusion has been reached by OTT, *Anwendungsbereich*, cit., p. 166 ff.

system to monitor the company's legal compliance and business performance, or (ii) directors consciously failed to oversee their concrete functioning, ignoring "red flags". In other words, liability for poor oversight can only be established where there is evidence of a conscious disregard of fiduciary duties on the part of directors, thereby acting in bad faith and breaching their duty of loyalty⁴⁶. Conversely, decisions regarding the specific configuration of internal control systems would fall within the unreviewable discretion of directors, meaning directors cannot be held liable for establishing an organizational structure that is merely inadequate. This is precisely why, despite its theoretical significance, the *Caremark* doctrine remained largely dormant for years, particularly regarding financial risks oversight⁴⁷. Even following the 2007-2008 financial crisis, which

⁴⁶ *Stone v. Ritter*, 911 A.2d 362 (Del. 2006). Subsequent rulings have consistently reaffirmed these principles: see *La. Mun. Police Emples. Ret. Sys. v. Pyott*, 46 A.3d 313, 341 (Del. Ch. 2012); *Horman v. Abney*, LEXIS 13 (Del. Ch. 2017); *In re Massey Energy Co. Derivative & Class Action Litig.*, LEXIS 83 (Del. Ch. 2011); *Am. Int'l Group, Inc. v. Greenberg*, 965 A.2d 763, 777 (Del. Ch. 2009); *Desimone v. Barrows*, 924 A.2d 908, 935 (Del. Ch. 2007). The classification of the oversight duty within the duty of loyalty has sparked considerable debate in the literature. Some scholars argue that the rulings in *Caremark*, *Stone*, and *Citigroup* have significantly narrowed the scope of oversight duties, if not rendered them virtually ineffective (see MITCHELL, *The Import of History to Corporate Law*, in *Saint Louis University Law Journal*, 59, 2015, p. 697 ff. See also GEVURTZ, *Corporation Law*, West Academic, St. Paul, 2020, p. 289, for further analysis of the issue.)

⁴⁷ In the *Citigroup* case, the Court of Chancery emphasized that directors are obligated to implement and monitor a system for overseeing business performance, while reaffirming that this duty does not undermine the protections afforded by the Business Judgment Rule. The combined effect of the Business Judgment Rule, exculpatory provisions under §102(b)(7) of the Delaware General Corporation Law, and the high burden of proving a *Caremark* claim creates a significant hurdle for plaintiffs seeking to hold directors personally liable for failing to recognize business risks. This is why liability for oversight failures, particularly those related to business performance oversight, remains one of the most challenging claims in corporate law, as previously observed in the *Caremark* case (*In re Citigroup Inc. S'holder Derivative Litig.*, p. 125). On this issue see LANGEVOORT, *Caremark and Compliance: A Twenty-Year Look Back*, in *Temple Law Review*, 90, 2018, p. 731. In the literature, support for strengthening monitoring duties, particularly with regard to financial risks, has also been expressed by GEVURTZ, *The Role of Corporate Law In Preventing a Financial Crisis: Reflections On In re Citigroup Inc. shareholder Derivative Litigation*, in *McGeorge Global Business & Development Law Journal*, 23, 2010, p. 148 ff.; POLLMAN, *Corporate Oversight and Disobedience*, in *Vanderbilt Law Review*, 72, 2019, p. 2031 and 2043; PAN, *A Board's Duty to Monitor*, in *New York Law School Law Review*, 54, 2009, p. 718 ff.; HILL-MCDONELL, *Reconsidering Board Oversight Duties After The Financial Crisis*, in *University of Illinois Law Review*, 2013, p. 859 ff. Conversely, critics on the general foundations of the *Caremark* doctrine are expressed by BAINBRIDGE, *Corporate governance after the financial crisis*, Oxford University Press, Oxford-New York, 2012, p. 147 ff.

highlighted glaring deficiencies in risk oversight within financial institutions, this doctrine saw limited application⁴⁸. It is only in recent times that certain decisions, such as those in the *Marchand*⁴⁹ and *Boeing*⁵⁰ cases, have marked a turning point, occasionally delving into minimal evaluations of the adequacy of internal controls formally established by directors. However, it is still difficult to determine whether these are isolated cases (involving companies where risk monitoring is a mission-critical issue) or if the case law is shifting toward more penetrating standards of review regarding directors' oversight decisions.⁵¹

Conversely, the alternative approach considers the duty in question as a 'specific' duty (even though, in reality, not entirely specific in its content) and argues that this duty, grounded in principles of administrative and managerial fairness (Article 2403 of the Civil Code), falls outside the scope of the BJR's protections.⁵² Accordingly, directors' liability could be triggered not only for utterly failing to establish internal control mechanisms but also if the internal monitoring structures are not aligned with organizational standards developed within management sciences, which should be applied in accordance with the principles of proportionality and reasonableness.

3. Some Critical Reflections on the Dominant Opinion

Such a divergence among interpreters is also likely to arise with regard to the national rules transposing the CSDDD Directive, as incorporating specific organizational standards for ESG risk management into legislation appears not only highly challenging but perhaps even inappropriate⁵³. Resolving this

In the UK system, by contrast, it is questioned if decisions related to supervision and monitoring are not considered business judgments protected by the BJR (see KEAY-LOUGHREY, *The Concept of Business Judgment*, in *Legal Studies*, 39, 2020, p. 62 ff.)

⁴⁸ On this issue, see extensively POLLMAN, cit., p. 2035.

⁴⁹ *Marchand v. Barnhill*, 212 A.3d 805 (Del. 2019)

⁵⁰ *In re Boeing Co. Derivative Litig.*, LEXIS 197 (Del. Ch. 2021)

⁵¹ At present, Delaware case law appears to provide conflicting and controversial signals (for cases reaffirming the traditional approach to evaluating oversight duties, see *Segway, Inc. v. Cai*, No. 2022-1110-LWW (Del. Ch. 2023); *In re Proassurance Corp. Stockholder Derivative Litigation*, cit.)

⁵² See MONTALENTI, *I problemi della corporate governance*, in *Giur. comm.*, 2024, I, 376-377; MONTALENTI, *Assetti organizzativi e organizzazione dell'impresa tra principi di corretta amministrazione e business judgment rule: una questione di sistema*, in *Nuovo dir. soc.*, 2021, p. 21 ff.; ID., *Il Codice della Crisi d'impresa e dell'insolvenza: assetti organizzativi adeguati, rilevazione della crisi, procedure di allerta nel quadro generale della riforma*, in *Giur. comm.*, 2020, I, p. 829 ff.; IRRERA, *Adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile*, in DONATIVI (ed.), *Trattato delle società*, Milano, 2022, p. 1553 ff; AMATUCCI, *Adeguatezza degli assetti, responsabilità degli amministratori e business judgment rule*, in *Giur. comm.*, 2016, I, p. 661 ff.

⁵³ See footnote no. 36

interpretative conflict and finding a balanced solution is therefore crucial, on the one hand because the future implementation of the Directive will inevitably bring this dilemma to the forefront, and on the other hand because such issues are likely to multiply over time due to the growing legislative trend to impose organizational constraints on companies.

Nonetheless, neither of the aforementioned approaches seems adequate to fully address the issue at hand.

Addressing the problem by relying solely on the distinction between duties with ‘generic content’ and those with ‘specific content’ leads to overly simplistic and approximate conclusions: indeed, the majority of obligations regarding the organization of companies—and more generally, corporate governance—despite their increasing complexity, are inherently generic in nature and are often structured around broad legal terms and general clauses. Thus, following this reasoning, it would lead to the conclusion that almost no judicial control can be exercised over nearly all decisions that the law specifically requires of directors.

On the other hand, the opposing solution seems to lead to the inverse conclusion that the application of the BJR is excluded whenever the law specifically provides for a duty on directors.

It is crucial to navigate a way out of this interpretative deadlock, which risks leading to unsatisfactory conclusions.

A valuable starting point lies in recognizing that, while it is commonly accepted that duties with specific content preclude discretion and, by extension, the application of the Business Judgment Rule (BJR), it cannot similarly be presumed that, whenever the law refrains from prescribing the specific conduct required of directors, leaving them room to choose among viable options, the resulting decision is automatically shielded from any substantive scrutiny. In other words, this means that not all discretionary decisions— i.e., those imposed on directors by a generic duty—can be automatically deemed to fall under the protection of the BJR.

As suggested by prominent scholarship,⁵⁴ even with regard to duties that allow for discretion, it is crucial to understand whether directors, in performing these duties, are vested with the kind of evaluative and decision-making powers that corporate law seeks to shield from judicial review. This requires more than an examination of the content the duty; rather, it demands a deeper analysis of its underlying purpose and the protected interests. Indeed, the law grants directors non-reviewable powers solely to ensure the realization of the company’s interest — defined as the shareholders’ interest in maximizing their wealth —, and this interest not only underpins directors’ discretionary authority but also establishes its most significant limitation. Therefore, if the law imposes a specific duty with a

⁵⁴ See KOCH, § 93, cit., Rn. 29; ID., *Pflichtaufgaben mit Entscheidungsspielraum*, in DAUNER-LIEB-HENRICH-HENSSLER-LIEBSCHER-MORELL-MÜLLER-SCHLITT (eds), *Festschrift für Barbara Grunewald*, Otto Schmidt, Köln, 2021p. 547 ss.

margin of manoeuvre, it cannot be automatically assumed that directors enjoy an unreviewable discretion in its execution, but it is crucial to assess the hierarchy of interests underlying that specific duty. If it is aimed at detailing (even in broad terms) the duty of care, imposing constraints to which directors must adhere exclusively to realize the company's interest, then this duty should be regarded as a mere 'internal limit' to discretion and may be reviewed by the courts within the boundaries established by the Business Judgment Rule (BJR)⁵⁵. Conversely, if the duty aims to protect interests external to the company or stems from corporate obligations owed to third parties, it represents an 'external limit' on discretion, leaving no room for the application of the BJR⁵⁶.

III. ESG Oversight Tomorrow: Navigating Future Trajectories

1. ESG Oversight Duties: Searching for the Appropriate Standard of Review and Why It Matters for Corporate Governance

In the previous section, an attempt was made to outline a theoretical framework defining the limits of the Business Judgment Rule (BJR) in a manner consistent with its intended function and the interests that justify its existence. Building on this approach, the question now arises as to whether the BJR—which, according to prevailing opinion, applies to directors' oversight duties—will also extend to ESG oversight obligations stemming from the implementation of the CSDDD Directive. Before addressing this issue in detail, it is necessary to briefly reflect on the practical significance of the problem.

From an 'external' perspective, focused on the effectiveness and efficiency of the Directive's provisions, the applicability (or non-applicability) of the BJR to directors' ESG monitoring and organizational duties seems to be a question that is

⁵⁵ In the Italian literature, regarding the relationship between directors' discretion, corporate interests, and the business judgment rule, see extensively ANGELICI, *Le società per azioni: principi e problemi*, in *Trattato di diritto civile e commerciale fondato da A. Cicu*, E. Messineo, L. Mengoni, Giuffrè, Milan, 2012, p. 403 ss; ID., *Diligentia quam in suis e business judgment rule*, in *Riv. dir. comm.* 2006, I, p. 675 ss.; ID., *Interesse sociale e business judgment rule*, in *Riv. dir. comm.*, 2012, p. 583; ID., *Profili dell'impresa nel diritto delle società*, in *Riv. soc.*, 2015, p. 237 ss.

⁵⁶ In the literature, for the view that the BJR does not apply to directors' organizational duties, as these are oriented towards the protection of external interests, see: GINEVRA - PRESCIANI, *Il dovere di istituire assetti adeguati ex art. 2086 c.c.*, in *Nuove leggi civ.*, 2019, p. 1209 and, apparently, A. BENEDETTI, *Principi (definitivi) e clausole generali (ambulatorie): «assetti organizzativi adeguati» e (nozione di) «impresa» nell'art. 2086 c.c.*, in *Riv. dir. civ.*, 2023, p. 924 ff. Based on a different line of reasoning, LIBERTINI, *Principio di adeguatezza organizzativa e disciplina dell'organizzazione delle società a controllo pubblico*, in *Giur. comm.*, 2021, I, p. 7, also argues that the BJR, understood as a rule providing complete immunity to directors, cannot be applied to the organizational duty set forth in Article 2086, second paragraph, of the Italian Civil Code.

resolved primarily at the level of liability. In this regard, it is evident that the threat of personal liability serves as a powerful incentive for directors to diligently fulfill their duties, including those designed to protect stakeholders, as mandated by the Directive. Conversely, if directors' liability is significantly curtailed in this context, doubts may arise about the real preventive effectiveness of the Directive's provisions⁵⁷.

At least on a theoretical level, it cannot be denied that this issue is fundamentally a matter of liability. At the same time, however, it is worth emphasizing that the analysis of this problem often appears conditioned and limited by what has been described as an 'external' perspective. This perspective tends to focus exclusively on liability as the primary determinant of the effectiveness and efficiency of regulatory tools aimed at ensuring the company's sustainability.

That said, while the BJR traditionally applies in liability cases, it also has broader implications for corporate governance. Specifically, the BJR addresses the broader issue of the nature and scope of directors' powers, establishing the boundaries within which their authority cannot be challenged – not only by courts but also by internal or external bodies responsible for supervising management. As a result, uncertainties regarding the scope and application of the BJR not only render liability conditions less predictable but also carry implications for corporate governance in other significant ways.

Firstly, the issue could theoretically arise in the context of actions challenging the validity of board resolutions related to the organizational structures for managing ESG-related risks⁵⁸.

Secondly, and more significantly, the same problem may take on critical importance within the institutional relationship between the board of directors

⁵⁷ It could indeed be argued that, in any case, even if a restrictive solution were adopted (the non-applicability of the BJR), the liability action, as regulated in many legal systems, could not play a truly decisive role in compelling the board to comply with the monitoring duties regarding ESG risks: simply because the remedy is typically exercised by the company, and it is quite unlikely, in practice, that the majority will bring action against directors they themselves appointed. This observation, upon closer inspection, highlights some characteristics of the remedy that seem to inherently reduce the scope and relevance of the issue, since, in practice, very few cases would arise in which such an action would be initiated against the directors. However, at the same time, it is believed that this argument is not sufficient to eliminate the problem or negate its concrete relevance, because the derivative liability action can also be exercised by the minority (see art. 2393-bis of the Civil Code), by auditors (see art. 2393, par. 3 of the Civil Code) and, when the company becomes insolvent and enters insolvency proceedings, by the insolvency practitioner of the insolvency procedure

⁵⁸ See PALAZZOLO, *Adeguatezza, legalità e sostenibilità. La delibera istitutiva degli assetti organizzativi e le sue 'patologie'*, in *Giur. comm.*, 2024, I p. 323 ff. In the German literature, see also KOCH, *Pflichtaufgaben mit Entscheidungsspielraum*, cit., p. 562.

and the supervisory body. Pursuant to Article 2403, first paragraph, of the Italian Civil Code, statutory auditors are responsible for supervising the adequacy of the company's organizational structure and a considerable debate exists in the literature as to whether auditors themselves remain bound by the constraints imposed by the BJR⁵⁹. The implementation of the Directive, which will inevitably extend this supervisory task to include oversight of ESG risk management systems, is likely to reignite this debate, making it essential to determine whether directors' decisions on ESG oversight fall within the protective scope of the BJR.

Indeed, potential friction between the supervisory body and the board could escalate into intra-organizational conflicts that destabilize the company, particularly considering that statutory auditors are vested with significant enforcement powers vis-à-vis directors, including the right to invoke judicial control over management under Article 2409 of the Italian Civil Code. This provision allows a qualified minority of shareholders or the supervisory body to petition the court when well-founded suspicions of serious irregularities by directors arise that could harm the company. Should the court find these suspicions justified, it may adopt appropriate measures, including the removal of directors, although it is generally accepted that, even in such cases, the court must respect the boundaries established by the BJR. For this reason, it becomes even more crucial to determine whether ESG oversight decisions are immune from substantive scrutiny, as this remedy could be leveraged by the supervisory body to prevent potential breaches of CSDDD duties. This concern is far from theoretical⁶⁰: in Italy, for instance, the practical application of Article 2086, paragraph 2, of the Civil Code demonstrates that issues concerning the adequacy of a company's organizational structure—albeit in the context of business crisis prevention—have so far only been raised in lawsuits brought against directors under Article 2409 of the Civil Code⁶¹.

⁵⁹ For a summary of the debate, with the necessary references, see SFAMENI, *Art. 2403*, in ABBADESSA-PORTALE (eds), *Le società per azioni*, Giuffrè, Milano, 2015, I, p. 1578 ff. In the sense that the BJR could not be applied with regard to the auditors' control on the adequacy of the company's organizational structure under Article 2403, first paragraph of the Italian Civil Code, see in particular AMATUCCI, *Adeguatezza*, cit., p. 643 ss.; MONTALENTI, *Amministrazione e controllo nella società per azioni: riflessioni sistematiche e proposte di riforma*, in *Riv. soc.*, 2013, p. 50 ff.

⁶⁰ Even prior to the reform of insolvency law, the majority of scholars recognized the possibility of invoking the remedy in cases of organizational irregularities: see GIANNELLI, *art. 2409 c.c.*, in ABBADESSA-PORTALE (eds.), *Le società per azioni*, Giuffrè, Milano, 2015, p. 1744-1746; VANONI, *Denuncia al tribunale. Art. 2409 c.c.*, in BUSNELLI (dir.), *Il Codice Civile. Commentario fondato da P. Schlesinger*, Giuffrè, Milano, 2017, p. 46; PRINCIPE, *Il controllo giudiziario nel governo societario*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 128 ff.

⁶¹ See Trib. Milano, 29.2.2024, in *Fallimento*, 2024, p. 707 ff.; Trib. Catanzaro, 6.2.2024, in *Giur. it.*, 2024, p. 1894 ff.; Trib. Catania, 8.2.2023, in *Fallimento*, 2023, p. 817; Trib. Cagliari,

2. Why the CSDDD Might Be a Game-Changer

To thoroughly understand the real impacts and effects of the CSDDD and how it will clarify the discussed issues, we must await its concrete implementation⁶². However, as previously mentioned, expecting definitive and clear answers from the transposition efforts of individual Member States should not be overestimated. This is because, as anticipated, the provisions ultimately enacted are expected to remain vague and broadly framed: as a result, the question of the scope of managerial discretion is likely to remain unresolved and continue to feature prominently in discussions surrounding the implementation of these future rules.

That said, based on the methodological approach outlined in the previous section, it can be stated that the Directive already provides interpreters with useful elements to identify the nature of directors' ESG oversight duties and, most importantly, the type of interests they are designed to protect.

- (I) First, the orientation of ESG oversight duties towards the protection of interests external to the company is clearly evidenced in many recitals of the Directive⁶³, which can be utilized by interpreters to delineate the scope of the provisions set forth in the legislative text⁶⁴.
- (II) Furthermore, it is the structure of the duties regulated by the Directive that provides significant indications supporting the idea that this set of measures prioritizes the external interests of stakeholders. This conclusion can be reached by reflecting for a moment on *who* is formally tasked with oversight and *what* the Directive mandates to be monitored.

19.1.2022, in *dirittodellacrisi.it*; Trib. Roma, 15.9.2020 in *Dejure*; Trib. Milano, 18.11.2019 in *Nuovo dir. soc.*, 2020, p. 71 ss.

⁶² With regard to the Italian legal system, it is reasonable to assume that the transposition of the CSDDD will also require amendments to Article 2086, second paragraph, of the Civil Code, specifying that organizational structures must be adequate not only for crisis prevention but also for the prevention of environmental and human rights adverse impacts.

⁶³ Recital 16 of the Directive: '*The Directive aims to ensure that companies active in the internal market contribute to sustainable development and the sustainability transition of economies and societies through the identification, and where necessary, prioritisation, prevention and mitigation, bringing to an end, minimisation and remediation of actual or potential adverse human rights and environmental impacts connected with companies' own operations, operations of their subsidiaries and of their business partners in the chains of activities of the companies, and ensuring that those affected by a failure to respect this duty have access to justice and legal remedies. This Directive is without prejudice to the responsibility of Member States to respect and protect human rights and the environment under international law.*'

⁶⁴ See KLIMAS-VAIČIUKAITĖ, *The Law Of Recitals In European Community Legislation*, in *ILSA Journal of Int'l & Comparative Law*, 2008, p. 23 ss.

(II.1) In the first instance, it is worth examining to whom the Directive assigns such oversight duties. From this perspective, it has been noted that the Directive requires Member States to transform what were previously viewed, at least, as directors' duties into obligations imposed on the company toward its stakeholders. This transformation is neither trivial nor should it be underestimated, as legislation that imposes obligations directly on the company, rather than on the directors, rarely aims to protect entrepreneurial freedom (from which the extent of managerial discretion naturally derives). Instead, in such cases, the legislator's perspective tends to be the opposite: to externally limit the freedom of entrepreneurs and the company itself. As aptly observed, the objective here is not to supplant the traditional profit motive that characterizes companies with sustainability goals but to prevent profit-making objectives from being achieved at the expense of other legally relevant interests. In the Italian system, these external constraints, which define the boundaries within which private individuals enjoy full economic freedom, are justified by Article 41, paragraph 2 of the Constitution, recently amended to specify that private enterprise freedom 'cannot be exercised in conflict with social utility or in a manner harmful to health, the environment, safety, liberty, and human dignity.'⁶⁵

From these 'external' obligations and limits imposed on the company—however general and indeterminate—arise corresponding 'internal' duties for directors, who must ensure the company's compliance with European and national regulations. It is clear that if the transposition rules of the CSDDD are framed using broad legal terms, the duties of directors stemming from them will likewise be highly general. Nevertheless, conceptually, the duty to monitor ESG risks must be distinguished from the equally broad duty of care, for the simple reason that it is necessary, for the purposes of applying the Business Judgment Rule (BJR), to differentiate between the directors' duty of care and those obligations of the company that directors must fulfill on its behalf, to protect external interests⁶⁶.

(II.2) Additionally, further confirmation of the validity of these conclusions—that the approach adopted by the European legislator is exclusively stakeholder-oriented—can be drawn

⁶⁵ Constitutional Law of 11 February 2022, No. 1.

⁶⁶ In the Italian literature see ANGELICI, *Le società per azioni*, cit., p. 403 ss, footnote 122

from the content of the duties imposed on the company. As explained in the first section of this work, the focus of monitoring and prevention must be on the 'adverse impacts' on the environment and human rights, which, however, very often entail risks—defined as 'sustainability risks' or 'ESG risks'—for the company itself (risks that arguably should have already been monitored prior to the entry into force of the CSDDD). Conceptually, however, imposing the monitoring of adverse impacts does not equate to requiring the monitoring of all sustainability risks to which a company may be exposed, for the simple reason that the category of ESG risks encompasses not only risks linked to harmful company conduct (adverse impacts), but also, traditionally, risk factors associated with broader sustainability-related phenomena⁶⁷. This latter type of risks, traditionally considered financial in nature, does not appear to fall within the scope of the CSDDD, in contrast to provisions found in other EU regulations focusing on corporate sustainability. For instance, the CSRD requires sustainability reporting to cover both adverse impacts for stakeholders and risks related to other sustainability issues (notably, systemic risks associated to climate change). The 'double materiality' principle underpinning the CSRD clearly demonstrates that the EU legislator's perspective in that context diverges from that underlying the CSDDD: while the CSRD emphasizes both inside-out and outside-in perspectives, the CSDDD focuses exclusively on adverse impacts, prioritizing the inside-out perspective with the aim of safeguarding external interests⁶⁸.

Therefore, there are compelling arguments to conclude that, in fulfilling these duties, directors will not benefit from the safe harbor traditionally afforded by the Business Judgment Rule⁶⁹. This does not mean, however, that directors will lack discretion, provided the term is clearly defined. If discretion is understood as the ability to choose among various viable courses of action, it is evident that the generality of these duties will require directors to exercise judgment in selecting

⁶⁷ See SINNIG-ZETZSCHE, *The EU's Corporate Sustainability Due Diligence Directive*, cit., p. 3-4, where reference is made to phenomena such as extraordinary climate events, etc. (although the opinion that the category of sustainability risks is limited exclusively to this type of risk—and not also to those arising from adverse impacts caused by the company itself—is not entirely convincing).

⁶⁸ The point has also been highlighted by GINEVRA, *Il Codice di Corporate Governance*, cit., p. 1048, footnote 97. A similar opinion can be found in MACNAIL-ESSER, *From a Financial to an Entity Model of ESG*, cit., p. 40 ff.

⁶⁹ In this regard, see also LIBERTINI, *Gestione 'sostenibile'*, cit., p. 63.

among different options⁷⁰. Of course, the company's obligations remain obligations of means rather than results⁷¹, furthermore based on particularly generic content, which leaves open the possibility of choosing among various organizational solutions that could theoretically be deemed adequate for achieving these objectives.

However, discretion should not be conflated with immunity from any scrutiny or control, not only because external interests are at stake, but, more importantly, because otherwise directors would essentially be entrusted with an almost unlimited power that could be exercised with impunity to the detriment of those who the directors are meant to serve—the shareholders.

The central argument advanced here is straightforward: 'immunity' is a privilege that directors enjoy only insofar as they are tasked with materializing shareholder interests. By contrast, when it comes to complying with legal limits designed to protect external interests—as is the case here—the substance of directors' discretionary decisions will not only be open to review by courts or supervisory bodies but must necessarily be subject to such scrutiny. This ensures that those limits are respected while also guaranteeing that the solution reached is well-balanced and does not impose an unreasonable sacrifice on shareholder interests.

Certainly, it must be acknowledged that directors' task will be particularly challenging, given the difficulty of striking an appropriate balance not only between the need to avoid adverse impacts and the pursuit of shareholders'

⁷⁰ In German literature, the necessity of distinguishing, on a doctrinal level, this type of discretion from that protected by the BJR is emphasized by FLEISCHER, § 93 (2024), cit., Rn. 91: 'Auch bei gebundenen Entscheidungen stehen Vorstandsmitgliedern auf der Tatbestands- oder Rechtsfolgenseite mitunter Beurteilungs- oder Ermessensspielräume zu. So hat der BGH dem Vorstand bei der positiven Fortführungsprognose im Rahmen der Insolvenzantragspflicht einen „gewissen Beurteilungsspielraum“ zugebilligt. Ähnliches gilt bei der Beurteilung einer unsicheren Rechtslage und der Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe. Dogmatisch sollte man solche Fälle einer eigenständigen Kategorie zuweisen und sie nicht mittels einer Analogie zur „Business Judgment Rule“ lösen; § 93 Abs. 1 S. 2 enthält bei dieser Lesart nur eine Teilkodifikation unternehmerischer Entscheidungsspielräume. In der Sache gibt es bei den Prüfkriterien für unternehmerische Entscheidungen und für rechtlich gebundene Entscheidungen mit Beurteilungs- oder Ermessensspielraum freilich Überlappungen, weil beidesmal eine sorgfältige und sachgerechte Entscheidungsvorbereitung geboten ist'.

⁷¹ Recital n. 19 of the Directive states that: 'Companies should take appropriate steps to set up and carry out due diligence measures, with respect to their own operations, those of their subsidiaries, as well as those of their direct and indirect business partners throughout their chains of activities in accordance with this Directive. This Directive should not require companies to guarantee, in all circumstances, that adverse impacts will never occur or that they will be stopped. (...) Therefore, the main obligations in this Directive should be obligations of means. The company should take appropriate measures which are capable of achieving the objectives of due diligence by effectively addressing adverse impacts, in a manner commensurate to the degree of severity and the likelihood of the adverse impact'.

interests, but also between the interests safeguarded by the CSDDD and other ESG interests that appear to fall outside the Directive's scope (such as the interest in preserving employment stability). It is also clear that there is no single point of equilibrium that can be determined in advance : therefore, the decision of the directors will inevitably remain a discretionary one (in the sense clarified above), requiring the adoption of a standard of review that ensures flexibility, such as one grounded in the principles of proportionality and reasonableness⁷².

However, assessing whether a director's decision is reasonable and proportionate is fundamentally different from determining whether it is manifestly irrational, as is the threshold when applying the Business Judgment Rule (BJR)⁷³. Indeed, the principle of proportionality entails an effective review of the balancing of interests undertaken, requiring verification that the directors' decision is suitable to ensure compliance with the constraints set by the CSDDD and, at the same time, that the means adopted do not result in an unjustified impairment of shareholders' profit expectations and other relevant interests⁷⁴.

3. What About SMEs?

Based on the foregoing, there are strong reasons to support the view that, with respect to what could be categorized as directors' 'CSDDD duties,' the BJR does not apply. However, this conclusion does not fully resolve lingering concerns

⁷² Even before the amendment of the second paragraph of Art. 2086 of the Civil Code, some scholars emphasized that any scrutiny of organizational adequacy should be grounded in a balance of interests, including those external to shareholders, to be assessed through criteria of proportionality and reasonableness (see MERUZZI, *L'adeguatezza degli assetti*, in IRRERA (dir by), *Assetti adeguati e modelli organizzativi*, Zanichelli, Bologna, 2016, p. 53 ff.). On the distinction between the principle of reasonableness and the principle of rationality in assessing directors' conduct, see NIGRO, *'Principio' di ragionevolezza e regime degli obblighi e delle responsabilità degli amministratori*, in *Giur. comm.*, 2013, I, p. 457 and esp. 470. However, the topic remains highly debated (for a comprehensive overview, see CAPRARA, *I principi di corretta amministrazione. Struttura funzioni e rimedi*, Giappichelli, Turin, 2021, p. 102 ff.), raising the key question that would arise if the BJR were to be set aside: what standard of review should be applied?

⁷³ The solution could only differ if, at its core, one was to admit that the BJR should also apply in cases concerning the company's liability towards third parties. This issue has recently been raised in German literature concerning obligations arising under the LkSG: see FLEISCHER, *Grundstrukturen der lieferkettenrechtlichen Sorgfaltspflichten*, in CCZ, 2022, p. 213).

⁷⁴ The solution that the adequacy of organizational systems for preventing negative environmental externalities should be subject to judicial review, but based on the criterion of proportionality, has been supported by SANFILIPPO, *Tutela dell'ambiente e "assetti adeguati" dell'impresa: compliance, autonomia ed enforcement*, in *Riv. dir. civ.*, 2022, p. 1008 ff.

regarding the effectiveness of the European framework on corporate due diligence. The Directive, by specifically targeting large enterprises, exempts the vast majority of European companies —a regulatory approach that raises significant criticalities doubts arise: How can the business world be expected to align with a global effort when this responsibility is placed exclusively on large enterprises, which, in countries like Italy, account for only a small percentage of the total number of enterprises? Is it prudent to neglect precisely those enterprises —SMEs—that often exhibit a chronic lack of oversight and the absence of basic internal risk monitoring systems?⁷⁵

However, it should not be forgotten that, as mentioned at the beginning of this work, the duty to monitor adverse impacts and connected sustainability risks already appears to constitute an integral part of the general directors' duty to oversee risks that could compromise the survival of the company. Whether they are financial or legal risks, ESG risks must therefore be integrated into the monitoring system, if they are relevant to the company's performance. It is certainly true that, in the current economic context, small and medium-sized enterprises (SMEs) are generally less exposed to financial risks arising from unsustainable practices. At the same time, however, it must be acknowledged that for a significant portion of these enterprises, the implementation of the CSDDD will likely amplify and reinforce the economic and financial dimension of the adverse impacts they generate. This is particularly true for companies operating within the supply chain of large enterprises subject to the CSDDD: in such cases, insufficient attention to sustainability aspects in business operations could lead to the termination of commercial relationships—relationships that many small companies heavily rely upon for their survival⁷⁶.

At this point, the analysis effectively circles back to its starting premise, as it becomes necessary to ask whether the duty to monitor business risks entails purely business judgments by directors on the most appropriate way to fulfill this duty, specifically in relation to the design of corporate organizational structures. The question, once again, is whether the duty to monitor business performance serves solely the shareholders' self-interest or also extends to protecting interests external to the company itself. The solution, as extensively discussed in Section II, remains uncertain and largely depends on the specific features of each Member State's legal system. With regard to the Italian system, the key issue lies in understanding the

⁷⁵ The importance of including small and medium-sized enterprises (SMEs) within the framework of corporate due diligence regulation is clearly highlighted in the OECD Guidelines for Multinational Enterprises (2011). This principle is further reinforced in the OECD Due Diligence Guidance for Responsible Business Conduct (2018), which explicitly extends its applicability to SMEs.

⁷⁶ See above, I.B.3. For a study on the opportunities and uncertainties arising for SMEs from the implementation of the Directive, see HANLEY-SEMRAU-STEGLICH-THIELE, *Study requested by the INTA Committee of the European Parliament*, 2023, available at www.europarl.eu.

underlying rationale of Article 2086, second paragraph, of the Civil Code, which structures directors' organizational duties towards the preservation of business continuity. Specifically, the question is whether the provision treats business continuity as an autonomously protected value, around which both internal and external interests converge.

The issue, however, is particularly complex and warrants further examination in a separate context. At this stage, it suffices to note that, despite ongoing debate within legal scholarship⁷⁷, Italian courts generally support the view that directors' organizational/oversight decisions are indeed shielded by the Business Judgment Rule (BJR)⁷⁸.

CONCLUSION

The analysis aimed to demonstrate that, for most large European enterprises, the entry into force of the CSDDD is unlikely to substantially extend the oversight duties already attributed to corporate directors under general corporate law. Since adverse impacts on the environment and human rights, in most cases, entail legal and/or financial risks for the company, it is reasonable to conclude that such duties were already part of directors' oversight responsibilities under corporate law principles.

The primary innovation introduced by the Directive seems to lie instead in the transformation of directors' duties into corporate obligations towards third parties, which directors are required to fulfill on the company's behalf. This shift significantly alters the hierarchy of interests that must guide the board's actions: whereas previously the board was tasked with overseeing ESG issues solely to safeguard shareholders' interests, it now seems difficult to deny that these duties are primarily grounded in ensuring the company's respect for external interests. Such a paradigm shift carries substantial implications for the role and liability of directors and, more broadly, for corporate governance.

Even if these monitoring obligations were to remain generic in content following the Directive's implementation—thus leaving room for discretion in their execution—it can still be argued that directors would likely not benefit from the safe harbor afforded by the Business Judgment Rule (BJR). While the BJR provides directors with a degree of immunity, this protection is inherently limited to decisions required by the general duty of care and the shareholders' interests. By contrast, when directors are required to fulfill legal obligations designed to protect external interests—such as those imposed by the CSDDD—they cannot invoke the BJR, and their decisions must be reviewed by courts and the supervisory body according to a more stringent standard.

The key challenge, however, lies in formulating an appropriate standard of review that ensures a degree of flexibility, as directors will face the difficult task of

⁷⁷ See footnotes 45-52-56.

⁷⁸ See footnote 61

balancing not only the need to avoid adverse impacts with shareholder interests but also competing ESG interests, which may sometimes be at odds. As suggested, the principles of reasonableness and proportionality may serve as a foundation for this standard. However, while these principles offer conceptual clarity, they require further elaboration and contextualization: future research and interpretative efforts will therefore be crucial to delineate the precise conditions and limits under which directors may be held liable for the inadequate or improper oversight of adverse impacts.

Bibliography

- S. Addamo, *Le novità del testo finale della Corporate Sustainability Due Diligence Directive: un cambio di passo per la politica di sostenibilità dell'UE?*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2024, pp. 1258-1297
- S. Ambrosini, *La responsabilità degli amministratori*, in Cottino (ed.), *Trattato di diritto commerciale*, IV-1, *Le società per azioni*, Cedam, Padova, 2010, pp. 658-687
- C. Angelici, *Diligentia quam in suis e business judgment rule*, in *Riv. dir. comm.*, 2006, I, pp. 675-693
- C. Angelici, *Interesse sociale e business judgment rule*, in *Riv. dir. comm.*, 2012, pp. 573-588;
- C. Angelici, *La riforma delle società di capitali*, Cedam, Padua, 2006
- C. Angelici, *Le società per azioni: principi e problemi*, in *Trattato di diritto civile e commerciale fondato da A. Cicu, E. Messineo, L. Mengoni*, Giuffrè, Milan, 2012
- C. Angelici, *Profili dell'impresa nel diritto delle società*, in *Riv. soc.*, 2015, pp. 237-252
- J. H. Arlen, *The Story of Allis-Chalmers, Caremark, and Stone: The Directors' Evolving Duty to Monitor*, in Ramseyer (ed), *Corporate Law Stories*, Foundation Press, New York, 2009, p. 323 ff.
- S. Bainbridge, *Caremark and Enterprise Risk Management*, in *Journal of Corporation Law*, 34, 2009, pp. 967-990
- S. Bainbridge, *Don't compound the Caremark mistake by extending it to ESG oversight*, in *Business Lawyer*, 2021, p. 3 ff., available at [SSRN](#)
- S. Bainbridge, *Corporate governance after the financial crisis*, Oxford University Press, Oxford-New York, 2012
- G. Ballerini-(R. Sacchi), *Profili ESG e politiche di remunerazione*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2023, pp. 1463-1485
- E. Barcellona, *La sustainable corporate governance nelle proposte di riforma del diritto europeo: a proposito dei limiti strutturali del c.d. stakeholderism*, in *Riv. soc.*, 2022, pp. 1-52
- E. Barcellona, *Business judgment rule e interesse sociale nella crisi*, Giuffrè, Milan, 2020

- A. Bassi, *La CSR doctrine di fronte ai creditori, stakeholders di prima istanza*, in *Giur. comm.* 2022, I, pp. 175-182
- A. Benedetti, *Principi (definitivi) e clausole generali (ambulatorie): «assetti organizzativi adeguati» e (nozione di) «impresa» nell'art. 2086 c.c.*, in *Riv. dir. civ.*, 2023, pp. 924 ff.
- L. Benedetti, *L'applicabilità della business judgment rule alle decisioni organizzative degli amministratori*, in *Riv. soc.*, 2019, pp. 413-452
- F. Bonelli, *Gli amministratori di s.p.a. dopo la riforma delle società*, Giuffrè, Milan, 2004
- F. Bordiga-A. De Maria, *Tutela dei diritti umani nelle catene di approvvigionamento nell'ordinamento tedesco: la Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz*, in *Riv. soc.*, 2022, pp. 971-984
- S. Bruno, *Il ruolo della s.p.a. per un'economia giusta e sostenibile: la Proposta di Direttiva UE su 'Corporate Sustainability Due Diligence'. Nasce la stakeholder company?*, in *Riv. dir. comp.*, 2022, pp. 303-338.
- Cahn, § 93, in Noack-Zetsche (eds), *Kölner Kommentar zum Aktiengesetz*, 4th ed., 2023
- V. Calandra Buonauro, *La gestione dell'impresa della società per azioni riformata*, in AA.VV., *La riforma del diritto societario dieci anni dopo. Per i quarant'anni di Giurisprudenza Commerciale*, Giuffrè, Milan, 2015, pp. 125-157
- A. Caprara, *I principi di corretta amministrazione. Struttura funzioni e rimedi*, Giappichelli, Turin, 2021
- L. H. Cebrià, *La buena fe en el marco de los deberes de los administradores de las sociedades de capital: viejos hechos, nuevas implicaciones*, ADC, tomo LXIX, 2016, p. 1385-1426.
- M. Cian, *Sulla gestione sostenibile e i poteri degli amministratori: uno spunto di riflessione*, in *Rivista ODC* 2021, pp. 1131-1149
- G. E. Colombo, *Amministrazione e controllo*, in AA.VV., *Il nuovo ordinamento delle società. Lezioni sulla riforma e modelli statutari*, Ipsoa, Milan, 2003, p. 175 ff.
- F. Denozza, *Sostenibilità e corporate governance nel nuovo contesto geopolitico*, in *Riv. soc.*, 2023, pp. 301-316

V. Di Cataldo-D. Arcidiacono, *Decisioni organizzative, dimensioni dell'impresa e business judgment rule*, in *Giur. comm.*, 2021, I, p. 69 ff.

V. Di Cataldo, *Assetti organizzativi della società per azioni e adeguatezza. Alcuni profili fin qui un po' trascurati*, in *Giur. comm.*, 2024, I, p. 250 ff.

G. Ferrarini, *Lo scopo della società tra valore dell'impresa e valore sociale*, in *Riv. soc.*, 2023, p. 317 ff

G. Ferri Jr., *Ripartizione delle funzioni gestorie e nuova disciplina della responsabilità degli amministratori di s.p.a.*, in Scognamiglio (ed.), *Profili e problemi dell'amministrazione nella riforma delle società*, Giuffrè, Milan, 2003, pp. 39-47

H. Fleischer, § 91 in Henssler (dir. by), Stilz-Veil (eds), *Beck Online Grosskommentar AktG*, 1.2.2024

H. Fleischer, § 93 in Spindler- Stilz (ed.), *Kommentar zum Aktiengesetz*, 2nd ed., Beck, Munich, 2007

H. Fleischer, § 93, in Henssler (ed. by), Stilz-Veil (eds), *Beck Online Grosskommentar AktG*, 1.2.2024

H. Fleischer, *Corporate Purpose: A Management Concept and its Implications for Company Law*, ECGI Law Working Paper n. 561, 2021, available at [SSRN](#).

H. Fleischer, *Die „Business Judgment Rule“ im Spiegel von Rechtsvergleichung und Rechtsökonomie*, in *Festschrift für Herbert Wiedemann zum 70*, Beck, Munich, 2002, pp. 827-850

H. Fleischer, *Grundstrukturen der lieferkettenrechtlichen Sorgfaltspflichten*, in *CCZ*, 2022, pp. 205-214

S. Fortunato, *Atti di organizzazione, principi di correttezza amministrativa e Business Judgment Rule*, in *Giur. comm.*, 2021, II, p. 1373-1385

S. Fortunato, *Assetti organizzativi dell'impresa nella fisiologia e nella crisi*, in *Giur. comm.*, 2023, I, p. 901-912

A. Genovese, *La gestione ecosostenibile dell'impresa azionaria*, il Mulino, Bologna, 2023

F. H. Gevurtz, *Corporation Law*, West Academic, St. Paul, 3rd ed., 2020

F. H. Gevurtz, *The Role of Corporate Law In Preventing a Financial Crisis: Reflections On In re Citigroup Inc. shareholder Derivative Litigation*, in *McGeorge Global Business & Development Law Journal*, 23, 2010, p. 113-156

- A. Giannelli, *art. 2409 c.c.*, in Abbadessa-Portale (eds.), *Le società per azioni*, vol. I, Giuffrè, Milan, 2015, pp. 1742-1756
- E. Ginevra, *Il Codice di Corporate Governance: Introduzione e Definizioni (con un approfondimento sul 'Successo sostenibile')*, in *Riv. soc.*, 2023, p. 1017-1051
- E. Ginevra – G. Presciani, *Il dovere di istituire assetti adeguati ex art. 2086 c.c.*, in *Nuove leggi civ.*, 2019, p. 1209
- C. Guerrero Trevijano, *El deber de diligencia de los administradores en el gobierno corporativo de las sociedades de capital*, Editorial Civitas, Madrid, 2015
- A. Hanley-F. Semrau-F. Steglich-R. Thiele, *Study requested by the INTA Committee of the European Parliament*, 2023, available at www.europarl.eu.
- C. Hill-B. McDonell, *Reconsidering Board Oversight Duties After The Financial Crisis*, in *University of Illinois Law Review*, 2013, p. 859-879
- K. Hopt-M. Roth, § 93, in Hirte-Müllbert-Roth (eds), *AktG: Großkommentar der Praxis*, 5th ed., De Gruyter, Berlin, 2015
- M. Irrera, *Adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile*, in Donativi (ed.), *Trattato delle società*, Milano, 2022, p. 1553 ff.
- A. Keay-J. Loughrey, *The Concept of Business Judgment*, in *Legal Studies*, 39, 2020, p. 62 ff
- T. Klimas-J. Vaičiukaitė, *The Law Of Recitals In European Community Legislation*, in *ILSA Journal of Int'l & Comparative Law*, 2008, p. 1-33
- J. Koch, § 91, in Koch (ed), *Aktiengesetz*, Munich, 18th ed., 2024
- J. Koch, *Pflichtaufgaben mit Entscheidungsspielraum*, in Dauner-Lieb–Henrichs-Henssler-Liebscher-Morell-Müller-Schlitt (eds), *Festschrift für Barbara Grunewald*, Otto Schmidt, Köln, 2021, p. 547 ff.
- D. C. Langevoort, *Caremark and Compliance: A Twenty-Year Look Back*, in *Temple Law Review*, 90, 2018, p. 727-742
- M. Libertini, *Principio di adeguatezza organizzativa e disciplina dell'organizzazione delle società a controllo pubblico*, in *Giur. comm.*, 2021, I, pp. 5-34
- M. Libertini, *Gestione 'sostenibile' delle imprese e limiti alla discrezionalità imprenditoriale*, in *Contr. impr.*, 2023, pp. 54-87

M. Campobasso, *Gli amministratori, il successo sostenibile e la pietra di Spinoza*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2024, pp. 1-19

I. MacNail-I. Esser, *From a Financial to an Entity Model of ESG*, in *European Business Organization Law Review*, pp. 9-45

C. Marcolungo, *Riflessioni a margine del 'caso Miteni': oltre la stasi?*, in *federalismi.it* 28.6.2023, p. 88 ff.

A. Mazzoni, *La responsabilità gestoria per scorretto esercizio dell'impresa priva della prospettiva di continuità aziendale*, in AA.VV., *Amministrazione e controllo nel diritto delle società. Liber amicorum Antonio Piras*, Turin, 2010, pp. 813-851

V. Mc Cullagh, *The EU Corporate Sustainability Due Diligence Directive: Real Change or More of the Same?*, in *European Business Law Review*, 35, 2024, pp. 603-626

G. Meruzzi, *L'adeguatezza degli assetti*, in Irrera (dir by), *Assetti adeguati e modelli organizzativi*, Zanichelli, Bologna, 2016, pp. 41-80

R. T. Miller, *Oversight Liability For Risk-Management Failures at Financial Firms*, in *Southern California Law Review*, 84, 2010, pp. 47-124

D. T. Mitchell, *The Import of History to Corporate Law*, in *Saint Louis University Law Journal*, 59, 2015, pp. 683-700

P. Montalenti, *Amministrazione e controllo nelle società per azioni: riflessioni sistematiche e proposte di riforme*, in *Riv. soc.*, 2013, pp. 42-77

P. Montalenti, *I problemi della corporate governance*, in *Giur. comm.*, 2024, I, pp. 376-377

P. Montalenti, *Il Codice della Crisi d'impresa e dell'insolvenza: assetti organizzativi adeguati, rilevazione della crisi, procedure di allerta nel quadro generale della riforma*, in *Giur. comm.*, 2020, I, p. 829 ff.

P. Montalenti, *Il sistema dei controlli interni: profili critici e prospettive*, in *Riv. dir. comm.*, 2010, pp. 935-947

P. Montalenti, *Assetti organizzativi e organizzazione dell'impresa tra principi di corretta amministrazione e business judgment rule: una questione di sistema*, in *Nuovo dir. soc.*, 2021, p. 21 ff.

M. Moore-M. Petrin, *Corporate governance: law, regulation and theory*, Palgrave, London, 2017

- G. D. Mosco-R. Felicetti, *Prime riflessioni sulla proposta di direttiva UE in materia di Corporate Sustainability Due Diligence*, in *An. giur. ec.*, 2022, pp. 185-211
- A. Nigro, *'Principio' di ragionevolezza e regime degli obblighi e delle responsabilità degli amministratori*, in *Giur. comm.*, 2013, I, pp. 457-479
- P. Marchetti, *Il bicchiere mezzo pieno*, in *Riv. soc.*, 2021, pp. 336-348
- Ott, *Anwendungsbereich der Business Judgment Rule aus Sicht der Praxis - Unternehmerische Entscheidungen und Organisationsermessern des Vorstands*, in *ZGR*, 2, 2017, pp. 149-173
- A. M. Paces, *Will the EU Taxonomy Regulation Foster Sustainable Corporate Governance?*, in *Sustainability*, 13, 2021, p. 12316 ff.
- A. Palazzolo, *Adeguatezza, legalità e sostenibilità. La delibera istitutiva degli assetti organizzativi e le sue 'patologie'*, in *Giur. comm.*, 2024, I pp. 323-367
- E. J. Pan, *A Board's Duty to Monitor*, in *New York Law School Law Review*, 54, 2009, pp. 717-740
- C. Pérez-Cornejo - E. de Quevedo-Puente, *How corporate social responsibility mediates the relationship between corporate reputation and enterprise risk management: evidence from Spain*, in *Eurasian Business Review*, 13(2), 2022, pp. 363-383
- E. Pollman, *Corporate Oversight and Disobedience*, in *Vanderbilt Law Review*, 72, 2019, pp. 2013-2046
- A. Principe, *Il controllo giudiziario nel governo societario*, Giuffrè, Milan, 2008
- S. A. Radin, *The Business Judgment Rule*, Aspen Publishers, 2009
- A. Rasche-M. Morsing-J. Moon-A. Kourula, *Corporate sustainability*, Cambridge University Press, Cambridge, 2023
- R. Rordorf, *La responsabilità civile degli amministratori di s.p.a. sotto la lente della giurisprudenza (I parte)*, in *Società*, 2008, pp. 1193-1201
- P. Sanfilippo, *Tutela dell'ambiente e "assetti adeguati" dell'impresa: compliance, autonomia ed enforcement*, in *Riv. dir. civ.*, 2022, pp. 993-1026
- C. Schäfer, *Die Binnenhaftung von Vorstand und Aufsichtsrat nach der Renovierung durch das UMAG*, in *ZIP*, 2005, pp. 1253-1259

P. Sfameni, *Art. 2403*, in P. Abbadessa- G. Portale (eds), *Le società per azioni*, Giuffrè, Milano, 2015, I, pp. 1540 ff.

J. Sinnig-D. A. Zetzsche, *The EU's Corporate Sustainability Due Diligence Directive: From Disclosure to Prevention of Adverse Sustainability Impacts in Supply Chains*, June 14, 2024, available at [SSRN](#)

Spindler, § 93, in W. Goette-M. Habersack (eds), *Münchener Kommentar zum Aktiengesetz*, 6th ed. Beck, Munich, 2023

G. Spindler, *Unternehmensorganisationspflichten*, Universitätsverlag Göttingen, Göttingen, 2011

M. S. Spolidoro, *Interesse, funzione e finalità. Per lo scioglimento dell'abbraccio tra interesse sociale e business purpose*, in *Riv. soc.*, 2022, pp. 322-365

M. Stella Richter Jr., *Corporate Sustainability Due Diligence: noterelle semiserie su problemi serissimi*, in *Riv. soc.*, 2022, pp. 714-725

G. Strampelli - G. Balp, *Institutional Investor ESG Engagement: The European Experience*, in *European Business Organization Law Review*, 2022, pp. 869-904

G. Strampelli, *La strategia dell'Unione europea per il capitalismo sostenibile: l'oscillazione del pendolo tra amministratori, soci e stakeholders*, in *Riv. soc.* 2021, pp. 365-374

L. Strine, Jr.-K. Smith-R. Steel, *Caremark and ESG, Perfect Together: A Practical Approach to Implementing an Integrated, Efficient, and Effective Caremark and EESG Strategy*, in *Iowa L. Rev.*, 106, 2021, pp. 1885-1922

U. Tombari, *Lo "scopo della società": significati e problemi di una categoria giuridica*, in *Riv. soc.*, 2023, p. 338 ff.

U. Tombari (ed), *Sostenibilità e corporate governance nel nuovo contesto geopolitico*, il Mulino, 2024

U. Tombari, *Riflessioni sullo statuto organizzativo dell'impresa sostenibile tra diritto italiano e diritto europeo*, in *An. giur. ec.*, 2022, pp. 135-144

S. Vanoni, *Denuncia al tribunale. Art. 2409 c.c.*, in Busnelli (dir.), *Il Codice Civile. Commentario fondato da P. Schlesinger*, Giuffrè, Milan, 2017

F. Vassalli, *L'art. 2392 novellato e la valutazione della diligenza degli amministratori*, in Scognamiglio (ed.), *Profili e problemi*, cit., pp. 23-39

M. Ventoruzzo, *Note minime sulla responsabilità civile nel progetto di direttiva Due Diligence*, in *Riv. soc.*, 2021, pp. 380-386

A. Vicari, *Risikoanalyse e Risikomanagement nella LkSG: spunti in tema di assetti adeguati nella 'catena di fornitura'*, in *Giur. comm.*, 2023 I, pp. 757-776



Implicancias y justificación de la confianza en los contratos relacionales

Implications and rationale for trust in relational contracts

MARÍA MAGDALENA BUSTOS DÍAZ

Profesora de Derecho Civil

Facultad de Derecho Universidad de Chile

mbustos@derecho.uchile.cl

ABSTRACT

Existen contratos que se basan en la confianza entre los contratantes para su éxito. Dichos contratos son los relacionales, que se caracterizan por requerir un intenso grado de cooperación entre las partes. El presente trabajo tiene por propósito evidenciar que la vulnerabilidad y la dependencia implicadas en la confianza requerida en un contrato relacional justifica que en ellos se exijan deberes de conducta orientados a la protección o promoción del interés ajeno (deberes de lealtad), así mismo, justificar que la confianza requerida para el éxito del contrato relacional no es necesariamente inicial, sino que se genera por el cumplimiento continuo y sistemático de deberes de conducta, especialmente si estos se encuentran orientados a proteger o amparar el interés ajeno de una manera especial.



DOI: [10.54103/milanlawreview/27706](https://doi.org/10.54103/milanlawreview/27706)

MILAN LAW REVIEW, Vol. 5, No. 2, 2004
ISSN 2724 - 3273

Palabras clave: Contratos relacionales; Confianza; Vulnerabilidad; Dependencia; Deberes de lealtad.

There are contracts that rely on trust between the parties for their success. Such contracts are relational contracts, which are characterized by the requirement of an intense degree of cooperation between the parties. The purpose of this paper is to show that the vulnerability and dependence implied in the trust required in a relational contract justifies its requiring duties of conduct oriented towards the protection or promotion of the interests of others (duties of loyalty), as well as to justify that the trust required for the success of the relational contract is not necessarily initial, but is generated by the continuous and systematic fulfillment of duties of conduct, especially when these are oriented towards the protection or promotion of the interests of others in a special way.

Keywords: Relational contracts; Trust; Vulnerability; Dependency; Duties of loyalty.

This paper has been subjected to double-blind peer review

Implicancias y justificación de la confianza en los contratos relacionales*

SUMMARY: 1. Presupuestos de los contratos relacionales y sus implicancias – 1.1. Los contratos relacionales como contratos de confianza – 1.2. Implicancias de la confianza en los contratos de tipo relacional – 1.3. Exigencia de deberes de lealtad en contratos relacionales – 2. La confianza en los contratos relacionales – 2.1. ¿Confianza inicial o derivada? – 2.2. El punto de partida viene dado por el ordenamiento jurídico – 2.3. El cumplimiento de los deberes contractuales y en particular el cumplimiento de deberes de lealtad permite generar la confianza requerida por el contrato relacional – 3. Conclusiones.

1. Presupuestos de los contratos relacionales y sus implicancias

1.1. Los contratos relacionales como contratos de confianza

Tradicionalmente, la doctrina ha entendido que son negocios de confianza aquellos que presuponen que una parte considera a la otra por sus cualidades peculiares que le inspiran confianza, como sucede con el mandato y la sociedad¹. Se trata entonces de contratos en los que la persona de los contratantes es fundamental, es decir, son contratos *intuitu personae*². En este sentido, la confianza que se inspira en la cualidad del individuo es fáctica. Pues, como acertadamente señala Vázquez, este tipo de confianza consiste en un «estado mental contingente, un hecho», que se tiene o no³.

Sin perjuicio de ello, en la práctica, estos negocios de confianza no necesariamente requieren de una confianza que en los hechos exista para que los

* El presente trabajo tiene su origen en la tesis de doctorado titulada “El deber de lealtad contractual. Justificación y aplicación”. Defendida en la Universidad de Girona en julio de 2021.

¹ F. Fueyo, *Algunos aspectos del negocio fiduciario*, en *Revista de derecho y jurisprudencia*, 2010, Vol. 1, p. 865- 884.

² En opinión de Stitchkin, estos contratos poseen algunas características que son necesarias destacar, todas las cuales emanan de la especial confianza que existe entre las partes: D. Stitchkin, *El mandato civil*, 5º ed., Jurídica de Chile, Santiago, 2008, p. 163. Así, dichos contratos son: *intuitu personae*, es decir, aquellos en que la consideración de la persona es causa principal o determinante del contrato; terminan por la voluntad de cualquiera de sus partes; sus obligaciones son intransmisibles e intransferibles; y la incapacidad sobreviniente de una de las partes pone fin al contrato.

³ C. Vázquez, *De la prueba científica a la prueba pericial*, Marcial Pons, Madrid, 2015, p. 232.

contratantes puedan satisfacer exitosamente sus pretensiones. Pensemos en el ejemplo de mandato judicial entre cliente y abogado en los casos en los cuales el abogado no es libremente elegido por el cliente, sino que este le es proporcionado por el Estado. Es perfectamente posible que, pese a que no exista una relación de confianza entre ellos, el abogado pueda defender exitosamente los intereses del cliente en juicio y satisfacer con ello sus pretensiones.

Para que estemos frente a un contrato de confianza propiamente tal, se requiere que la confianza sea presupuesto para el éxito de este, y a razón de ello debe tratarse de un tipo contractual que consista en un emprendimiento en el que la colaboración y la constante interacción que existe entre las partes exige no priorizar siempre y en cada ocasión los intereses personales, en tanto es la interacción con la contraparte lo que permite la satisfacción del interés propio.

En este sentido, la obtención del fin que los contratantes persiguen no puede obtenerse de forma separada, pues la satisfacción del interés de cada uno de ellos requiere de recíproca colaboración e interacción⁴. Esto implica, en términos sencillos, que sin la confianza requerida, el contrato no puede cumplir con las expectativas perseguidas por las partes con su celebración.

En la literatura jurídica este tipo de contratos recibe el nombre de relacionales, término acuñado por Macneil, quien los define como aquellos que no se limitan al mero intercambio económico, sino que dependen de las relaciones de cooperación entre las partes y, en consecuencia, de la confianza entre ellas⁵.

En similar sentido, Papayannis y Pereira exponen que, «los contratos relacionales trascienden el marco meramente transaccional, surgiendo entre las partes normas de conducta derivadas de, y para regimentar, su propia cooperación. Estas normas son sensibles a las expectativas generadas a la confianza depositada por los contratantes y a la idea de que ellas comparten (y no meramente dividen y reparten) los excedentes de sus empréstitos. Los contratos relacionales son paradigmáticamente los que requieren de una continuidad a lo largo del tiempo⁶ o una relación de cercanía o conocimiento mutuo importante para ser exitosos⁷».

La teoría del contrato relacional da importancia a todo hecho, relación y en general a cualquier aspecto que rodee a las partes contratantes que incida en la relación contractual. De ahí que –para esta teoría– tengan gran importancia los

⁴ A. Caumont, *Doctrina general del contrato, proposiciones teóricas de innovación*, La Ley, Montevideo, 2014, p. 245 y ss.

⁵ I. Macneil, *The Many futures of contracts*, in *Southwestern California Law Review*, 1974, Vol. 47, p. 720 y ss.

⁶ V.gr. R.E. Speidel, *The characteristics and challenges of relational contracts*, in *Northwestern University Law Review*, 2000, Vol. 93, n.3, p. 828.

⁷ D. Papayannis y E. Pereira, *Estudio introductorio y análisis crítico de la teoría contractual de Dori Kimel*, en D. KIMEL, *De la promesa al contrato. hacia una teoría liberal del contrato*, Marcial Pons, Madrid: Marcial, 2018, p. 29 y 30.

usos comerciales. Los contratos relacionales suponen relaciones más complejas que aquellas usualmente reguladas por el derecho, pues el contenido del contrato no queda necesariamente fijado al momento de la formación del consentimiento, sino que las partes van adecuando sus derechos y obligaciones de manera progresiva durante su ejecución⁸.

Si bien y como lo expone Eisenber en su crítica a la teoría del contrato relacional, todo contrato es relacional, en el sentido que cualquier relación contractual supone una relación con otro⁹, Macneil sostiene que hay contratos que lo son más que otros, como aquellos que no se limitan al mero intercambio, sino que suponen una interacción constante de los contratantes¹⁰.

En este punto y aun aceptando que todo contrato es en alguna medida relacional, los que interesan para efectos de este trabajo, son aquellos que no sólo suponen una interacción con otro, sino aquellos en que la interacción con otro es constante, exigiéndose además recíproca cooperación y confianza para permitir a los contratantes en el tiempo satisfacer sus expectativas e intereses. En este sentido todo contrato es relacional, solo que hay algunos más relacionales que otros. Un contrato relacional puede ser relacional en el mismo sentido que un contrato discreto, pero un contrato discreto no puede ser relacional en el sentido de un contrato relacional¹¹.

En Chile el estudio respecto de los contratos relacionales no ha despertado mayor interés, son escasos los textos que a ellos se refieren. Uno de estos

⁸ I. Macneil, *The Many futures of contracts*, in *Southwestern California Law Review*, 1974, Vol. 47, p. 691-816. Para Eisenberg siendo el derecho contractual un conjunto de reglas que se aplican a las relaciones económicas y no afectivas, esas relaciones entre las partes deben mirarse a la luz del intercambio económico continuo y la interacción constante entre los contratantes, más que a sus relaciones afectivas o personales: M.A. Eisenberg, *Why there is no law of relational contracts*, in *Northwestern University Law Review*, 2000, Vol. 94, n. 3, p. 820 y 821. V.gr. R.E. Speidel, *The characteristics and challenges of relational contracts*, in *Northwestern University Law Review*, 2000, Vol. 93, n. 3, p. 828.

⁹ M.A. Eisenberg, *Foundational Principles of Contract Law*, Oxford, OUP, 2018, Chapter 54, p. 733-738.

¹⁰ I. Macneil, *The Many futures of contracts*, in *Southwestern California Law Review*, 1974, Vol. 47, p. 691-816. Macneil advierte cuatro propiedades básicas que deben estar presentes en un contrato relacional, estas son: cada relación debe darse dentro de una relación contractual compleja; comprender cualquier transacción requiere comprender todos los elementos de la relación; el análisis efectivo de cada transacción requiere del conocimiento y valoración de los elementos esenciales de las relaciones contractuales que podrían afectar de modo significativo a la transacción; el contexto de análisis que combina relaciones contractuales y transacciones es más eficiente y produce analíticamente un producto final más completo y seguro que si se inicia el análisis fuera del contexto de la relación: I. Macneil, *Relational contract theory: Challenges and queries*, in *Northwestern University Law Review*, 2000, Vol. 94, n.3, p. 881.

¹¹ I. Macneil, *Relational contract theory: Challenges and queries*, in *Northwestern University Law Review*, 2000, Vol. 94, n.3, p. 894.

corresponde a la actualización de un clásico libro de contratos parte general, originalmente escrito por López y actualizado en 2017 por Elorriaga. Señalan los autores refiriéndose a este tipo de contratos que «A pesar de que todo contrato por definición genera una relación jurídica entre partes, existen algunos que se extienden por tan largo plazo que llegan a producir una vinculación estable y permanente entre quienes los han otorgado, por lo que en esta perspectiva son más relacionales que otros. En este tipo de contratos, el plazo, y especialmente el largo plazo, no es un elemento meramente accidental o una simple modalidad del negocio jurídico, sino que es una parte esencial de él, ya que el convenio se estructura sobre la base de una relación comercial, económica o financiera que se extenderá probablemente por muchos años, a partir de lo cual las partes definen sus derechos, obligaciones, cargas y utilidades. El interés de las partes se satisface precisamente con la prolongada duración del acuerdo¹²».

Luego Elorriaga y López agregan un interesante elemento presente en todo contrato relacional, cual es la dependencia. Señalan así los autores: «En algunos contratos de este tipo la vinculación llega a ser tan relevante que muchas veces las partes se transforman en buena medida en dependientes la una de la otra, ya que una de ellas, para poder explotar su giro o realizar su actividad, requiere del permanente apoyo y cumplimiento de las obligaciones de la otra parte. Estos contratos, más sofisticados y complejos, se oponen a la noción del contrato tradicional, que nace para ser ejecutado de una sola vez, y al que se le denomina discreto (*discrete*), pues no presenta este rasgo de trascendencia en la vinculación que experimentan las partes en el tiempo. En el contrato de larga duración, la vinculación entre los contratantes no es estática o inamovible; no se trata de una simple transacción de bienes o servicios entre dos o más personas, sino que el vínculo es dinámico y relacional, por lo que debe adaptarse a los sucesos y circunstancias que seguramente van a ocurrir en el muy largo plazo en el que el convenio debe ser ejecutado (...)»¹³.

Debe en todo caso mirarse con cautela como un elemento propio e independiente del contrato relacional su carácter prolongado en el tiempo, pues, lo que define a un contrato de este tipo no es su duración sino la interacción continua entre los contratantes que se materializa en la ejecución de las obligaciones en el tiempo¹⁴. Lo relevante en un contrato relacional es que la interacción constante entre los contratantes junto a una fuerte cooperación exigida, dependencia implicada y confianza recíproca, será lo que permita a estos la

¹² F. Elorriaga y J. López, *Contratos parte general*, 6° ed., Thomson Reuters, Santiago, 2017, p. 138 y 139.

¹³ F. Elorriaga y J. López, *Contratos parte general*, 6° ed., Thomson Reuters, Santiago, 2017, p. 138 y 139.

¹⁴ M.A. Eisenberg, *Why there is no law of relational contracts*, in *Northwestern University Law Review*, 2000, Vol. 94, n. 3, p. 805- 822.

satisfacción de sus intereses.

1.2. Implicancias de la confianza en los contratos de tipo relacional

Estas características propias de los contratos relacionales enunciadas permiten a su vez advertir las implicancias que para las partes genera su celebración y ejecución. En este sentido, todo contrato relacional en el que la confianza es presupuesto para su éxito lleva implícita dependencia, pues el éxito o fracaso de una parte conduce al éxito o fracaso de la otra. Pero también importa vulnerabilidad, pues, cualquier relación que exija confianza, una fuerte cooperación y se prolongue en el tiempo impone a las partes un riesgo mayor frente a situaciones no previstas¹⁵ que el que asumirían en cualquier otro tipo de contrato. Además, y esto es lo fundamental, toda interacción que requiera de confianza hace vulnerable al otro frente al poder que tiene de dañar sus intereses. En este sentido, como expone Baier, confiar consiste en aceptar una fuente de vulnerabilidad dado el poder que tiene el otro para dañarnos¹⁶.

Ahora bien, si consideramos que el derecho de contratos tiene por finalidad brindar a las personas las herramientas para que satisfagan las más diversas finalidades económicas que por sí solas no pueden satisfacer, el derecho no puede quedar ajeno frente a las implicancias que para las partes importa la celebración de los contratos en los que la confianza sea requerida para que funcionen. El ordenamiento jurídico debe brindar a los contratantes las garantías para afrontar la dependencia y vulnerabilidad a la que se ven expuestos.

En efecto, de esto es de lo que precisamente se trata el derecho de contratos en un sentido técnico. En palabras de Messineo, «el contrato llena la vida económica y también la vida del derecho: el contrato llega a ser, por lo tanto, una institución jurídica: la institución jurídica más conocida y familiar a los profanos. Los cuales se sirven de él continuamente, a menudo aún sin tener conocimiento alguno de él y sin preocuparse por conocer su esencia y su disciplina, sin que esto sea, por lo demás, un inconveniente, ya que a ella provee el ordenamiento jurídico¹⁷».

¹⁵ Refiriéndose a la prolongación en el tiempo, Elorriaga y López señalan que «Este factor es el que coloca a las partes en el imperativo de prever expresamente el futuro en el contrato, ya que saben que por el largo plazo involucrado es enteramente posible que las circunstancias presentes cambien. Se genera así el problema de la distribución de los riesgos del contrato, ya que las variaciones económicas, laborales o políticas pueden resentir los intereses involucrados, por ello deben adelantarse a la variación de las circunstancias”: F. Elorriaga y J. López, *Contratos parte general*, 6° ed., Thomson Reuters, Santiago, 2017, p. 141.

¹⁶ A. Baier, *Trust. The Tanner Lectures on Human Values*, Princeton University March 6-8, 1991, p. 113.

¹⁷ F. Messineo, *Doctrina general del contrato*, Santiago, Olejnik, 2018, p. 62.

De esta forma, es función del derecho entregar a los contratantes las herramientas que les permitan satisfacer sus propios intereses, para lo cual no bastan normas potestativas que les permitan crear derechos y obligaciones. El derecho debe otorgar a los contratantes mecanismos de protección ante la vulnerabilidad o dependencia, cuestión que se obtiene a través de los deberes de conducta. Si el derecho no otorga tales mecanismos de protección, el derecho de contratos falla en su función técnica, pues como lo expone Coleman, refiriéndose a la racionalidad individual de los contratantes, nadie sensata ni razonablemente celebraría o ejecutaría un contrato en el que no existen mecanismos de protección ante la traición o el aprovechamiento del otro: «Para ello el derecho exige a los contratantes cumplir con los deberes que forman parte del contenido del contrato¹⁸».

La fuente principal de los deberes contractuales es la autonomía de la voluntad de los contratantes¹⁹. Por ello, las partes en ejercicio de esta autonomía podrán pactar las cláusulas que estimen frente a los riesgos que implica cualquier interacción con otro y particularmente frente a la vulnerabilidad y dependencia involucradas en los contratos en los que la confianza es condición para su éxito²⁰. Por lo demás, el legislador, para cierto tipo de contratos, puede haber regulado y dispuesto deberes especiales de conducta orientados a proteger a las partes en sus intereses, como ocurre por ejemplo tratándose de contratos fiduciarios como el contrato de mandato²¹. Si las partes nada han dicho, o no existe norma expresa,

¹⁸ J. Coleman, *Riesgos y daños*, D. Papayannis (Trad.), Marcial Pons, Barcelona, 2010, p. 50 y 51.

¹⁹ L. Claro, *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*, T. XI, Nascimento, Santiago, 1937, p. 468.

²⁰ Una reflexión y análisis muy interesante que es pertinente destacar en esta oportunidad es el efectuado por Shapiro, quien sostiene que el derecho entendido como planes es un mecanismo para gestionar la confianza y la desconfianza: «los planes particulares pretenden compensar la falta de confianza y sacar partido de su presencia. Un plan puede ser usado para hacer frente a cierto grado de desconfianza, pero la desconfianza no puede ser tan profunda como para que el plan tenga que ser tan detallado»: S. Shapiro, *Legalidad*, D. Papayannis y L. Ramírez (trad.), Marcial Pons, Madrid, 2014.

²¹ Existen una serie de normas contenidas en la regulación del contrato de mandato orientadas a la protección de los intereses del mandatario, en atención a su naturaleza de relación fiduciaria. Un grupo de ellas impone al mandatario el deber de abstenerse de la ejecución del encargo o de alejarse de las instrucciones entregadas por el mandante, si ello afecta los intereses de este. La primera de estas reglas se encuentra en el artículo 2149 del Código Civil chileno que establece para el mandatario el deber de abstenerse de cumplir con el mandato si su ejecución resulta manifiestamente perjudicial a los intereses del mandante. Según Stitchkin, este deber encuentra su justificación en el hecho de que el mandatario no es un simple asalariado que debe cumplir las instrucciones de su superior sin discriminar si le conviene o no a este lo que se está haciendo: D. Stitchkin, *El mandato civil*, 5° ed., Jurídica de Chile, Santiago, 2008, p. 398. Muy por el contrario, el mandatario reemplaza al mandante y, por lo mismo, debe velar por los intereses del mandante como

será competencia del juez integrar los deberes de conducta que sean necesarios para satisfacer el interés de los contratantes y/o asegurar el éxito del negocio. Así también los deberes específicos de conducta que les permitan una garantía ante la traición o el aprovechamiento ajeno. Para lo cual el juez dispone de la buena fe como regla o criterio de integración de deberes implícitos contractuales, conforme a lo señalado en el artículo 1546 del Código Civil chileno²².

1.3. Exigencia de deberes de lealtad en contratos relacionales

En cualquiera de los casos e independientemente de cuál sea la fuente de integración del deber de conducta, si de lo que se trata es de contrarrestar las implicancias de la confianza que es requerida para el éxito de un contrato de tipo relacional, el deber que pasa a ser parte del contenido del contrato requiere ser un deber de conducta fuerte que permita hacer frente a la dependencia y vulnerabilidad implicadas en la confianza. Pero además y dado que el contrato requiere de confianza, el deber de conducta que se integre debe permitir generarla. Para todo ello, lo necesario es un deber de conducta orientado hacia el beneficio o protección del interés del otro que es parte de la relación contractual, que asegure no sólo que quien cumple no resultará perjudicado en sus intereses, sino además que el otro, que es parte de la relación, no solo velará por sus intereses sino además por los de la otra parte del contrato. En otras palabras, lo necesario es un deber de conducta específico de lealtad. Esto es, un deber que no solo exija colaborar en el cumplimiento de la prestación (como lo exige la buena fe en general), sino que se

quien vela por los suyos propios. Una segunda regla se encuentra en el artículo 2147 del Código Civil, que faculta al mandatario para apartarse de los términos del mandato si se presentan circunstancias que permitan ejecutar el encargo con mayor beneficio o menor gravamen que los designados por el mandante. Este mismo artículo establece, además, que si el mandatario en la ejecución del encargo ha negociado con menos beneficio o mayor gravamen que los señalados en el mandato deberá responder por la diferencia ante el mandante. La tercera regla en la que se manifiesta este deber del mandatario de apartarse de las instrucciones del mandante si el cumplimiento de ellas resulta perjudicial al interés del mandante, se encuentra en el artículo 2150 del Código Civil chileno, a propósito de casos en los cuales el mandatario se encuentre impedido por fuerza mayor o caso fortuito de cumplir con las instrucciones del mandante. El referido artículo señala que en estos casos pueden presentarse dos escenarios. El primero está constituido por los casos en los que, pese a la imposibilidad de seguir las instrucciones, no fuera posible para el mandatario dejar de actuar sin comprometer gravemente los intereses del mandante, en cuya situación deberá el mandatario tomar el partido que más se acerque a las instrucciones dadas por el mandante y que más convengan al negocio encomendado. El segundo, se refiere al caso en el que para el mandante es posible dejar de actuar sin afectar gravemente al mandatario, frente a lo cual este puede elegir entre constituirse como agente oficioso o tomar las medidas conservativas que las circunstancias así lo exijan.

²² V.gr. M. Bustos, *Interpretación de contratos y la buena fe como criterio de interpretación e integración contractual*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2023.

encuentre orientado hacia la protección especial o promoción del interés del otro que es parte de la relación contractual²³.

²³ Tradicionalmente, la literatura ha vinculado la noción de deberes fiduciarios a la idea de lealtad. Así, por ejemplo, tratándose de los deberes de los directores de sociedades anónimas con la sociedad –que sería un tipo de relación fiduciaria– es común que estos sean identificados por la noción de lealtad. En este sentido, Véliz y Bitrán señalan que el *deber de lealtad* «obliga a los directores y ejecutivos de una compañía a actuar, en todo momento, teniendo por objetivo la protección del interés de la sociedad, absteniéndose de ejecutar o participar en actos o decisiones que puedan afectar dicho interés». P. Véliz e Y. Bitrán, *Compliance ¿por qué? ¿para qué? Claves para su gestión*, 2ª ed., Thomson Reuters, 2019, p. 19. Lo propio se ha expuesto a propósito de las relaciones entre abogado y cliente –consideradas como relaciones fiduciarias– en tanto es el propio Código de Ética profesional el que establece en su artículo tercero lo siguiente: «Lealtad con el cliente y respeto por su autonomía. El abogado debe obrar siempre en el mejor interés de su cliente y anteponer dicho interés al de cualquier otra persona, incluyendo al suyo propio. En el cumplimiento de este deber, el abogado debe respetar la autonomía y dignidad de su cliente. El deber de lealtad del abogado no tiene otros límites que el respeto a la ley y a las reglas de este Código». En este sentido, puede señalarse que los deberes fiduciarios se comprenden bajo la noción de deberes de lealtad. Sin perjuicio de ello, los deberes de lealtad no son exclusivos de las relaciones fiduciarias: A. Gold, *The loyalties of fiduciary law*, in A. Gold y P. Miller (eds.), *Philosophical foundations of fiduciary law*, Oxford University Press, UK, 2014, p. 176. El término lealtad es más amplio y permite identificar el deber de conducta que exige considerar especialmente el interés del otro en todo tipo de relaciones, sean fiduciarias o no: M. Bustos, *El deber de lealtad contractual. Justificación y aplicación*, Tesis Doctoral, Universidad de Girona, 2021: 153 y ss. Por lo demás, la literatura extranjera lleva décadas identificando como deberes de lealtad a aquellos que exigen, en términos generales, una especial consideración hacia el interés ajeno: A. Gold y P. Miller, *Philosophical foundations of fiduciary law*, Oxford University Press, UK, 2014; A. Gold y P. Miller, *Contract, status, and fiduciary law*, Oxford University Press, UK, 2016. Este mismo término ha sido recogido de manera prácticamente uniforme por la doctrina comercial para referirse al deber que tiene el administrador de una sociedad con ella, en tanto sus funciones deben ser ejercidas sin tomar ventaja sobre la sociedad cuyos intereses debe privilegiar: M. Bernet, *El deber de lealtad de los directores y los contratos en conflicto de interés*, en *Revista chilena de derecho privado*, 2007, n. 8, p.109; R. Guerrero y M. Zegers, *Manual sobre derecho de sociedades*, Ediciones UC, Santiago, 2014, p. 213; D. Pardow, *La parábola del administrador infiel. Un estudio sobre los conflictos de interés y el deber de lealtad*, en A. Guzmán (ed.), *Estudios de Derecho Civil III*, Thomson Reuters, Santiago, 2007, p. 567-582; J. Álvarez, *Derecho de sociedades*, 2ªed., en J. Álvarez (coord.), Dykinson, España, 2016, p. 153-157. Lo propio ha ocurrido en materia penal, por medio de la tipificación del delito de administración desleal, de acuerdo con el cual habrá una conducta desleal en los casos en los que existiendo el deber de custodiar un patrimonio ajeno, el destinatario del deber actúa de forma contraria al interés del dueño, cuestión que no solo se materializa en perjudicar los intereses de este, sino incluso en los casos en que, ante dos opciones, el administrador elige aquella que le reporta a él un beneficio y no aquella que le reporta un beneficio al titular del patrimonio: N. Pastor e I. Coca, *El delito de administración desleal. Claves para una interpretación del nuevo art. 252. del Código Penal*, Atelier, Barcelona. 2016, p. 81 y ss.

Veamos un ejemplo: pensemos en un contrato de agencia (contrato de tipo relacional) que requiere de un alto grado de confianza, cooperación recíproca e interacción constante. Para que las partes puedan cumplir sus fines, en ciertos casos, son necesarios deberes de información del principal hacia el agente, comprendiéndose incluso la entrega de información confidencial, si ello es relevante para que el agente pueda cumplir con la promoción del negocio del principal²⁴. El cumplimiento del deber de información que tiene el principal es necesario para que el contrato funcione, pues, sin esta información, el agente no puede promover los negocios del principal. Pero, además, el principal, al cumplir este deber y revelar información confidencial, debe confiar en que el agente no lo traicionará, se vuelve entonces vulnerable ante el poder que tiene el agente de dañarlo y dependiente de sus conductas. Si el principal confía y cumple su deber de informar es vulnerable y dependiente hacia las conductas del agente. Si no confía y no cumple su deber de informar el contrato fracasa.

Luego, para que el principal pueda cumplir con su deber de informar que conlleva la entrega de información confidencial, se requiere de un reaseguro o una garantía que le permita contrarrestar la vulnerabilidad y dependencia implicadas en la confianza que es presupuesto para que el contrato funcione. La forma en que el derecho otorga estas garantías es a través de la exigencia de determinados deberes de conducta. El deber de conducta indicado sería un deber de confidencialidad del agente hacia al principal, pues da una garantía al principal para que pueda cumplir con su deber de informar y con ello el contrato pueda ser exitoso y se satisfagan los intereses de ambas partes, sin verse expuesto a ser afectado en sus propios intereses con el cumplimiento de la obligación.

Pero, además, el deber de confidencialidad que en este caso sería el indicado para contrarrestar la vulnerabilidad y dependencia implicadas en la confianza, altera la regla general por la cual cada parte debe velar por sus propios intereses²⁵, ya que solo exigiéndose al agente una conducta directamente orientada

Finalmente, la propia doctrina civil ha identificado a propósito del deber de información en relaciones precontractuales, la noción de lealtad como aquella aplicable a los casos en los que se exige una conducta más elevada y que implica una consideración especial hacia los intereses del otro: I. De la Maza, *La buena fe, el reverso de la moneda. A propósito del dolo por omisión y el deber precontractual de informar*, en *Revista chilena de derecho privado*, 2008, n. 11, p. 52.

²⁴ V.gr. R. Sandoval, *Derecho comercial*, T. III, Vol. 1 y 2, Jurídica de Chile, Santiago, 2015, p. 296 y ss; A. Puelma, *Contratación comercial moderna*, Jurídica de Chile, Santiago, 1992, p. 68 y ss.; V. Chuliá y A. Beltrán, *Aspectos jurídicos de los contratos atípicos*, II, Bosh, Barcelona, 1995, p. 384 y ss.

²⁵ La medida general de lo exigido por la buena fe está dada por el respeto hacia el interés del otro, comprendiéndose en ello y para cualquier tipo de contrato, un respeto hacia el vínculo contractual por el cual cada parte debe realizar las conductas razonables para que

a proteger los intereses del otro podrá el contrato ejecutarse con éxito y con ello satisfacerse los intereses de ambas partes. En efecto sin el deber de confidencialidad el principal no estará dispuesto a entregar información confidencial al agente, y si no se entrega la información, no sólo se frustra la pretensión del principal de que el agente promueva su negocio, sino el propio interés que el agente persigue con la celebración del contrato de agencia.

Entonces, siendo el deber de lealtad en general un deber que exige proteger el interés ajeno, y/o actuar o tener la intención de actuar en beneficio del interés del otro porque ello es necesario para que los intereses de los contratantes puedan satisfacerse, la confidencialidad es un deber específico requerido por un deber de lealtad. El deber de confidencialidad, por lo tanto, justifica su exigencia en la vulnerabilidad y dependencia implicancias de la confianza.

2. La confianza en los contratos relacionales

2.1. ¿Confianza inicial o derivada?

Si los contratos de tipo relacional requieren de confianza como presupuesto, surge la pregunta acerca del momento en que se requiere de esa confianza entre los contratantes ¿es necesario que la confianza sea coetánea con la fecha de celebración del contrato en un contrato de tipo relacional?

Los contratos relacionales tienen ciertas características, dentro de las cuales se encuentra su extensión en el tiempo, tanto es así que es la interacción constante entre las partes la que permite a cada una de ellas satisfacer sus propios fines e intereses²⁶. Los contratos relacionales llevan implícito, además, un mayor riesgo que los contratos discretos, pues, que su ejecución se prolongue por un largo y a veces extenso tiempo, imposibilita a las partes prever al momento de celebrar el contrato, con completa certeza, el cambio de las circunstancias durante la fase de ejecución contractual²⁷. Uno de ellos puede consistir, por razones lógicas y como

el otro pueda satisfacer sus expectativas, más no una especial consideración hacia la protección y/o promoción del interés ajeno.

²⁶ R.E. Speidel, *The characteristics and challenges of relational contracts*, in *Northwestern University Law Review*, 2000, Vol. 93, n.3, p. 828.

²⁷ «Como se mostró anteriormente, la psicología cognitiva moderna nos enseña que los actores tienen facultades telescópicas que degradan su capacidad cognitiva para hacer comparaciones entre costos y beneficios presentes y futuros. Cuanto más lejos en el tiempo se ubique un costo o beneficio dado, menor capacidad tiene un actor para determinar sus propios intereses. De manera similar, los actores subestiman sistemáticamente la mayoría de los riesgos y, a menudo, toman erróneamente la muestra que consiste en eventos presentes para ser representativa y, por lo tanto, predictiva de eventos futuros. Ambos límites de la cognición se vuelven cada vez más importantes a medida que el período de tiempo de un contrato se vuelve cada vez más largo»: M.A. Eisenberg, *Why there is no law*

efecto propio del paso del tiempo, el cambio de las personas físicas de los contratantes. En efecto, si un contrato de licencia, suministro o agencia se celebra a 30 años plazo, y los contratantes al momento de celebrar el contrato tienen en promedio 50 años, no es muy difícil advertir que las posibilidades de que ellos hayan fallecido o se encuentren incapacitados de continuar como partes del contrato es bastante alta. Menciono lo anterior, pues, puede ocurrir y es probable que así sea que las personas físicas cuya cualidades personales, morales o capacidades personales hayan motivado la contratación cambien, y no por ello el contrato relacional termine o deje de producir efectos.

En este sentido, los contratos relacionales desafían el carácter de *intuitu personae* de los contratos reconocidos por la doctrina chilena como contratos de confianza. La confianza como un hecho sustentado en las capacidades de las partes, sus aptitudes o cualidades morales puede eventualmente desaparecer, y aún así, continuar la relación contractual con quienes vengan a suceder o reemplazar a los contratantes que dieron origen a la relación contractual. Más aún es posible incluso que los contratos de tipo relacional sean celebrados y ejecutados entre extraños. De hecho, el tráfico jurídico y las necesidades de interacción con otro para satisfacer los propios fines puede llevar a las partes a celebrar contratos de este tipo con personas naturales o jurídicas respecto de las cuales en los hechos no se tiene ningún tipo de relación personal. Revisemos un ejemplo.

Kotaix (K) se ha adjudicado en una licitación privada la construcción de una planta de cogeneración eléctrica, para lo cual no solo debe encargarse del montaje propiamente tal sino además de la construcción de las obras civiles y de la ingeniería necesaria (especificaciones técnicas) para la correcta ejecución de esta. Como es común en este tipo de negocios, K decide encargarse del montaje de la planta a Tanu (T), quien debe efectuarla conforme a la ingeniería y especificaciones técnicas entregadas por K, debiendo además coordinar el montaje con la construcción que paralelamente K realizará de las obras civiles. Como ya podrá advertirse, la correcta ejecución del contrato celebrado entre K y T no solo exige que ambas partes cumplan con sus respectivas obligaciones, sino que requiere además una constante coordinación, interacción y confianza entre ambas para poder llevar a cabo aquello a lo que cada una se ha obligado.

Si se analiza el ejemplo expuesto, es necesario mencionar algunas precisiones. Primero, su celebración no necesariamente supone la existencia de una relación personal entre las partes, pues, puede perfectamente celebrarse entre extraños, los cuales por razones estratégicas o de ahorro de costos han decidido emprender conjuntamente un proceso de licitación. Segundo, aunque el contrato requiere de confianza para su éxito, durante su ejecución, la confianza personal puede o no producirse dentro de la relación contractual. Por su puesto, es deseable

of relational contracts, in *Northwestern University Law Review*, 2000, Vol. 94, n. 3, p. 815. (Traducción propia).

que ello ocurra para que el contrato pueda funcionar, pero no puede asegurarse que ello suceda.

Ahora, lo señalado, no implica que las cualidades y aptitudes de los contratantes deban ser ignoradas al momento en que una parte decide contratar con otra, más aún si estas no se conocen. Los contratantes como agentes racionales y diligentes deben asegurarse al menos de averiguar aspectos relevantes respecto de las cualidades y aptitudes de la parte con la que contrata. En este sentido, las partes racionalmente elegirán contratar con quien en los hechos demuestre tener las capacidades y aptitudes idóneas para la ejecución del contrato que se celebra. Pero ello no es propio de los contratos relacionales sino de todo contrato en el cual las aptitudes o cualidades de las partes sean relevantes, como por ejemplo en un contrato de ejecución de obra por el cual K encarga a T, que es un pintor, crear una obra para su adquisición.

2.2. El punto de partida viene dado por el ordenamiento jurídico

Los contratos de tipo relacional requieren y necesitan generar confianza personal entre las partes para ser exitosos, esto es indudable. Es más, es probable que este sea uno de los tipos contractuales que requieran de un mayor grado de confianza entre los contratantes para obtener su óptimo resultado. No obstante, como hemos visto, la confianza de tipo personal sea que esta se sustente en las cualidades morales, en las aptitudes personales puede no existir o desaparecer.

La pregunta que resolver es entonces cómo desde el derecho podemos ofrecer a los contratantes la confianza mínima requerida para que decidan negociar con otro, contratar con otro y ejecutar sus contratos con otro, sabiendo que entre ellos no existe necesariamente una confianza de tipo personal, y que además es necesario que esa confianza personal en el tiempo llegue a generarse para que el contrato logre su mayor rendimiento.

La respuesta frente a la pregunta efectuada puede encontrarse en el esquema desarrollado por Coleman²⁸ a propósito de la racionalidad del contrato. El contrato racional, de acuerdo con el autor, importa un acuerdo de cooperación entre dos o más personas en las que estas estipulan las acciones específicas que deben ser realizadas por ambos en el futuro: los premios y castigos que deben ser

²⁸ El esquema de Coleman es perfectamente compatible con los contratos relacionales. En palabras de Macneil refiriéndose a la teoría del contrato esencial que es el vehículo para satisfacer las proposiciones centrales de la teoría del contrato relacional, señala: «Finalmente la teoría del contrato esencial parece ir en contra de los principios del derecho y la economía (sin costos de transacción), la teoría de la elección racional y la teoría de juegos. Sin embargo, la apariencia es engañosa. La teoría del contrato esencial no elimina el uso de ninguna de estas teorías. Simplemente requiere que sus principios se apliquen intersticialmente dentro de las relaciones y no como la única herramienta analítica»: I. Macneil, *Relational contract theory: Challenges and queries*, in *Northwestern University Law Review*, 2000, Vol. 94, n.3, p. 893. (Traducción propia).

adjudicados luego del cumplimiento o incumplimiento. Y para ello los actores deben diseñar las garantías para minimizar y asignar riesgos²⁹.

Para Coleman, el contrato racional supone resolver tres problemas distintos, aunque relacionados entre sí: la cooperación racional, la distribución y el cumplimiento racionales. Cada uno de ellos se presenta en distintas etapas de la contratación. De esta forma, en la etapa precontractual, las partes toman racionalmente la decisión de cooperar, considerando para esa decisión las expectativas de beneficio que para ellas importa la celebración del contrato (racionalidad colectiva)³⁰. En la segunda etapa, que es la de negociación, las partes han superado la etapa de decisión sobre si contratar o no, y los contratantes distribuyen racionalmente riesgos, ya sea directamente, asignando a cada uno de ellos costes y beneficios, o indirectamente, determinando los mecanismos para resolver la distribución de aquellos. El problema que Coleman advierte es que la distribución no necesariamente implica la cooperación necesaria que el contrato requiere. En efecto, los contratantes pueden disimular sus verdaderas intenciones o exagerar sus demandas con tal de obtener una mejor posición en la distribución de costes y beneficios³¹. De ahí que, para que el contrato cumpla los fines que las partes persiguen con su celebración, este debe suponer racionalidad en la distribución. Dado lo anterior, en la distribución de riesgos, las partes no deben obedecer necesariamente a la máxima de obtener el mayor beneficio versus los menores costos. La necesidad de concesiones es vital para que del contrato surja la cooperación necesaria para que sea exitoso³².

Tratándose del cumplimiento racional, Coleman señala que su problema se refleja en la naturaleza compleja de la confianza mutua, básicamente debido a la presencia de cláusulas onerosas o frente a lagunas contractuales presentes en la

²⁹ J. Coleman, *Riesgos y daños*, D. Papayannis (Trad.), Marcial Pons, Barcelona, 2010, p. 121. En el esquema expuesto por Coleman, la mejor explicación de lo que implica un contrato supone preferencia hacia un modelo de negociación, que contemple el cumplimiento del requisito de la racionalidad colectiva, de distribución e individual. Las razones de ello estarían dadas porque el modelo de negociación «explicita tanto la dimensión productiva como la distributiva de cooperación»; y porque este modelo «enfatisa los aspectos interactivos y dinámicos de la contratación –el proceso por el cual se formulan demandas y se otorgan concesiones a esas demandas– (...)»: J. Coleman, *Riesgos y daños*, D. Papayannis (Trad.), Marcial Pons, Barcelona, 2010, p. 51.

³⁰ J. Coleman, *Riesgos y daños*, D. Papayannis (Trad.), Marcial Pons, Barcelona, 2010, p. 123.

³¹ J. Coleman, *Riesgos y daños*, D. Papayannis (Trad.), Marcial Pons, Barcelona, 2010, p. 126.

³² «Podría interpretarse que el interés de las partes al contratar consiste en maximizar su participación de los beneficios y minimizar su contribución a las cargas. La cooperación requiere concesiones y que se llegue a un acuerdo. Entonces, es posible entender plausiblemente que la cooperación social es el resultado de un acuerdo o contrato hipotético, en el que el contrato mismo es modelado como una negociación racional: el resultado de un proceso racional de demandas y concesiones a esas demandas»: J. Coleman, *Riesgos y daños*, D. Papayannis (Trad.), Marcial Pons, Barcelona, 2010, p. 51.

mayoría de los contratos. Los contratantes –como expone el autor– a menudo pueden beneficiarse a costa de aquellos que cumplen con sus obligaciones. De ahí que es un prerequisite de la contratación que exista un mecanismo de cumplimiento forzado de las obligaciones contractuales o un mecanismo que permita disuadir el incumplimiento o compensar los daños que con ocasión de este se produzcan³³. Este es el tercer presupuesto de la elección o contratación racional que el autor denomina racionalidad individual, y que permite a los contratantes protegerse ante la traición o el aprovechamiento ajeno mediante la posibilidad de ejecución de los acuerdos³⁴. Lo anterior, en términos sencillos, implica que las partes solo estarán dispuestas a cumplir si es que disponen de mecanismos que les permitan hacer ejecutar lo convenido, frente a la posible traición o aprovechamiento de su contraparte³⁵.

Es por lo anterior que Coleman señala que, para asegurar el acuerdo racional, debe resolverse primero el problema del incumplimiento, pues «no tiene sentido comprometerse a un esquema de restricción mutua cuando las partes no tienen la voluntad de autolimitarse»³⁶. «Para que las negociaciones sobre los beneficios del intercambio sean racionales, las partes deben tener confianza razonable en el posterior cumplimiento del otro»³⁷.

Continuando con el análisis efectuado por Coleman, este señala que en las distintas etapas de la contratación (negociación, distribución de riesgos y control frente al incumplimiento), puede presentarse el problema de que el contrato fracase, considerándose siempre que el problema del incumplimiento debe superarse ante cualquiera de los dos anteriores³⁸.

Para este autor, resolver *ex ante* el problema del cumplimiento es de suyo complejo, básicamente por la incertidumbre que, en los contratos, con menor o mayor medida, siempre se encuentra presente, y que se deriva principalmente de la información imperfecta y de los costos de transacción elevados que implica obtener una mayor información o una información perfecta³⁹. Este problema no obsta a que las partes se priven de negociar o de discutir los términos del contrato, pero tampoco implica que ellas sean irracionales al momento de tomar sus decisiones, tanto respecto de si contratar o no y en cuanto al contenido del contrato.

³³ J. Coleman, *Riesgos y daños*, D. Papayannis (Trad.), Marcial Pons, Barcelona, 2010, p. 131.

³⁴ J. Coleman, *Riesgos y daños*, D. Papayannis (Trad.), Marcial Pons, Barcelona, 2010, p. 51 y 52.

³⁵ J. Coleman, *Riesgos y daños*, D. Papayannis (Trad.), Marcial Pons, Barcelona, 2010, p. 52.

³⁶ J. Coleman, *Riesgos y daños*, D. Papayannis (Trad.), Marcial Pons, Barcelona, 2010, p. 51.

³⁷ J. Coleman, *Riesgos y daños*, D. Papayannis (Trad.), Marcial Pons, Barcelona, 2010, p. 135.

³⁸ J. Coleman, *Riesgos y daños*, D. Papayannis (Trad.), Marcial Pons, Barcelona, 2010, p. 135.

³⁹ Ello supone que los individuos cuentan con información perfecta, que los costos de transacción son bajos y los contratantes no enfrentan problema alguno para celebrar transacciones. Coleman denomina a estos «súper humanos»: J. Coleman, *Riesgos y daños*, D. Papayannis (Trad.), Marcial Pons, Barcelona, 2010, p. 125.

Para Coleman, el óptimo es que estos problemas de incertidumbre puedan ser solucionados a través de mecanismos endógenos, esto es, aquellos que provienen de un hecho de las partes y no de la intervención de un tercero⁴⁰. Estos mecanismos serían, por ejemplo, invertir en costes de negociación y de decisión. Los primeros se vinculan con la información respecto de la aceptabilidad de las distribuciones y de la resistencia de los agentes a realizar ciertas concesiones. Los segundos se refieren a costes de monitoreo, pues a cada parte le interesa tener información respecto de los perjuicios que implica el incumplimiento del contrato⁴¹. Frente a lo anterior, se presenta nuevamente un problema, pues, los contextos y variedades de tipos contractuales inciden en la mayor o menor incertidumbre que estos presentan. Y mientras más incertidumbre se presente en el contrato, es más difícil para las partes solucionar estos problemas mediante recursos endógenos, en tanto, los costes de transacción aumentan y a su vez se agotan con rapidez. Coleman advierte las principales variables que inciden en la mayor incertidumbre del contrato: la heterogeneidad de las partes; la dispersión espacial de los contratantes que dificulte los canales de comunicación; la distribución temporal de los costes y beneficios; la dificultad de transferir los costes y beneficios; y la inestabilidad de la relación, pues se requieren más recursos de transacción para obtener un contrato racional mientras aumenta la inestabilidad⁴².

Tratándose de situaciones contractuales que favorecen la incertidumbre y previendo que los costes de transacción son elevados, o ya se agotaron, Coleman señala que los mecanismos endógenos ya no son útiles, y las partes deben solicitar el apoyo de terceros para llevar a cabo la contratación (recursos exógenos). Los terceros pueden apoyar a las partes de distintas maneras. Una de ellas es la que permite resolver el problema del incumplimiento a través de servicios de ejecución⁴³, y que se traduce principalmente en la intervención del juez mediante mecanismos de cumplimiento forzado del contenido del contrato o por el ejercicio de acciones de responsabilidad civil, aplicando para ello las reglas generales del derecho de contratos⁴⁴.

⁴⁰ J. Coleman, *Riesgos y daños*, D. Papayannis (Trad.), Marcial Pons, Barcelona, 2010, p. 138-143.

⁴¹ Para los casos en los que los contratos son celebrados entre grandes empresas o multinacionales, los costos de monitoreo, así como también la diligencia debida se comprenden en la idea de *compliance*. Aunque esta noción se vincule con la prevención de ilícitos penales, repercute necesariamente en la prevención de daños a causa del incumplimiento contractual. V.gr. P. Véliz e Y. Bitrán, *Compliance ¿por qué? ¿para qué? Claves para su gestión*, 2º ed., Thomson Reuters, 2019, p. 60.

⁴² J. Coleman, *Riesgos y daños*, D. Papayannis (Trad.), Marcial Pons, Barcelona, 2010, p. 138-143.

⁴³ J. Coleman, *Riesgos y daños*, D. Papayannis (Trad.), Marcial Pons, Barcelona, 2010, p. 138-145.

⁴⁴ J. Coleman, *Riesgos y daños*, D. Papayannis (Trad.), Marcial Pons, Barcelona, 2010, p. 138-151.

Vistas así las cosas y de acuerdo con el esquema de Coleman, lo que permite a las partes la elección racional contractual, especialmente frente a casos de incertidumbre, son precisamente los mecanismos exógenos que el propio ordenamiento jurídico les provee para que racionalmente desde la perspectiva individual, puedan tanto decidir si contratar o no, así como también determinar el contenido del contrato y comenzar su ejecución. En este sentido, es el propio ordenamiento jurídico a través de sus mecanismos de ejecución frente al incumplimiento de deberes contractuales y de responsabilidad civil, el que permite a los contratantes generar la confianza requerida, aún entre extraños, para racionalmente confiar en que el otro cumplirá, que no se aprovechará o no lo traicionará⁴⁵. Cualquier otra noción de confianza involucra necesariamente una confianza como un estado mental, una cuestión evidencial⁴⁶ que, por supuesto, puede existir o no.

Lo anterior es similar a lo expuesto por Kimel, refiriéndose a la función instrumental de los contratos, pues, el autor señala que estos al igual que las promesas «brindan a las partes una fuente especial de certeza de que las obligaciones contractuales serán cumplidas»⁴⁷. Y es por ello por lo que los remedios contractuales no deben ser necesariamente vistos como una herramienta para hacer frente a los daños derivados del incumplimiento, sino como un mecanismo preventivo que permite a las partes disminuir la posibilidad de que una de ellas se beneficie a través del incumplimiento, traicionándolo o aprovechándose de este⁴⁸. En el derecho chileno, los mecanismos que permiten a los contratantes asegurar que el otro cumplirá con lo convenido se denominan efectos de las obligaciones. Estos comprenden tanto los medios compulsivos que inducen al cumplimiento voluntario, las consecuencias del incumplimiento y la

⁴⁵ No obstante que la noción de confianza expuesta por Luhmann es cognitiva, para este autor las disposiciones legales disminuyen el riesgo de otorgar confianza, resultando entonces que en sistemas sociales simples la confianza y la ley pueden seguir siendo congruentes: N. Luhmann, *Confianza*, A Flores (trad.), Anthopos, Barcelona, 2005, p. 56. Las disposiciones legales dan una seguridad especial a las expectativas particulares haciéndolas sancionables. Hardin concuerda parcialmente con Luhmann, pues, las disposiciones legales permiten generar confiabilidad, que no es lo mismo que la confianza: R. Hardin, *Confianza y confiabilidad*, A. Pozas y F. Robolledo (trad.), Fondo de Cultura Económica, México D.F., 2010, p. 54 y 55.

⁴⁶ R. Hardin, *Confianza y confiabilidad*, A. Pozas y F. Robolledo (trad.), Fondo de Cultura Económica, México D.F., 2010, p. 55, C. Vázquez, *De la prueba científica a la prueba pericial*, Marcial Pons, Madrid, 2015, p. 232.

⁴⁷ D. Kimel, *De la promesa al contrato. Hacia una teoría liberal del contrato*, M. Parga (trad.), Marcial Pons, Madrid, 2018, p. 127.

⁴⁸ D. Kimel, *De la promesa al contrato. Hacia una teoría liberal del contrato*, M. Parga (trad.), Marcial Pons, Madrid, 2018, p. 128.

protección o tutela hacia el acreedor⁴⁹. Por su parte, estos efectos de las obligaciones son el cumplimiento forzado de la obligación (cumplimiento en especie), la acción de indemnización de perjuicios derivada del incumplimiento contractual y los derechos auxiliares del acreedor, que le permiten asegurar que la prestación será cumplida (acción pauliana, acción oblicua, medidas conservativas, beneficio de separación)⁵⁰.

Luego, las herramientas exógenas dadas por el ordenamiento jurídico y que disponen las partes para tener la razonable expectativa de que el otro cumplirá, otorgan la confianza mínima para decidir negociar, contratar, determinar el contenido del contrato e iniciar su ejecución. En otras palabras, la confianza requerida para que el contrato pueda negociarse, celebrarse y ejecutarse está dada exógenamente por el propio orden jurídico.

En efecto, la exigibilidad de deberes contractuales permite proteger a las partes frente al riesgo inminente de la contratación, así como también frente a la vulnerabilidad implicada en la confianza personal que es requerida en el contrato relacional⁵¹. Una vez que las partes están aseguradas existen menos motivos para actuar a la defensiva y aceptar participar en las interacciones con otros con la finalidad de obtener intercambios benéficos e inversiones productivas. Son las instituciones sociales las que permiten soslayar el riesgo de la contratación. Y la ley del contrato no es una excepción. La ley del contrato es un tipo de control institucional sobre los compromisos institucionales⁵². Las instituciones por su parte «fomentan la credibilidad y, por ende, el valor de la confianza»⁵³.

Esta misma idea ha sido señalada por Feijoo: «los contactos sociales y la convivencia se basan en la necesidad de que el ordenamiento jurídico garantice o estabilice ciertas expectativas o reglas de comportamiento que permitan saber en una determinada situación lo que se puede esperar de otros participantes del sistema social y lo que esperan estos de nosotros. Una estandarización mínima hace que los sujetos no se encuentren a merced de impresiones momentáneas, instintos o satisfacciones particulares de otros sujetos. El derecho reduce el caos en la comunicación entre seres humanos estabilizando unos mínimos y excluyendo ciertas posibilidades de comportamiento con las que no se debe contar en la

⁴⁹ F. Fueyo, *Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones*, 3ª ed., Jurídica de Chile, Santiago, 2015, p. 49.

⁵⁰ A. Alessandri et al, *Tratado de las obligaciones*, Vol. I y II, 2ª ed., Jurídica de Chile, Santiago, 2011, p. 8 y 9.

⁵¹ «Actuar con base en la confianza implica dar facultades a otro para afectar los intereses de uno»: R. Hardin, *Confianza y confiabilidad*, A. Pozas y F. Robolledo (trad.), Fondo de Cultura Económica, México D.F., 2010, p. 32.

⁵² R. Hardin, *Confianza y confiabilidad*, A. Pozas y F. Robolledo (trad.), Fondo de Cultura Económica, México D.F., 2010, p. 74 y 75.

⁵³ R. Hardin, *Confianza y confiabilidad*, A. Pozas y F. Robolledo (trad.), Fondo de Cultura Económica, México D.F., 2010, p. 76.

interacción social. Nadie se podría orientar en la vida social si tuviera que contar en todo momento con cualquier conducta discrecional de otros seres humanos. Cada contacto social supondría un riesgo incalculable. El derecho tiene como función potenciar el horizonte personal de los integrantes del sistema social. Las posibilidades de contacto están en relación directa con la confianza que los ciudadanos depositen en las normas (ya que cada en una sociedad compleja la confianza personal tiene una utilidad muy limitada): cuando la confianza en estas se ve afectada las posibilidades de contacto social se reducen y la vida social se entumece; por el contrario, donde existe confianza en que todos respetarán las normas las posibilidades de contacto son mucho mayores. Para que los contactos sociales sean posibles es necesario que no todo sea inseguridad. Esto solo se puede conseguir estabilizando el respeto a las normas⁵⁴».

Por lo demás, para este autor el principio de confianza es un principio general del derecho: «(...) en un Estado de Derecho no impera el principio de la desconfianza como principio orientador de las relaciones sociales sino todo lo contrario: se parte como principio de que otros respetarán las normas que regulan los contactos sociales. En cuanto existe una norma vinculante al menos para dos personas nace el principio de confianza como principio general⁵⁵», y que les permite a estas racionalmente decidir contratar, así como también determinar el contenido del contrato y ejecutarse.

Ahora, esta confianza jurídicamente garantizada, dada exógenamente por los mecanismos de ejecución y de responsabilidad civil, permiten a los contratantes cumplir con sus deberes contractuales sabiendo que existen herramientas para sancionar al otro si el deber no se cumple, y por lo tanto permite hacer frente a los riesgos que en general el derecho de contratos presenta ante el incumplimiento. En este sentido la confianza jurídicamente garantizada justifica la exigencia y permanencia de deberes contractuales y particularmente deberes específicos de lealtad.

2.3. El cumplimiento de los deberes contractuales y en particular el cumplimiento de deberes de lealtad permite generar la confianza requerida por el contrato relacional

He señalado en el apartado anterior que la confianza jurídicamente garantizada permite a los contratantes decidir racionalmente negociar, contratar e

⁵⁴ B. Feijoo, *imputación objetiva en el derecho penal*, Grijley, Lima, 2006, p. 284. V.gr. J. Reyes, *El principio de confianza*, Editorial Metropolitana, Santiago, 2019, p. 14 y ss.

⁵⁵ B. Feijoo, *imputación objetiva en el derecho penal*, Grijley, Lima, 2006, p. 280. A propósito de la confianza en el derecho de contratos, Reyes señala: «En materia de contratos, en especial y en cualquier otra relación jurídica en general es necesario que concorra en un ambiente de respeto, certidumbre y seguridad jurídica»: J. Reyes, *El principio de confianza*, Editorial Metropolitana, Santiago, 2019, p. 97.

iniciar la ejecución del contrato. Así también justifica la existencia inicial y permanencia de deberes contractuales en general y de deberes específicos de lealtad, los cuales como fue mencionado son aquellos que exigen una especial consideración hacia el interés ajeno, amparando o promoviendo su interés de una manera especial.

Que la confianza jurídicamente garantizada permita que los contratos relacionales puedan celebrarse y ejecutarse y sea aquella que permita justificar la exigencia y permanencia de deberes contractuales y específicos de lealtad, no es suficiente para que el contrato relacional sea exitoso, pues este requiere de confianza personal entre los contratantes. Por su parte, la sola exigencia de deberes contractuales (cualquiera sea su tipo) no asegura en ningún caso que vaya a generarse la confianza personal que el contrato de tipo relacional requiere para ser exitoso. Es el cumplimiento continuo y sistemáticos de los deberes contractuales y en particular el cumplimiento de deberes específicos de lealtad lo que permite general la confianza requerida para el éxito del contrato relacional.

Kimel, señala que los contratos permiten acercar y restar ajenidad a la persona de los contratantes⁵⁶. Lo mismo ocurre con las promesas. Contratos y promesas pueden celebrarse y efectuarse entre extraños, y al cumplir nuestras promesas nos hacemos confiables y se genera en los hechos la confianza personal necesaria en las promesas⁵⁷.

Esto mismo puede decirse respecto de contratantes extraños, pues, en la medida que el contrato requiere de una constante interacción, reciprocidad y fuerte cooperación, como ocurre en los contratos relacionales, si estos son exitosos y cada contratante cumple sus deberes, y en particular los deberes específicos de conducta que se encuentran orientados a la protección y/o promoción del interés ajeno, como son los deberes requeridos por la lealtad, los contratantes, en el tiempo, probablemente podrán generar entre ellos la relación de confianza que en los hechos resulta necesaria⁵⁸.

En efecto, el cumplimiento de un deber específico de lealtad permite un acercamiento personal entre los contratantes que promueve una relación de confianza. Cumplir con un deber específico de lealtad en el marco de la interacción y cooperación recíproca que se requiere en un contrato de tipo relacional implica

⁵⁶ D. Kimel, *De la promesa al contrato. Hacia una teoría liberal del contrato*, M. Parga (trad.), Marcial Pons, Madrid, 2018, p. 139.

⁵⁷ D. Kimel, *De la promesa al contrato. Hacia una teoría liberal del contrato*, M. Parga (trad.), Marcial Pons, Madrid, 2018, p. 92 y 93.

⁵⁸ En un sentido bastante similar, aunque no refiriéndose a la confianza personal, sino a la confianza como encapsulamiento de intereses, Hardin señala que «la confiabilidad, por lo común engendra confianza, debido a que mi confiabilidad potencialmente recompensará su confianza en mí (si usted actúa confiando en mí: De ahí que conceptualmente algo implica o causa confiabilidad, entonces de manera indirecta implica o causa confianza»: R. Hardin, *Confianza y confiabilidad*, A. Pozas y F. Robolledo (trad.), Fondo de Cultura Económica, México D.F., 2010, p. 55.

una deferencia especial hacia el interés del otro contratante, que le manifiesta a este no sólo que considera sus intereses, sino además que se procura no dañarlos e incluso beneficiarlos de una manera especial.

Todo esto con una especial ventaja, pues, si la confianza personal que se ha generado desaparece, los deberes contractuales y específicos de lealtad mantienen su justificación de exigencia y los contratantes aún cuentan con la garantía que el ordenamiento jurídico les provee para evitar que el otro incumpla, se aproveche y dañe sus intereses. Los deberes de lealtad no se justifican ni dependen de la existencia de confianza personal, sino a la inversa, su cumplimiento en el tiempo es la que permite generarla.

Veamos un ejemplo para poner en aplicación lo recién expuesto. Pensemos en un contrato de maquila por el cual Kotaix (K) le encarga a Tanu (T) confeccionar una determinada cantidad de trajes de baño para la temporada primavera verano 2020-2021, siendo el contrato celebrado un contrato relacional y, por lo tanto, se requiere de confianza para su éxito.

Supongamos que K y T no se conocen. No obstante, el contrato requiere de confianza para negociarse, celebrarse y ejecutarse. K racionalmente cree que T cumplirá con los deberes que emanan del contrato, pues, el ordenamiento jurídico lo ampara frente al incumplimiento de T. Como K y T no se conocen no existe confianza personal, pero ambos saben que el otro no querrá verse involucrado en un juicio por incumplimiento contractual o por responsabilidad civil, pues, sus prestigios comerciales se verían seriamente afectados. Puede decirse entonces que K confía en T. Pueden ambas partes, por lo tanto, contratar y comenzar con la ejecución del contrato.

Como el contrato celebrado entre K y T es relacional requiere para ser exitoso de confianza, ello hace que K sea vulnerable y dependiente ante las conductas de T, principalmente porque K para cumplir sus obligaciones con T, debe entregarle información que puede ser confidencial y, con ello, se hace vulnerable ante el daño que T puede causarle a sus intereses, si es que divulga la información de que ha tenido conocimiento. Como se expuso anteriormente, la forma de hacer frente a esta vulnerabilidad es mediante la incorporación explícita o implícita de deberes de conducta específicos requeridos por el deber de lealtad y orientados a la protección de los intereses de K. Particularmente, en este caso, la conducta requerida sería aquella que exige a T un deber de confidencialidad con K. El deber de confidencialidad requerido por el deber de lealtad es necesario para contrarrestar la vulnerabilidad de K frente a T.

Para la justificación de exigencia del deber de confidencialidad requerido por la lealtad, las partes no necesitan (en principio) más que la confianza jurídicamente garantizada. K confía en T y T es confiable para K. La exigencia inicial y permanencia del deber específico de lealtad se encuentra justificado desde la celebración del contrato, aunque entre las partes no exista una confianza personal, y aun cuando la motivación para la confianza se encuentra únicamente

en que K cree que T no querrá verse expuesto o enfrentado a una acción de responsabilidad civil por incumplimiento⁵⁹.

Supongamos que la relación contractual resulta exitosa, ambos cooperan activamente con el otro, K le entrega a T la información para que pueda confeccionar los productos, T por su parte le informa los estados de avance en el proceso de fabricación, etc. T además ha sido leal con K pues sólo ha utilizado la información confidencial que K le ha entregado con el único fin de llevar adelante el negocio, no la ha divulgado ni lo ha traicionado. Para ambos el contrato les reporta el beneficio esperado. Podría decirse entonces en términos generales que esa interacción los beneficia y se han alineado sus intereses recíprocos. T se ha vuelto confiable para K. Siendo ello efectivo y habiéndose alineado los intereses recíprocos de las partes⁶⁰ se ha generado entre ellos la confianza que el contrato de tipo relacional necesita para ser exitoso.

Supongamos ahora que, durante la fase de ejecución del contrato, K sospecha que T tiene intenciones de fabricar productos para Xalpen (X) que es competidor directo de K. Hasta ahora T no ha incumplido sus obligaciones contractuales, es más, ha cumplido como K espera lo haga. El contrato entre ambos sigue vigente y, por lo mismo, K debe continuar compartiendo información con T y cumpliendo.

Las sospechas de K se transforman en hechos: T ha comenzado a fabricar productos para X. Lo que a K le preocupa es que T revele a X información que para él es confidencial. Cree además que sus intereses con los de T pueden no estar alineados, pues tiene serias dudas que T quiera continuar con la ejecución del contrato. Si los intereses de T y K ya no se encuentran alineados, ha desaparecido la confianza que es necesaria para que el contrato sea exitoso. El contrato fracasa. Pero ¿Significa acaso que la justificación del deber de no competir de T hacia K ha desaparecido?

⁵⁹ Para Hardin, la motivación de la confianza jurídicamente garantizada es suficiente: «(...) muchas normas y convenciones sociales están respaldadas por sanciones, por lo general nos interesa acatarlas. De ahí que con frecuencia sea nuestro interés ser confiable, aunque a veces sería erróneo decir que se debe a que nuestros intereses encapsulan los intereses de alguien que confiará en nosotros. Si usted se conduce por restricciones institucionales o convenciones sociales, entonces tiene un fuerte incentivo que no depende de mí o de la relación que tenga conmigo. En tal caso tenemos intereses compatibles o congruentes sin que exista ningún interés por el otro»: R. Hardin, *Confianza y confiabilidad*, A. Pozas y F. Robolledo (trad.), Fondo de Cultura Económica, México D.F., 2010, p. 52.

⁶⁰ Este escenario de la confiabilidad, Hardin lo identifica como aquel que mezcla incentivos internos y externos: «Es posible, ser inducidos por normas que motiven e incluso sancionen la conducta. Es evidente que las normas pueden ser asumidas, de forma que simplemente actuamos a partir de ella sin necesidad de una sanción...»: R. Hardin, *Confianza y confiabilidad*, A. Pozas y F. Robolledo (trad.), Fondo de Cultura Económica, México D.F., 2010, p. 52.

La respuesta es no. T tiene respecto de K un deber de confidencialidad requerido por el deber de lealtad y que se justifica en la confianza jurídicamente garantizada y que es necesario para contrarrestar la vulnerabilidad de K hacia a T implicada en la confianza que el contrato requiere. Así, aunque los intereses de ambas partes no se encuentren alineados, K aún tiene razones para creer que T cumplirá con su deber de confidencialidad, aunque ahora contrate con K. Esto está dado porque K sabe que el ordenamiento jurídico le provee de las herramientas necesarias para ejercer una acción de responsabilidad civil si T no cumple. Siendo cierto además que para T no le resulta en estos momentos conveniente que sea interpuesta en su contra una acción de responsabilidad civil, porque además de afectarlo patrimonialmente, pondrá en riesgo el prestigio comercial que necesita si lo que quiere es ampliar su giro de negocio actualmente o a futuro.

En efecto, y de acuerdo con lo expuesto, el cumplimiento de deberes orientados a proteger o amparar de una manera especial el interés ajeno (deberes de lealtad) permite el acercamiento personal y promueven generar la confianza requerida por el contrato relacional, pero si la confianza personal desaparece los deberes contractuales y específicos de lealtad mantienen su justificación de exigencia y los contratantes aún cuentan con la garantía que el ordenamiento jurídico les provee para evitar que el otro incumpla, se aproveche y dañe sus intereses. Como se expuso, los deberes de lealtad no se justifican ni dependen de la existencia de confianza personal, sino a la inversa, su cumplimiento en el tiempo es la que permite generarla.

3. Conclusiones

1. La confianza requerida en los contratos relacionales implica para los contratantes verse expuestos a una dependencia y vulnerabilidad ante el otro. La dependencia viene dada porque el éxito o fracaso de una de las partes conduce al éxito o fracaso de la otra. La vulnerabilidad se manifiesta en el poder que el depositario de la confianza tiene de dañar al otro en sus intereses.
2. La herramienta que el derecho otorga a los contratantes para contrarrestar la dependencia y vulnerabilidad implicadas en la confianza que se requiere en los contratos relacionales, está dada por los deberes específicos de lealtad. Estos funcionan como garantía frente a la vulnerabilidad y dependencia implicada, pues permiten exigir a los contratantes una conducta en especial beneficio del interés del otro o en protección hacia el interés del ajeno y con ello hacer posible el cumplimiento de sus obligaciones y permitir así que el contrato funcione. En razón lo anterior son las implicancias de la confianza las que justifican la exigencia de deberes específicos de lealtad.

3. La confianza que permite explicar cómo partes extrañas y entre quienes en los hechos no existe necesariamente una relación de confianza, deciden racionalmente contratar, celebrar acuerdos, dotarlos de contenido y cumplirlos, viene dada por el propio ordenamiento jurídico como elemento exógeno que permite a los contratantes racionalmente soslayar la falta de confianza personal, y confiar en que el otro cumplirá, que no se aprovechará o que no lo traicionará. El ordenamiento jurídico a través de las normas, mecanismos de ejecución de deberes contractuales y acciones de responsabilidad civil, protege a las partes frente al riesgo inminente de la contratación. Los contratantes, una vez asegurados jurídicamente, pueden participar mutuamente mediante interacciones recíprocas que los benefician.
4. Tratándose de contratos relacionales, la confianza jurídicamente garantizada permite a los contratantes negociar, celebrar contratos y comenzar su ejecución. Iniciada la relación contractual y siendo exigibles deberes de deberes específicos de lealtad, su cumplimiento reiterado y permanente, promueve generar la confianza personal que en los hechos estos tipos de contratos requieren para ser exitosos.
5. Si la confianza personal que se ha generado desaparece, los deberes contractuales y específicos de lealtad mantienen su justificación de exigencia y los contratantes aún cuentan con la garantía que el ordenamiento jurídico les provee para evitar que el otro incumpla, se aproveche y dañe sus intereses. Los deberes de lealtad no se justifican ni dependen de la existencia de confianza personal, sino a la inversa, su cumplimiento en el tiempo es la que permite generarla.

Bibliografía

- A. Alessandri et al, *Tratado de las obligaciones*, Vol. I y II, 2º ed., Jurídica de Chile, Santiago, 2011.
- J. Álvarez, *Derecho de sociedades*, 2ºed., en J. Álvarez (coord.), Dykinson, España, 2016.
- A. Baier, *Trust. The Tanner Lectures on Human Values*, Princeton University March 6-8, 1991.
- M. Bernet, *El deber de lealtad de los directores y los contratos en conflicto de interés*, en *Revista chilena de derecho privado*, 2007, n. 8, p.107-153.
- M. Bustos, *Interpretación de contratos y la buena fe como criterio de interpretación e integración contractual*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2023.

- M. Bustos, *El deber de lealtad contractual. Justificación y aplicación*, Tesis Doctoral, Universidad de Girona, 2021.
- A. Caumont, *Doctrina general del contrato, proposiciones teóricas de innovación*, La Ley, Montevideo, 2014.
- V. Chuliá y A. Beltrán, *Aspectos jurídicos de los contratos atípicos*, II, Bosh, Barcelona, 1995.
- L. Claro, *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*, T. XI, Nascimento, Santiago, 1937.
- J. Coleman, *Riesgos y daños*, D. Papayannis (Trad.), Marcial Pons, Barcelona, 2010.
- M.A. Eisenberg, *Why there is no law of relational contracts*, in *Northwestern University Law Review*, 2000, Vol. 94, n. 3, p. 805- 822.
- I. De la Maza, *La buena fe, el reverso de la moneda. A propósito del dolo por omisión y el deber precontractual de informar*, en *Revista chilena de derecho privado*, 2008, n. 11, p. 43-72.
- M.A. Eisenberg, *Foundational Principles of Contract Law*, Oxford, OUP, 2018, Chapter 54, p. 733-738.
- F. Elorriaga y J. López, *Contratos parte general*, 6° ed., Thomson Reuters, Santiago, 2017.
- B. Feijoo, *imputación objetiva en el derecho penal*, Grijley, Lima, 2006.
- F. Fueyo, *Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones*, 3°ed., Jurídica de Chile, Santiago, 2015.
- F. Fueyo, *Algunos aspectos del negocio fiduciario*, en *Revista de derecho y jurisprudencia*, 2010, Vol. 1, p. 865- 884.
- R. Guerrero y M. Zegers, *Manual sobre derecho de sociedades*, Ediciones UC, Santiago, 2014.
- A. Gold, *The loyalties of fiduciary law*, in A. Gold y P. Miller (eds.), *Philosophical foundations of fiduciary law*, Oxford University Press, UK, 2014, p. 176- 196.
- A. Gold y P. Miller, *Contract, status, and fiduciary law*, Oxford University Press, UK, 2016.
- A. Gold y P. Miller, *Philosophical foundations of fiduciary law*, Oxford University Press, UK, 2014.
- R. Hardin, *Confianza y confiabilidad*, A. Pozas y F. Robolledo (trad.), Fondo de Cultura Económica, México D.F., 2010, p. 54 y 55.
- D. Kimel, *De la promesa al contrato. Hacia una teoría liberal del contrato*, M. Parga (trad.), Marcial Pons, Madrid, 2018.
- N. Luhmann, *Confianza*, A Flores (trad.), Anthopos, Barcelona, 2005.

- I. Macneil, *Relational contract theory: Challenges and queries*, in *Northwestern University Law Review*, 2000, Vol. 94, n.3, p. 877-908.
- I. Macneil, *The Many futures of contracts*, in *Southwestern California Law Review*, 1974, Vol. 47, p. 691-816.
- F. Messineo, *Doctrina general del contrato*, Santiago, Olejnik, 2018.
- D. Papayannis y E. Pereira, *Estudio introductorio y análisis crítico de la teoría contractual de Dori Kimel*, en D. KIMEL, *De la promesa al contrato. hacia una teoría liberal del contrato*, Marcial Pons, Madrid: Marcial, 2018, p. 13-50.
- D. Pardow, *La parábola del administrador infiel. Un estudio sobre los conflictos de interés y el deber de lealtad*, en A. Guzmán (ed.), *Estudios de Derecho Civil III*, Thomson Reuters, Santiago, 2007, p. 567-582.
- N. Pastor e I. Coca, *El delito de administración desleal. Claves para una interpretación del nuevo art. 252. del Código Penal*, Atelier, Barcelona. 2016.
- A. Puelma, *Contratación comercial moderna*, Jurídica de Chile, Santiago, 1992.
- J. Reyes, *El principio de confianza*, Editorial Metropolitana, Santiago, 2019.
- R. Sandoval, *Derecho comercial*, T. III, Vol. 1 y 2, Jurídica de Chile, Santiago, 2015.
- S. Shapiro, *Legalidad*, D. Papayannis y L. Ramírez (trad.), Marcial Pons, Madrid, 2014.
- R.E. Speidel, *The characteristics and challenges of relational contracts*, in *Northwestern University Law Review*, 2000, Vol. 93, n.3, p. 823-846.
- D. Stitchkin, *El mandato civil*, 5º ed., Jurídica de Chile, Santiago, 2008.
- C. Vázquez, *De la prueba científica a la prueba pericial*, Marcial Pons, Madrid, 2015.
- P. Véliz e Y. Bitrán, *Compliance ¿por qué? ¿para qué? Claves para su gestión*, 2º ed., Thomson Reuters, 2019.



El lenguaje claro y el alerta sobre los malos usos de la lengua en el ámbito jurídico

Plain Language and the Alert on Misuses of Speech in
Legal Practice

HELGA MARÍA LELL

Investigadora Adjunta

Conicet; Universidad Nacional de La Pampa

helgalell@conicet.gov.ar

ABSTRACT

Este trabajo sostiene que existe un problema respecto de la denominación “lenguaje claro” puesto que no se trata propiamente de lenguaje y que la claridad no es tal sino que es una pretensión. Se explica que, si bien el movimiento pone en el centro de la escena al receptor, esto no se concreta normalmente en la práctica. Por último, se señala por qué estas claves de redacción se aplican tanto al lenguaje técnico como al natural y se argumenta que no se deben legitimar los errores de comunicación al afirmar que son propios del ámbito jurídico y que pueden traducirse con claridad con otro nuevo texto. Así, el lenguaje claro debe reservarse específicamente para adaptar un mensaje a un público en particular, no para aceptar que se haga un mal uso de la lengua bajo el pretexto de que es una forma profesional de redacción.



DOI: 10.54103/milanlawreview/27707

MILAN LAW REVIEW, Vol. 5, No. 2, 2024
ISSN 2724 - 3273

Palabras clave: Lenguaje jurídico; Lenguaje claro; Actos de habla

This paper argues that there is a problem with the concept of plain language since it is not really language and there is only a pretension of at clarity. It is explained that, although the movement puts the receiver at the centre of the scene, this does not usually materialize in practice. Finally, it is pointed out why these drafting keys apply to both technical and natural language and it is argued that errors of communication should not be legitimized by claiming that they are specific to the legal field and that they can be translated more clearly to another new text. Thus, plain language should be reserved specifically for adapting a message to a particular audience, not for accepting misuse of language under the pretext that it is a professional form of drafting.

Keywords: Legal language; Plain Language; Speech acts

This paper has been subjected to double-blind peer review

El lenguaje claro y el alerta sobre los malos usos de la lengua en el ámbito jurídico

SUMARIO: 1. Introducción – 2. Estado de la cuestión – 3. El lenguaje claro. Definiciones y tensiones – 4. La opacidad de la denominación “lenguaje claro” – 4.1. Lenguaje y actos de habla – 4.2. El receptor contrafáctico – 4.3. Pretensión de claridad – 5. Lenguaje claro y lenguaje técnico – 6. Consideraciones finales

1. Introducción¹

¿Existe el lenguaje jurídico como un fenómeno distinto del lenguaje natural? Esta pregunta, aún al día de hoy, no se encuentra unánimemente respondida. A pesar de la multiplicidad de posturas, existe cierto consenso mayoritario respecto de que hay términos compartidos, otros propios de cada uno (como “auto”, “servidumbre”, “competencia” o “prenda”, presentes en ambos, pero con distinto significado) y otros propios y exclusivos del técnico jurídico (como “enfiteusis”, “anticresis” o “hipoteca”). Así, la existencia de la relación entre lenguaje natural y lenguaje jurídico no parece estar en el foco de la duda, aunque ciertamente los límites de ella y las soluciones posibles a problemas como la ambigüedad, la vaguedad, la carga emotiva o la textura abierta siguen siendo dudas recurrentes.²

Una de las cuestiones que más ha aparecido en el último tiempo y que se vincula con la pregunta inicial es la que concierne a cómo enunciar los mensajes jurídicos de manera que sean lo más cercanos posibles al lenguaje natural para ser comprensibles para cualquier persona. El interrogante sobre si es posible acercar los extremos aparece cuando se piensa en un derecho a comprender el Derecho³.

El movimiento del lenguaje claro, si bien no reniega del lenguaje técnico jurídico en sí, sí ha puesto en cuestión cómo se comunican las normas jurídicas a

¹ En virtud de que este trabajo ha sido pensado y redactado desde la lengua española, la bibliografía consultada ha sido, en general, en este idioma, al menos en aquellos casos en los que existe la respectiva traducción u original. Por ello, las referencias que se incluyen en el pie de página reflejan las obras consultadas. No obstante, en el listado bibliográfico final se podrán encontrar las referencias a los originales y traducciones al inglés e italiano, cuando estuvieren disponibles.

² D. Mendonca. *Las claves del derecho*. Gedisa, Barcelona, 2008, p.151; R. Guastini. *Estudios sobre la interpretación jurídica*. Porrúa, México, 2000, p. 5; J. Moreso y J. Vilajosana. *Introducción a la teoría del Derecho*. Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2004, p. 149.

³ M.V. Feito Torrez. *Plain Language as a Requisite for an Effective Access to Justice*. Astrea, Buenos Aires, 2020.

la ciudadanía. Así, se propone que el lenguaje técnico jurídico es exclusivo de los profesionales del Derecho, pero que el Derecho debería ser accesible para todos⁴. Por ello, la brecha entre lenguaje jurídico y lenguaje natural debería acortarse, aunque sea recurriendo a otros formatos y géneros discursivos complementarios. Más aún, la propuesta señala que, entonces, hay un lenguaje y estilo jurídico y hay otro que lo clarifica. Ello conduce a preguntar si los mensajes emitidos en el lenguaje clarificador revisten, entonces, también la categoría de jurídicos o si, por el contrario, solo son textos explicativos. Lo segundo, que parece ser lo lógico, lleva a otros inconvenientes: ¿entonces los ciudadanos no acceden a los textos jurídicos sino solo a textos no jurídicos que remiten a aquellos? ¿Son los textos explicativos siempre completos? ¿Puede medirse la comprensibilidad de un texto explicativo?

Aquí se sostiene que el lenguaje claro es una forma complementaria que tienen los operadores jurídicos para hacer comprensibles sus mensajes de cara a un receptor concreto y para que este pueda entender lo que se le comunica. Debido a la complejidad de los distintos tipos de normas, me centraré en las sentencias. No obstante, también interesa problematizar esta idea puesto que, al revisar algunos textos judiciales en los que se explica una sentencia, se puede ver que no existe, en la práctica, una correcta comprensión de qué es el lenguaje claro y que, por ello, muchas veces se asemeja más a la intención de dar un rostro amigable a la institución judicial que al hablar llano.

Respecto de lo dicho, la idea rectora de este trabajo es que muchas de las sugerencias que se realizan en términos de lenguaje claro son criterios de corrección de cualquier enunciado. Entonces, en ese sentido, el lenguaje claro puede ser una especie de traducción de un campo profesional a otro corriente, pero gran parte de las recomendaciones solo ponen en evidencia malas prácticas en la redacción de textos jurídicos, esto es, cuestiones no relacionadas con los fines específicos del Derecho. Desarrollaré esta idea más adelante, pero, ahora, a título ejemplificativo, mencionaré que hay palabras que los profesionales utilizan con fines de precisión (por ejemplo, “excepción”, “demanda”, “acción”, “contestación”, etc.), pero que muchas otras son solo muestras de ampulosidad (por ejemplo, los términos en latín, como *ut supra*).

Entonces, el lenguaje claro es útil cuando permite que la ciudadanía comprenda el Derecho sin tener que formarse específicamente en el campo, puesto que es la destinataria de las normas jurídicas. No obstante, hay que tener un alerta: una cuestión es hacer accesible el lenguaje profesional y otra muy distinta es legitimar que en ese lenguaje profesional se comunique de manera obtusa y errónea porque es traducible a un nuevo lenguaje. Redactar claro es distinto de redactar correctamente. Está bien explicar qué quiere decir “fideicomiso”; no está bien aceptar que se escriba en latín solo porque los abogados y abogadas lo entienden (algo que tampoco parece ser tan verdadero) y porque se puede elaborar

⁴ Ello encuentra fundamento en tratados internacionales, en particular, en las [100 Reglas de Brasilia](#) de 2018.

una carta explicando a los interesados lo que se quiere decir. La claridad de los enunciados es importante, pero ello no debe conducir a afirmar que hay formas propias de redacción del campo jurídico y que, por ser tales, son aceptables cuando son erróneas. Me dedicaré a explicar esto en el último apartado.

Aquí intentaré demostrar que el lenguaje jurídico claro, tal como se propone en la actualidad, presenta algunas problemáticas. Si bien la intención es loable y ciertamente produce un bien a la ciudadanía que debe enfrentarse con mensajes muchas veces altamente crípticos emitidos por operadores jurídicos, aún posee algunas deudas. En primer lugar, sostendré que existe un problema respecto de la denominación “lenguaje claro” puesto que no se trata propiamente de lenguaje (siempre que se acepten los postulados saussureanos) y, en segundo término, que la claridad no es tal sino que es una pretensión. En tercer lugar, explicaré que, si bien el movimiento pone en el centro de la escena al receptor, esto no se concreta normalmente en la práctica. El emisor suele tener una imagen del receptor y de sus capacidades de comprensión y a esa ficción mental es que adecúa los enunciados. En cuarto término, señalaré que al día de hoy las estrategias de claridad suelen redundar en claves generales, lo cual va en contra de la iniciativa del lenguaje claro que propone una adecuación a un receptor en particular. Por último, expondré por qué estas claves de redacción se aplican tanto al lenguaje técnico como al natural y que, por lo tanto, no se deben legitimar los errores de comunicación al afirmar que son propios del ámbito jurídico (donde no serían incorrectos) y que pueden traducirse con claridad con otro nuevo texto. Así, el lenguaje claro debe reservarse específicamente para adaptar un mensaje a un público en particular, no para aceptar que se haga un mal uso de la lengua bajo el pretexto de que es una forma profesional de redacción.

2. Estado de la cuestión

La relación entre el Derecho y el lenguaje ha sido un tópico de constantes y recurrentes abordajes en el área jurídica, en la Lingüística y en la Filosofía. Las preguntas al respecto son variadas, desde si el Derecho es lenguaje y en ese caso, qué más es, hasta en qué medida los usos de este influyen en el objeto, pasando por muchos interrogantes gnoseológicos y también de índole práctica. Al respecto, en este apartado interesa mostrar algunas discusiones sobre la naturaleza lingüística del Derecho, con la enorme y variopinta cantidad de posiciones que ello implica.

Para mostrar brevemente un estado de la cuestión, podemos mencionar, desde el ámbito de la Lingüística aplicada al Derecho, a Galuskina, quien señala que existe un lenguaje jurídico, distinto del natural, que las normas jurídicas deben ser interpretadas y que el derecho es comunicación⁵. De manera semejante, Cornu resalta que la Lingüística jurídica es el estudio del sentido y la forma de las

⁵ K. Galuskina. *Jurilinguistique: du langage spécialisé vers la linguistique de spécialité en Romanica Cracoviensia*. Vol. 11, 2012, pp. 146-153.

palabras en las que se realiza el Derecho. Entre las preocupaciones destaca la accesibilidad del Derecho y si ella requiere la comprensión por parte de todos los ciudadanos de los textos jurídicos, portadores de un vocabulario específico y técnico. En torno a ello, Cornu plantea la necesidad de determinar el vocabulario jurídico, de distinguir el lenguaje natural del jurídico, de circunscribir expresiones, de evitar la polisemia y de analizar los sentidos que puedan ser atribuidos a los conceptos jurídicos indeterminados. Asimismo, define al discurso jurídico como la puesta en juego de la lengua por el habla al servicio del Derecho, y como un acto lingüístico y un acto jurídico al mismo tiempo.⁶

Olivecrona sostiene que el lenguaje jurídico es una parte del lenguaje corriente y, en cuanto a los hechos, apunta la necesidad de que estos se adapten a los conceptos de deber y al de derecho y no viceversa, dado que resalta el carácter realizativo de los enunciados jurídicos⁷.

Wróblewski distingue el discurso en el que se formulan las leyes de aquel en el que se habla de las leyes. El primero es el lenguaje legal. El segundo, el lenguaje del Derecho, es un meta-lenguaje e incluye tres subtipos: el lenguaje jurídico jurisprudencial, el lenguaje jurídico científico y el lenguaje jurídico común. Asimismo, resulta una preocupación de este jurista la pregunta por la relación con el lenguaje natural⁸.

Carrió ha sido uno de los principales juristas argentinos en preocuparse por la relación entre el lenguaje y el Derecho a partir de la exposición de que el lenguaje con el que se formula el fenómeno jurídico es el natural y ello acarrea inconvenientes. Esta posición ha sido fuertemente criticada por Soler⁹, partidario de la tecnificación máxima de los términos legales, lo cual dio lugar a las respectivas réplicas del jusfilósofo observado¹⁰.

Vernengo¹¹ afirma la relación entre Derecho y lenguaje aunque no cree que pueda sostenerse que el primero consiste en el segundo. Asimismo, se ha abocado

⁶ Ver G. Cornu. *Linguistique juridique*. 3° ed. Montchrestien, Paris, 2005.

⁷ Ver K. Olivecrona. *Lenguaje jurídico y realidad*. Distribuciones Fontamara, México, 2010.

⁸ Ver J. Wróblewski. *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*. A. Azurza (trad.). Civitas, Madrid, 1985/1988, J. Wróblewski. *Los lenguajes del discurso jurídico*. En *Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas. Sobre el Derecho como discurso*, 1989, pp. 357-380.

⁹ Las críticas de Soler a Carrió y su posición respecto del lenguaje del Derecho constan en S. Soler. *Las palabras de la ley*. Praxis Jurídica, Veracruz, 1974.

¹⁰ La obra que concentra los distintos desarrollos es G. Carrió, *Notas sobre Derecho y lenguaje*. En ella se encuentran, en sus sucesivas ediciones, diferentes perspectivas acerca de la relación entre el Derecho y el lenguaje. No obstante, también se han publicado trabajos independientes que son parte de esta obra. Ver G. Carrió. *Algunas palabras sobre las palabras de la ley*. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1971, G. Carrió. *Notas sobre Derecho y lenguaje*. 4° ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1990. G. Carrió. *Sobre los límites del lenguaje normativo*. Astrea, Buenos Aires, 2008.

¹¹ Ver R. Vernengo. *El lenguaje del derecho y el discurso normativo*. En *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*. Asociación Argentina de Filosofía del Derecho, Buenos Aires, 1994, R.

a los diferentes problemas lingüísticos propios de la interpretación literal de la ley y también ha criticado fuertemente la definición de lo jurídico como discurso.

Al referirse a la actividad interpretativa del quehacer judicial, Zambrano señala que la inevitable creatividad que caracteriza dicha tarea se sitúa en un campo acotado entre un margen inferior, dado por las reglas de la lingüística, y un margen superior, establecido por principios morales objetivamente reconocibles como tales. La primera —y que interesa aquí— ocurre porque el Derecho no puede regular en forma general si carece de la potencialidad para ser leído en forma sustancialmente igual por el público general al que se propone obligar. Asimismo, explicita como complejidad que las normas jurídicas son el resultado de actos de habla de órganos colegiados, institucionales y textuales y, por ello, su interpretación requiere la dilucidación de las intenciones de los autores, de las “autoridades de las autoridades” y de un conjunto de actores relevantes en contextos no inmediatos al de enunciación¹².

Del Carril ha trabajado en el establecimiento de pautas racionales para lograr cierta uniformidad en los métodos de asignación de un sentido válido a las palabras que utilizan los jueces. Para ello, realiza una presentación de los problemas lingüísticos con los que se enfrentan los juristas y, en particular, los intérpretes de los enunciados jurídicos¹³.

Una investigación que constituye una referencia obligada es la de Pardo que se enfoca en el análisis de sentencias judiciales. En su trabajo presenta a los textos jurídicos a partir de diferentes clasificaciones y analiza los distintos elementos que confluyen a su composición discursiva¹⁴.

Álvarez y su equipo se concentran en el análisis del discurso jurídico y en las técnicas de expresión oral y escrita en las distintas incumbencias profesionales de los abogados. Esta lingüista considera que la referencia al discurso jurídico

Vernengo. *La interpretación literal de la ley*. 2º ed. Ampliada. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1994

¹² Ver P. Zambrano. *El Derecho como práctica y como discurso. La perspectiva de la persona como garantía de objetividad y razonabilidad en la interpretación*. En *Dikaion*. Año 23. N° 18, 2009, pp. 109-133, P. Zambrano. *La inevitable creatividad en la interpretación jurídica. Una aproximación iusfilosófica a la tesis de la discrecionalidad*. Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2009

¹³ Ver E. Del Carril. *El lenguaje de los jueces. Criterios para la delimitación de significados lingüísticos en el razonamiento judicial*. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2007.

¹⁴ Ver M. L. Pardo. *Derecho y Lingüística. Cómo se juzga con palabras*. 2º edición corregida y aumentada. Nueva Visión, Buenos Aires, 1992, M. L. Pardo. *Justicia y derechos humanos: el discurso de las sentencias dictadas en causas de protección contra la violencia doméstica por juzgados de familia*. H. Lell (ed.). *Derecho y Lenguaje. Abordajes epistemológicos de una relación compleja*. Marcial Pons; Conicet, Buenos Aires, 2018, pp. 31-42.

conlleva la distinción entre 1) el discurso normativo; 2) el discurso parlamentario; y 3) el discurso forense o judicial¹⁵.

Otros ejemplos de manifestación del interés por la concurrencia interdisciplinaria entre el Derecho y la Lingüística en el ámbito académico argentino, con un mayor acento en la segunda, lo constituyen los trabajos de Narvaja de Arnoux¹⁶ y los de Vasilachis de Gialdino¹⁷. Por su parte, Cuccato lleva a cabo el análisis del discurso jurídico judicial con enfoque en determinadas expresiones y en la pragmática de ciertos actos jurídicos¹⁸; entre muchos otros juristas y lingüistas.

En las últimas décadas, a nivel mundial, el movimiento del lenguaje claro ha fijado su preocupación por la comunicación clara de los mensajes jurídicos. El ámbito argentino no ha sido ajeno a ello. Muchos organismos judiciales han elaborado reglamentos, se destacan esfuerzos como el del Observatorio de Lenguaje Claro de la UBA (Argentina), la resolución recientemente publicada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina¹⁹, o los aportes teóricos de muchos autores, como Vitteta²⁰, González Zurro²¹, Laise²², Fucito²³, De Cucco

¹⁵ Ver G. Álvarez. *El análisis del discurso desde las distintas perspectivas lingüísticas*. Ponencia presentada en el VIII Congreso de la Sociedad Argentina de Lingüística. Mar del Plata. 20/09/2000, G. Álvarez. *La enseñanza del discurso jurídico escrito y oral en la carrera de abogacía*. En *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho*. Año 6, número 11, 2008, pp. 137-148, G. Álvarez. *La oralidad y su importancia en el Derecho*. Instituto de Estudios Políticos e Internacionales, Rosario, 2008.

¹⁶ Ver E. Narvaja de Arnoux. *Análisis del discurso. Modos de abordar materiales de archivo*. Santiago Arcos, Buenos Aires, 2006.

¹⁷ Ver I. Vasilachis de Gialdino. *Discurso científico, político, jurídico y de resistencia. Análisis lingüístico e investigación cualitativa*. Gedisa, Barcelona, 2013.

¹⁸ Ver M. Cuccato. *El lenguaje jurídico y su "desconexión" con el lector especialista. El caso de "a mayor abundamiento"*. En *Letras de Hoje*. Vol. 48, 2013, pp. 127-138, M. Cuccato. *La "conexión" en las sentencias penales de primera instancia. Una propuesta desde la Lingüística Cognitiva*. En *Boletín de Lingüística*. Vol. XXIV, 2012, pp. 54-77

¹⁹ Corte Suprema de Justicia de la Nación. Resolución N° 2171/2024. "Sugerencias para la elaboración de los lineamientos generales de sentencias claras (26 de agosto de 2024)

²⁰ Ver M. Vitetta. *El lenguaje claro en la doctrina jurídica: conveniencia de su aplicación en un supuesto de comunicación entre especialistas*. En *Revista Jurídica Austral*, Vol. N° 1, 2022, pp. 367-390, M. Vitetta. *El nuevo paradigma de la sentencia en lenguaje claro: comentario al fallo "E., P. V. y otro c. P., Á. y otro s/daños y perjuicios"*. *El Derecho*, Tomo 289

²¹ G. González Zurro. *Sentencias en lenguaje claro*. En *La Ley*. AR/DOC/2608/2018

²² L. Laise. *Claramente: ¿es posible conciliar el lenguaje inclusivo y el lenguaje claro?* En *El Derecho*. 2 de agosto de 2022, N° 15.351

²³ M. Fucito. *Curso práctico de redacción para abogados. Recomendaciones para mejorar el estilo de los escritos jurídicos*. Eudeba, Buenos Aires, 2019

Alconada²⁴, o, incluso, el análisis hecho por Rosatti respecto de las sentencias del más alto tribunal argentino²⁵, entre otros.

3. El lenguaje claro. Definición y tensiones

El lenguaje claro es un estilo de redacción y de formato simple y eficiente que permite que los lectores (o, eventualmente, una audiencia, si se tratase de un discurso oral²⁶) puedan encontrar fácilmente la información que buscan y entender lo que se dice²⁷. Ello se fundamenta en el derecho a comprender²⁸. Se puede afirmar que un comunicado utiliza lenguaje claro si su redacción, su estructura y su diseño son lo suficientemente transparentes como para que los destinatarios puedan entender con cierta inmediatez la información que buscan²⁹. El receptor del mensaje tiene primacía en el esquema comunicativo, puesto que el emisor debe tener en cuenta sus preferencias y capacidades para elaborar el mensaje y escoger el canal³⁰. Ahora bien, esta definición, que parece ser ampliamente aceptada, deja irresuelta una cuestión no menor: esto es, si el lenguaje claro debería aplicarse necesariamente a la redacción de textos oficiales que promulgan las normas o si tiene que aplicarse a la redacción de textos que tienen el objetivo de dar a conocer el contenido de un texto oficial. En particular, en lo que a continuación interesa, a raíz de que haré referencia a sentencias, la pregunta es si estos documentos judiciales deberían ser completamente redactados en lenguaje claro o si solo se aplica a los casos en que se produce otro texto que comunique el contenido del acto resolutorio.

El fundamento por el cual recurrir al lenguaje claro es que este sería una forma de garantizar el acceso a la justicia y el derecho que tienen los ciudadanos a entender las normas generales y los actos judiciales³¹.

Como puede notarse, el lenguaje claro oscila en una permanente tensión entre el lenguaje técnico y los estilos y formatos que suelen usarse en ámbitos jurídicos y el lenguaje natural y los formatos más corrientes en distintos ámbitos

²⁴ C. De Cucco Alconada. *Manual de escritura de textos jurídicos en lenguaje claro*. Hammurabi, Buenos Aires, 2023

²⁵ H. Rosatti. *La palabra de la Corte Suprema. Cómo funciona, piensa y habla (y algunas ideas para debatir su futuro)*. Siglo XXI, Buenos Aires, 2022

²⁶ Generalmente, el lenguaje claro está pensado para su implementación en un discurso escrito, aunque, eventualmente, las directivas pueden también ser aplicadas a la oralidad.

²⁷ Cf. S. Scarfía. *Estrategias de Comprensión y Producción Oral y Escrita*. Universidad Nacional de Córdoba. Facultad de Ciencias Económicas. Tecnicatura en Gestión Universitaria, Córdoba, 2012.

²⁸ G. J. Arenas Arias. *Lenguaje claro (derecho a comprender el Derecho) = Plain Language (the right to understand the Law)*. En *Eunomía. Revista en cultura de la legalidad*. N° 15, 2019.

²⁹ International Plain Language Federation. [Plain Language Definitions](#) [Spanish].

³⁰ Plain Language International Association. [¿Qué es el lenguaje claro?](#)

³¹ Poder Judicial (Perú). *Manual Judicial del Lenguaje Claro y Accesible a los Ciudadanos*. Fondo Editorial del Poder Judicial, Lima, 2014.

de la sociedad. El lenguaje técnico jurídico es un tecnolecto³². El lenguaje natural, según los ámbitos, se compone de distintos idiolectos. No son contradictorios ni excluyentes, pero si el Derecho se vuelca a distintos ámbitos sociales, entonces, debería, según lo que el movimiento del lenguaje claro propone, poder ser accesible en ellos. Si quienes son sujetos obligados no pueden comprender el Derecho, entonces, el problema es grave. Por ello, pareciera ser necesaria una especie de traducción a los distintos idiolectos. Es en el marco de la adaptación de esos registros que cobra sentido pensar en la tensión entre la juridización del lenguaje natural o la naturalización del lenguaje jurídico. Si se concibe la pluralidad de formatos y de tipos de enunciados, podemos pensar en un texto muy técnico, redactado con los tecnicismos necesarios y otro texto simplificado. Ahora bien, respecto de la redacción del texto técnico, esto no habilita a utilizar expresiones rebuscadas o incorrectas en el idioma (por ejemplo, cuando se invierte terminología, se elaboran frases obtusas de manera innecesaria o se recurre a frases en latín). La simplificación, por su parte, tampoco habilita a reducir el contenido de manera tal que se desfigure el mensaje. Sin embargo, este es un riesgo de toda conversión a una comunicación más llana; resulta muy difícil reemplazar la precisión del lenguaje técnico y más aún de poner en términos poco complejos instituciones jurídicas que sí lo son (pensemos por ej. cuánto puede llevarnos explicar qué es una sentencia monitoria a una persona que ha suscripto un pagaré y que tiene un grado de escolaridad muy bajo).

4. La opacidad de la denominación “lenguaje claro”

La primera cuestión a dilucidar, a la hora de definir el lenguaje claro, es si esta denominación es efectivamente clara. Si bien ha trascendido esta expresión como forma de nombrar un movimiento, esta no es altamente representativa de la labor esperada. Para ello, en primer lugar, se puede mencionar que la referencia al “lenguaje” no es clara y, de hecho, incursiona en una amplia discusión lingüística. En segundo término, la adjetivación de “claro” tampoco es correcta. Estas dos cuestiones serán desarrolladas en los ítems que continúan.

4.1. Lenguaje y actos de habla

Si bien estamos acostumbrados a pensar en el lenguaje como un todo y también como un medio de expresión y de pensamiento, en el ámbito de la Lingüística, este ocupa un lugar muy específico. Saussure explicó que el lenguaje

³² Real Academia Española. *Libro de estilo de la Justicia*. RAE y CGPJ, Madrid, 2016. A esta caracterización se puede agregar la discusión sobre qué es un tecnolecto y en qué medida puede ser interpretado como un conjunto de ideolectos con circulación limitada, como una microlengua o una lengua de especialidad. Respecto de esta discusión, ver S. Cordero Monge. *Algunas consideraciones sobre el lenguaje común y el lenguaje técnico* En *Revista Káñina*, vol. XXXIII, 2009, pp. 75-80

(*langage*) no es equivalente a la lengua (*langue*) ni al habla (*parole*)³³. Por el contrario, es la facultad humana de articular en lenguas, que son su manifestación perdurable, y que puede evidenciarse en el habla, que es efímera, pero, en sí, el lenguaje es inasible.

Saussure señala que el lenguaje es multiforme, que involucra aspectos físicos (como las ondas del sonido), fisiológicos (como el proceso por el cual el organismo transforma vibraciones en una representación mental) y psíquicos (la representación mental). Pertenece además al dominio individual (en los actos de habla) y al dominio social (en la lengua).³⁴

En los términos antedichos, entonces, no podemos estudiar el lenguaje como un objeto que se presenta ante nosotros, sino que podemos abordar sus manifestaciones concretas que son la lengua y el habla (o actos de habla). Por lo tanto, desde esta perspectiva, no existe un lenguaje claro ni uno oscuro porque no podría evaluarse para caracterizarlo³⁵.

En cuanto a la articulación concreta del lenguaje, Saussure apunta a la lengua, que es un producto social, es abstracta y de formación pasiva en las mentes de los individuos. Es, en definitiva, un conjunto de convenciones sociales. La pasividad de la formación es explicada por el maestro ginebrino al decir que es la práctica del habla la que deja en las mentes de los individuos una especie de “tesoro” depositado por la práctica del habla. Aunque la lengua queda en cada individuo, no está completa en ninguno puesto que solo existe en la comunidad lingüística.³⁶

En contraste con la lengua, el habla es el ejercicio activo de esta. Es un acto voluntario, individual y creativo. Cuando alguien habla, emite signos lingüísticos, hace uso de la lengua y cuando alguien entiende lo que otro dice es porque puede hacerlo a la luz de compartir la lengua. A su vez, Coseriu, otro lingüista, distingue dos niveles dentro del habla: la acción verbal y el acto verbal. El primero es individual y concreto, lo cual hace que sea efímero: simplemente es alguien hablando. En cambio, el segundo es un acto individual, pero abstracto o formal. Es

³³ Esta distinción ha sido complejizada por otros lingüistas, de quienes ahora prescindiré en pos de mantener una línea argumental. Para ampliar sobre cómo ha continuado el legado de las ideas saussureanas en el ámbito de la Lingüística, ver E. Benveniste. *Ojeada al desenvolvimiento de la Lingüística*. En *Problemas de lingüística general I*. 23° ed. Siglo XXI, Buenos Aires, 2004; E. Benveniste. *Semiología de la lengua*. En *Problemas de lingüística general II*. 16° ed. Siglo XXI, Buenos Aires, 2002; J. Sazbón. *Saussure y los fundamentos de la lingüística*. Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1985, M. I. López Martínez y E. Hernández Sánchez. *Proyección diacrónica del Curso de Lingüística General*. En *Tonos Digital. Revista electrónica de estudios filológicos*. N°4 (noviembre). Universidad de Murcia, 2002; A. Vitale. *El estudio de los signos*. Pierce y Saussure, cit,

³⁴ F. de Saussure. *Curso de lingüística general*. Losada, Buenos Aires, 1945, p. 194

³⁵ Cabe aclarar que esto solo tiene sentido si se acepta la distinción saussureana entre lenguaje, lengua y habla.

³⁶ F. de Saussure. *Curso de lingüística general*, cit., p. 63.

la atribución de una significación a un medio lingüístico³⁷. En tal sentido, el acto verbal implica cierta objetivización que puede ser localizada y compatible. Es cualquier signo lingüístico o conjunto de ellos que persiste. A continuación, al hacer referencia al “acto de habla” o al “habla”, me referiré al acto verbal tal como fuera descripto por Coseriu.

Si entendemos que el lenguaje claro apunta a la capacidad de enunciar mensajes lingüísticos con contenido jurídico y que estos puedan ser fácil y correctamente interpretados, entonces, podemos definirlo como el ejercicio de una lengua particular a través de actos de habla.

4.2. El receptor contrafáctico

La lengua, como se ha dicho, es abstracta y, en mayor o menor medida, es un conjunto de signos que se usan en la sociedad y que permite que los sujetos se comuniquen entre sí. En principio, se supone que la lengua es clara para cualquier miembro de la comunidad lingüística. Por ejemplo, un mensaje redactado en español debería ser comprensible para cualquier usuario de esta lengua. No obstante, este planteo, aunque atractivo en la teoría, es poco útil para describir la realidad, ya que la claridad, en el sentido en que el movimiento del lenguaje llano propone, no puede evaluarse en la estructura social, sino solo en los actos de habla y en su efectiva comprensión. Para decirlo de otra manera, el acervo de la lengua del que cada individuo participa puede no ser tan igual en todos los casos. Ejemplos de ello son las diferencias en la comprensión de vocabulario que puede tener un profesional del Derecho frente a un lego, lo que puede entender un menor respecto de lo que puede entender un adulto instruido, lo que puede entender un hablante nativo de lo que puede entender un hablante no nativo, entre otros casos.

De acuerdo con lo expuesto, entonces, el esquema comunicativo es relevante. El esquema básico contempla un emisor, un receptor, un mensaje, un canal y un código³⁸. Si la misión del lenguaje claro es que el receptor efectivamente comprenda el mensaje y que encuentre fácilmente la información que busca, entonces, este extremo constituye la figura central. El emisor debe elegir la formulación del mensaje más clara conforme a quien recibe el mensaje y no los más claros conforme a la lengua en abstracto ni los más específicos.

En tal sentido, a la hora de pensar en el lenguaje claro, nos situamos especialmente en el ámbito del habla con la expectativa de que el conjunto de conocimientos que el interlocutor tiene en su mente sean suficientes para entenderlo de manera adecuada. Aquí comienza un nuevo problema.

Tal como se mencionó en apartados anteriores, el lenguaje claro apunta a que, a la hora de formular el mensaje con contenido jurídico, se tenga en cuenta

³⁷ E. Coseriu. *Sistema, norma y habla*. En *Teoría del Lenguaje y Lingüística General*. Cinco estudios. 2° ed. Gredos, Madrid, 1962/1969

³⁸ Ver este esquema y la complejización en C. Kerbrat-Oreccioni. *La enunciación. De la subjetividad en el lenguaje*. G. Anfora y E. Gregores (trad.). 2° ed. Edicial, Buenos Aires, 1993.

quién es la persona que leerá los enunciados. No obstante, en la definición más aceptada y en otras que parecen gozar de bastante consenso (que fueron apuntadas anteriormente), de manera coincidente no distinguen a qué tipo de mensajes jurídicos se aplica esta obligación. De esta manera, aparece un problema en torno a que no es lo mismo el enunciado de una norma general que el de una norma particular. Tampoco se establece si es la norma (supongamos, una norma individual) en sí misma la que debe ser clara o si puede ser complementada con un texto de divulgación. Lo anterior conlleva otra pregunta: el texto que explica el contenido de una norma, ¿tiene carácter descriptivo o prescriptivo? La respuesta pareciera intuitiva, pero, si hubiera una contradicción, ¿qué prevalece?

Para retomar la cuestión sobre la adaptación del mensaje al receptor, se tornan relevantes algunos aspectos sobre este, como qué nivel de formación tiene, cuál es su lengua nativa, cuál su edad, qué habilidades de lecto-comprensión posee, cuáles son los contextos en los que se desenvuelve, qué nivel léxico maneja, qué profesión ejerce, en qué lugar vive y ha vivido, etc. Si nos detenemos a observar algunos manuales y protocolos para la implementación del lenguaje llano en organismos públicos y principalmente en el Poder Judicial (que es el órgano cuyas sentencias y comunicaciones interesan aquí), veremos que se piensa en un receptor abstracto, esto es, contrafáctico. Encontraremos muchos consejos como “incluya solo una idea por oración”, “no escriba oraciones largas”, “redacte con la voz activa”, “use márgenes anchos y espacios generosos”, “utilice viñetas para ejemplificar una serie de elementos”, entre otros. Es probable que una oración breve y con una única idea sea más clara para todos los receptores, pero que un mensaje sea o no efectivamente claro no dependerá de que sigamos al pie de la letra un catálogo de consejos ni de cómo nos imaginemos que es nuestro lector. Cuando se formula un mensaje, se tiene en mente un receptor contrafáctico, construido mentalmente a partir de ciertas evidencias. Tener en cuenta a este receptor que habita en nuestras mentes puede ayudar mucho a construir mensajes más claros, pero la claridad es, al fin y al cabo, una cuestión fáctica.

Dicho de otra forma, el lenguaje claro no puede prescindir del receptor, pero cuando las técnicas de elaboración se concentran en la imagen que el emisor tiene de este, la claridad es tan contrafáctica como aquel destinatario que se tiene en mente. El acto de habla no es claro porque el emisor crea que lo es, sino porque el receptor lo afirma. Aún más, debería evaluarse intersubjetivamente si quien recibe ha entendido adecuadamente lo que el emisor intentó decir. En otros términos, un texto comprensible en abstracto no siempre es comprendido en concreto. El emisor debe poder elaborar el mensaje conforme a las capacidades del receptor, pero puede ocurrir que el emisor desconozca la información y las aptitudes de que dispone el receptor o puede que el receptor no tenga las condiciones óptimas o la información suficiente para desentrañar correctamente el mensaje.

4.3. Pretensión de claridad

Cuando hablamos de “lenguaje claro” se adjetiva a este de una manera asertiva, esto es, se implica que los mensajes son entendibles o fácilmente interpretables de una manera correcta. En contraste, no significa que el lenguaje quiso ser claro o que pudo ser claro. Si nos posicionamos desde el punto de vista de quien emite, es decir, de quien formula el mensaje con esfuerzo por hacerlo entendible para un receptor determinado, y no desde la perspectiva de quien lo recibe, entonces es indiferente que el texto se entienda o no. Por ende, no importa que el lenguaje sea claro, sino que, en realidad, estamos ante un lenguaje que pretende ser claro.

Si se observan los manuales, protocolos y recomendaciones de lenguaje claro, estos suelen incluir un conjunto de reglas generales sobre cómo construir un mensaje, reglas sintácticas y sugerencias de formatos, pero no suelen estar enfocados en la diversidad de receptores. Estos se concentran en el plano de la lengua, de lo general y abstracto. Además, cuando se incluyen misivas en el marco de sentencias para explicar a los destinatarios el contenido de dichos actos, no se explica por qué la selección de estrategias comunicativas. ¿Qué se tuvo en cuenta de cada receptor? Tampoco se pueden encontrar trabajos o publicaciones de los propios órganos judiciales que señalen la efectividad de dichos mensajes. ¿Fueron efectivamente comprendidos? ¿Se testeó si la elaboración fue, finalmente, clara o solo hubo conformidad respecto de que el enunciado fue claro a la luz de los criterios y buena voluntad del emisor?

A modo de síntesis, entonces, el lenguaje no es lenguaje, sino habla o actos de habla o actos verbales y lo claro no es claro, sino pretendidamente claro. El receptor no es relevante sino la imagen del receptor que tiene el emisor, es decir, qué cree este que es más comprensible y qué busca dicho lector en los mensajes. Entonces, por “lenguaje claro” debe entenderse “actos de habla con pretensión de claridad/comprensibilidad conforme a las condiciones supuestas del/de la destinatario/a directo/a del mensaje”.

5. Lenguaje claro y lenguaje técnico

Cuando se habla del lenguaje claro como un deber a cargo de los operadores jurídicos se hace referencia a que el lenguaje técnico jurídico debe ser traducido al lenguaje cotidiano, esto es, el que hablan y entienden los no expertos en la disciplina. El lenguaje técnico y los ritualismos y formalismos jurídicos (por ejemplo, la estructura de una sentencia) no son reemplazados. Lenguaje técnico y lenguaje claro conviven. Esto es interesante para destacar porque el lenguaje jurídico cuenta con expresiones técnicas que ayudan a su precisión y, por lo tanto, el ejercicio de los derechos y el reclamo judicial o administrativo al suscitarse un conflicto requiere que se pueda manejar este código específico. La precisión del lenguaje jurídico también ayuda a que pueda concretarse el acceso a la justicia. Entonces, es importante que un abogado pueda bregar por los derechos de sus clientes a la par de que estos puedan entender qué está sucediendo sin depender exclusivamente del profesional contratado.

Afirma Lauría que el propósito de un texto legal es constituir las normas jurídicas y no explicarlas³⁹. Las objeciones que surgen de esta apreciación podrían soslayarse a partir de la convivencia de formatos, aunque también hay que reconocer que el receptor de los mensajes claros, si bien habrá podido entender los enunciados, es posible que haya recibido una versión más incompleta y, peor aún, que solo tenga a disposición en forma clara aquella información que el emisor cree que es la que busca. Ahora bien, si se sostiene que el lenguaje claro debe ayudar a que el receptor cuente con la mayor información posible para tomar decisiones que afecten su futuro en términos jurídicos (por ejemplo, para tomar la decisión sobre si recurrir o no una sentencia) es necesario establecer al menos qué contenidos deben ser explicados como partes esenciales. No obstante, en muchos casos esto no ocurre de manera acabada y la finalidad del lenguaje claro se confunde con la de dar una cara amigable a la institución judicial.

Veamos un ejemplo⁴⁰:

RI., P., deseo explicarte lo que deberás hacer de ahora en adelante para que las cosas marchen mucho mejor en tu vida (...) Por supuesto que comprendo que tanto antes como después de este lamentable episodio, no habías hecho nada malo y tampoco lo volviste a hacer, sin dudas es muy valorable que hayas encaminado tu vida y estés estudiando y trabajando y ojalá sigas así por el resto de tu vida porque considero que todos debemos tener una segunda oportunidad (...) Ya sabés que debés preparar módulos alimentarios para las personas infectadas con Covid-19 o coronavirus y también me pareció importante que puedas prestar colaboración en el Hospital Malbrán (...) Creo que es muy importante que en momentos tan difíciles (...) también vos como joven puedas ayudar, no solo para cumplir con esta obligación, sino y por sobre todo, para que sepas y tomes conciencia que ayudar a otros es una forma de mejorar al mundo; no volviendo a caer o cometer errores. (...) te deseo éxitos y pongo toda mi confianza en vos. Estaremos desde este juzgado observando lo que harás y expectantes de que cumplas con todo.

Este fragmento es una misiva que, en teoría, explica el contenido de la sentencia. Previo a ello, en ningún momento se incluye información respecto de si se ha consultado con RI.,P. cuál es la información que desea conocer (recordemos que la definición de lenguaje claro señala que el receptor debe poder encontrar

³⁹ D. Lauría. *Sobre el Programa "Justicia en Lenguaje Claro" del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación (Argentina)*. En *Entremeios: Revista de Estudios do Discurso*. Vol. 18, 2019, p. 57.

⁴⁰ No incluiré aquí la referencia a los textos que cito como ejemplo puesto que lo relevante es mostrar el caso de los inconvenientes y creo que es posible prescindir de identificar a los autores.

fácilmente la información que busca), no se le comenta qué ha acontecido en la causa, qué vías recursivas tiene, etc. ¿Por qué habría de importarle al receptor más la convicción del juez respecto de hacer el bien o su confianza en él que otra información sobre cómo se llegó a esa decisión? ¿Debe entender que debe hacer trabajos comunitarios como forma de mejorar el mundo o como condición para la suspensión del juicio?

Ahora bien, el lenguaje claro tiene también la misión de aclarar algunos términos. Veamos:

Con esta información, podés hablar con tu abogada, y si no estás de acuerdo con la sentencia, podés cuestionarla. Es lo que comúnmente se conoce como “apelar la sentencia”. De esa forma, otros jueces podrán revisar lo que yo decidí para comprobar si fue correcto o no. Es un derecho que vos tenés (que se llama “derecho al recurso”). No es obligatorio usarlo. Pero es importante que sepas que podés hacerlo y que podés pedir el consejo de tu abogada para decir qué pasos quieren seguir.

En el párrafo antedicho podemos ver cómo en una misiva dirigida a un condenado se explica la posibilidad de recurrir. A veces, sobre todo cuando median audiencias o intercambios con partes en juicios, puede resultar un poco más fácil intentar ser claros (solo el intento, recordemos que la claridad es una cuestión fáctica y posterior). No obstante, parece difícil concebir cómo se puede aclarar con precisión y concisión términos complejos a cualquier persona. ¿Podría explicársele a un niño de dos años cada una de las cláusulas de un contrato de fideicomiso (y también por qué algunas cláusulas no pueden ser o no es conveniente que sean incluidas o por qué son declaradas nulas)?

Si observamos distintos manuales, recomendaciones y protocolos de implementación del lenguaje claro⁴¹, podremos ver que estos apuntan a dos

⁴¹ Poder Judicial de Formosa [Argentina]. [Anexo I Acta n° 3058](#). *Guía de lenguaje claro en el Poder Judicial de Formosa*; Poder Judicial (Perú). *Manual Judicial del Lenguaje Claro y Accesible a los Ciudadanos*. Fondo Editorial del Poder Judicial, Lima, 2014; Juzgado Penal, Contravencional y de Faltas N° 10 [Argentina]. [Guía de Lenguaje Claro y Estilo](#); Ministerio de Justicia [España]. *Informe de la Comisión de modernización del lenguaje jurídico*. Gobierno de España, Madrid, 2011; G. Candarle. *Glosario jurídico en lenguaje claro*. Editorial Jusbaire, Buenos Aires, 2018; Comisión Lenguaje Claro del Poder Judicial [Chile]. *Glosario de Términos Jurídicos*. Poder Judicial de la República de Chile, Santiago de Chile, 2018, International Federation of Library Associations and Institutions. [Directrices para Materiales de Lectura Fácil](#). Versión en español por Creacesible, 2012, International Plain Language Federation. [Plain Language Definitions](#) [Spanish]. Secretaría de la Función Pública [México]. [Lenguaje Ciudadano. Un manual para quien escribe en la Administración Pública Federal](#), Columbia Law School, Writing Center. [Writing in Plain English](#). , SAIJ [Argentina]. *Manual SAIJ de lenguaje claro. Pautas para redactar información jurídica sencilla*. Dirección Nacional del Sistema Argentino de Información Jurídica.

cuestiones: a una redacción correcta, que no debería ser distinta en el lenguaje natural que en el técnico jurídico; y al uso de terminología adecuada dentro del idioma, adecuación que es difícil de determinar de manera apriorística y abstracta.

En cuanto a la redacción, a su vez, podemos encontrar dos grandes grupos de estrategias: por un lado, aquellas que enfatizan en la gramática, la sintaxis y la cohesión, es decir, básicamente, que enseñan las normas del español formal, y, por el otro, aquellas que recomiendan ciertas estructuras y usos “más amigables” para los lectores (por ejemplo, por usar la primera persona del singular o del plural, por usar la voz activa, por recurrir a viñetas, etc.).

El primer grupo de recomendaciones de redacción podría aportar claridad por cuanto un mensaje correctamente redactado debe ser, desde el sentido común, más claro que uno que contenga múltiples errores o que posea una sintaxis enmarañada. No obstante, como he mencionado, la estructura del español es igual para el lenguaje jurídico y el natural, por lo que, aquí no parece realmente hacerse referencia a una especificidad del lenguaje claro. Es decir, no parece agregarse nada a la tensión existente y no parece acortarse la brecha entre los dos extremos. Más bien, ante la detección de formas usualmente malas de redacción, se señala que son propias del ámbito técnico jurídico, que allí podrían ser válidas, pero que, cuando se comunican a la ciudadanía hay que escribirlas de otra manera para que sean claras.

Las reglas del español son tan válidas para el lenguaje técnico como para el natural. El primero puede tener formatos y vocabulario específico, pero la sintaxis y la gramática no cambian. Me detendré aquí en algunos ejemplos tomados de sentencias:

Es más, es de inteligir, que a tenor de lo edictado por el art. 728, en breve plazo, la doctrina pretoriana se ocupara de hacerlas resucitar por su verdadera denominación. (El resaltado me pertenece)

También aditó, como vimos, que uno de los integrantes de ese colegiado, el ex juez O.A., le pidió perdón a J.A. por haber recibido dinero para condenarlo. (El resaltado me pertenece)

Colofonando el comentario del precepto legal citado, nos hubiera agradado más, la utilización de una fórmula genérica y no la casuística a que han echado mano sus autores, seguramente, con el mejor de los propósitos. (El resaltado me pertenece)

Se declare temporáneamente interpuesta la oposición formulada por la defensa del acusado Cruz (art. 386 del CPP), y, en su caso, lo resuelva (art.387 del CPP). (El resaltado me pertenece)

En los cuatro ejemplos traídos a colación he subrayado términos inventados, que suenan bien, ampulosos y profesionales (si es que la ampulosidad

brinda profesionalidad), pero no integran la lengua ni profesional ni natural. La invención de términos que no tienen una función técnica no aporta nada a la lengua ni profesional ni de ninguna clase. Por ende, la estrategia de no cometer este error más que clarificadora es correctiva.

El segundo grupo de estrategias de redacción clara, o sea, las que proponen estructuras amigables, puede ser muy útil, aunque hay que tener en cuenta que, como afirma Lauría, hay que explicitar una idea subyacente que no está demostrada y que no necesariamente funcionaría de la misma manera para todos los casos. Esta es que "...las estructuras o elementos breves, comunes y directos son más fáciles de comprender que los extensos, inusuales e indirectos. De ahí que se recomienda emplear patrones léxicos, oracionales, discursivos, estilísticos y retóricos estandarizados"⁴². Es decir, una vez más nos situamos en el plano de la pretensión de claridad, pero, al menos de manera apriorística, no está probado que esta recomendación efectivamente funcione o que, aun cuando funcione, sea efectivamente más clara que la redacción de otra forma.

Veamos dos ejemplos de lo antedicho:

Se puede apreciar de dicha pieza acusatoria, disponible en el sistema informático Lex 100 que, con las pruebas de cargo acumuladas, para el fiscal actuante se pudo corroborar, con el grado requerido para esa etapa procesal, que cada dicho vertido en el testimonio de A. había sido producto de una fabulación o de un invento, razón por la cual se encontraba demostrado prima facie el delito de falso testimonio, agravado -a su vez-, toda vez que A. afirmó falsedades en una declaración testimonial ante autoridad competente vertida en una causa criminal, con el conocimiento de que eran mendaces.

Resulta opinado en el punto, referido acerca de si puede ejercitar esta acción un acreedor que no fuera titular de un crédito en situación de exigibilidad.

Aquí podemos encontrar dos ejemplos. Uno es largo, obtuso y confuso. El otro es breve, pero tampoco es claro. Cabe agregar, además, que no son llanos en general, ni siquiera se está planteando si lo son para un niño de 5 años o para un adulto de escolaridad incompleta. Simplemente, la forma en la que se han elaborado posee muchos problemas más allá de la extensión.

Ahora bien, veamos el siguiente ejemplo:

No me es dado soslayar que la consecuencia forzosa que se impone a partir de la solución consagrada conlleva que la causa sea devuelta a sede de

⁴² D. Lauría. *Sobre el Programa "Justicia en Lenguaje Claro"*, cit., p. 55.

investigación penal preparatoria para que las deficiencias advertidas sean saneadas.

Como puede verse, a veces las recomendaciones de redacción amigable pueden corregir párrafos como el anterior. Ahora bien, la estructura de la oración señalada no es tampoco propia del ámbito técnico jurídico. Es una redacción ampulosa que no es adecuada en el lenguaje natural como tampoco lo es en una sentencia. “No me es dado soslayar” no es una estructura directa, no es usual y ciertamente ralentiza el enunciado, “solución consagrada”, “deficiencias advertidas”, un cúmulo de remisiones que distraen al lector tanto profesional como lego. Entonces, el lenguaje claro, en estos casos, no aporta como traducción a la ciudadanía para que acceda a la justicia o que comprenda el Derecho, es una forma de pedirle a los operadores jurídicos que redacten como lo harían cotidianamente, usen o no tecnicismos. Además, en estos casos, se redacte un texto complementario explicativo, o se notifique la sentencia, no agrega claridad puesto que es la redacción misma la que encierra los problemas.

En cuanto a la cuestión terminológica, por su parte, las sugerencias suelen hacer hincapié en dos factores: la erradicación de términos anacrónicos (como, por ejemplo, las clásicas expresiones en latín) y su reemplazo por terminología actual o en uso, por un lado; y la explicación de términos técnicos (por ejemplo, explicar qué quiere decir “excepción preliminar”), por el otro.

Las estrategias de erradicación de anacronismos se plantean como útiles, aunque habrá que determinar en cada caso si se trata de un término anacrónico o no. El caso mencionado en el ejemplo, las frases en latín, son fácilmente detectables como anacrónicas puesto que ya no se trata de una lengua viva o en uso en ningún espacio geográfico. Aunque algunos juristas sepan lo que significan ciertos adagios y expresiones en latín, no por ello se transforman en usuarios de la lengua. Dicho de otra manera, no se trata de hacer más claro el discurso, se trata de no incluir términos que ya no componen la lengua o que, de hecho, nunca la integraron. Entonces, la inclusión de términos anacrónicos nunca fue una propiedad del lenguaje jurídico. Siempre fue un mal estilo. Entonces, la erradicación, antes que una propiedad clarificadora, es una corrección del mal estilo.

Veamos algunos ejemplos de términos en latín:

Desde mi punto de vista el recurso extraordinario no ha logrado demostrar el agravio que alega, en tanto no ha rebatido los argumentos del *a quo* referidos a la razonabilidad del plazo de duración del proceso.

Es decir, solamente procederá la nulidad del fallo por aplicación del principio *iura novit curia*, salvo notoria indefensión.

Los abogados y las abogadas conocen en la práctica lo que significan estas expresiones que no integran la lengua española, pero eso no las torna propias de

la lengua. Además, tampoco se comprende la necesidad de utilizarlas puesto que para referir a los fenómenos respectivos la lengua tiene términos, por ejemplo: “el juez que dictó la sentencia recurrida” o “el juez conoce el derecho”.

En el orden de los arcaísmos, veamos los siguientes ejemplos:

Al ser parte de la CADH, los compromisos internacionales fueron asumidos por el Estado en su conjunto y, por conducto de ellos, se compromete a todas sus autoridades frente a la comunidad internacional. (El resaltado me pertenece)

En aras de la brevedad, no se enumerarán estos fallos en la presente carta; en cualquier caso, sírvase consultar los documentos S/2008/156 y S/2008/148 en que se presentan las opiniones. (El resaltado me pertenece)

Estos deben otrosí controlar que la repartición acontezca como estaba previsto, que se obre con la máxima transparencia y eficacia y que las realizaciones sean cualitativamente válidas y eficientes. (El resaltado me pertenece)

En los tres ejemplos traídos a colación encontramos términos que integran el español y que, por ende, no son erróneos, aunque son propios más bien de otra época y que no son usuales en el estilo actual⁴³.

Las estrategias de explicación de términos tienden a aportar claridad a las partes puesto que pueden poner en palabras más cotidianas aquellas que no sean comprendidas. Ahora bien, para poder llevar a cabo esta tarea, los consejos abstractos y sin tener un receptor concreto enfrente parecen poco fructíferos para la misión emprendida. No obstante, sí es una tarea relevante.

Veamos un ejemplo de un glosario de lenguaje claro:

Acción de lesividad. La acción de lesividad es una herramienta jurídica que permite a la administración pública impugnar judicialmente sus propios actos administrativos cuando estos son considerados contrarios al ordenamiento jurídico, a pesar de haber sido inicialmente válidos y ejecutables a nivel administrativo. La administración no puede simplemente anular por sí sola un acto administrativo que ya ha sido emitido y que ha adquirido firmeza administrativa, para ello es necesario

⁴³ Real Academia Española. *Libro de estilo de la Justicia*. RAE y CGPJ, Madrid, 2016.

acudir a los tribunales y obtener una sentencia que declare la nulidad del acto dejando a los mismos sin efecto.⁴⁴ (El resaltado me pertenece)

La explicación que antecede quizás pueda ser clarificadora para un estudiante avanzado de la carrera de Abogacía, pero no parece ser muy útil para un público en general. Si nos detenemos en los términos resaltados, podemos ver que la definición se basa en vocabulario también técnico. Entonces, solo ayuda a un público muy reducido, que está en contacto con terminología jurídica específica, pero difícilmente aporte una solución rápida a quien tiene una pregunta sobre qué es la acción de lesividad.

6. Consideraciones finales

La relación entre el lenguaje jurídico y el lenguaje natural siempre ha sido un tópico de debates en el ámbito académico y profesional. En esta ocasión, he intentado argumentar que, en ese marco, el movimiento del lenguaje claro, en cuanto dirigido a la redacción de textos que aplican el derecho o lo hacen ejecutivo (pero no a los textos legislativos o que expresan normas generales), propone que el lenguaje profesional debería poder expresarse de manera tal que resulte claro para sus destinatarios específicos. He señalado que esto tiene algunos problemas: 1) el destinatario específico debe ser conocido, se debe saber qué espera encontrar en el mensaje y qué capacidades comprensivas tiene y, además de ello, el emisor debe poder adaptarse a redactar el texto para que tenga las características necesarias; 2) la mayoría de las veces se trata de un receptor contrafáctico y, por ende, más que lenguaje claro, es pretendidamente claro; 3) la denominación de lenguaje tampoco es adecuada.

Más allá de esos problemas, también he intentado mostrar que muchas de las sugerencias en los manuales de estilo, recomendaciones, reglamentos y protocolos son generales y no destinadas a la adaptación a públicos en particular.

Por último y de suma importancia, he sostenido que cuando las recomendaciones de lenguaje claro van en la dirección de escribir correctamente en español un mensaje jurídico, no propugnan adaptaciones del lenguaje profesional a uno lego, sino que simplemente ponen en evidencia problemas de escritura en general. Entonces, el lenguaje claro debe reservarse para aclarar términos jurídicos específicos, pero siempre debe mantenerse el alerta de no validar usos incorrectos de la lengua en el campo jurídico.

El movimiento del lenguaje claro propone una meta útil y buena, pero, por ello, no se lo debe utilizar para disfrazar el pedido de que los jueces escriban en toda ocasión (ya sea para comunicar con tecnicismos como allanando el mensaje) de manera correcta. Cuando un operador jurídico comunica el Derecho, necesita

⁴⁴ Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado. Fiscalía de Estado. Río Negro. [Acción de lesividad](#). En *Glosario jurídico en lenguaje claro*. Publicado en Instagram [Perfil: ecae_rn]. 24/7/2024.

de vocabulario específico y de formatos que permiten cumplir la finalidad. Ello no es un inconveniente, pero no habilita que se redacte con errores, arcaísmos y de forma obtusa y ampulosa. La claridad, por su parte, impulsa la redacción adaptada a un receptor en particular. No obstante, si bajo esa bandera, luego solo se proporcionan consejos sobre cómo escribir en un español correcto, entonces, no es lenguaje llano lo que se pide, sino una escritura correcta, adecuada y normal.

Bibliografía

- C. De Cucco Alconada. *Manual de escritura de textos jurídicos en lenguaje claro*. Hammurabi, Buenos Aires, 2023.
- G. Álvarez. *El análisis del discurso desde las distintas perspectivas lingüísticas*. Ponencia presentada en el VIII Congreso de la Sociedad Argentina de Lingüística. Mar del Plata. 20/09/2000.
- G. Álvarez. *La enseñanza del discurso jurídico escrito y oral en la carrera de abogacía*. En *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho*. 2008, número 11, pp. 137-148
- G. Álvarez. *La oralidad y su importancia en el Derecho*. Instituto de Estudios Políticos e Internacionales, Rosario, 2008.
- E. Benveniste. *Ojeada al desenvolvimiento de la Lingüística*. En *Problemas de lingüística general I*. 23° ed. Siglo XXI, Buenos Aires, 2004
- E. Benveniste. *Problemi di linguistica generale 2*. Il Saggiatore, Milano, 1985.
- E. Benveniste. *Problemi di linguistica generale*. Il Saggiatore, Milano, 2010.
- E. Benveniste. *Semiología de la lengua*. En *Problemas de lingüística general II*. 16° ed. Siglo XXI, Buenos Aires, 2002
- G. Candarle. *Glosario jurídico en lenguaje claro*. Editorial Jusbaire, Buenos Aires, 2018.
- G. Carrió. *Algunas palabras sobre las palabras de la ley*. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1971.
- G. Carrió. *Notas sobre Derecho y lenguaje*. 4° ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1990.
- G. Carrió. *Sobre los límites del lenguaje normativo*. Astrea, Buenos Aires, 2008
- A. Casagrande. *El discurso jurídico: aportes metodológicos para un análisis semiótico del derecho*. *Revista Derecho y Ciencias Sociales*. 2011, N° 4, pp. 204-224
- Columbia Law School, Writing Center. [Writing in Plain English](#).

- Comisión Lenguaje Claro del Poder Judicial [Chile]. *Glosario de Términos Jurídicos*. Poder Judicial de la República de Chile, Santiago de Chile, 2018
- S. Cordero Monge. *Algunas consideraciones sobre el lenguaje común y el lenguaje técnico* En *Revista Káñina*, 2009, vol. XXXIII, pp. 75-80
- G. Cornu. *Linguistique juridique*. 3° ed. Montchrestien, París, 2005.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación [Argentina]. Resolución [Nº 2171/2024](#). *Sugerencias para la elaboración de los lineamientos generales de sentencias claras* (26 de agosto de 2024)
- E. Coseriu. *Introducción a la lingüística*. Ed. Gredos: Madrid, 1986.
- E. Coseriu. *Linguistica del testo. Introduzione a una ermeneutica del senso*. Carocci, Roma, 1997.
- E. Coseriu. *Sistema, norma e "parola"*. Carocci, Roma, 2019
- E. Coseriu. *Sistema, norma y habla*. En *Teoría del Lenguaje y Lingüística General*. Cinco estudios. 2° ed. Gredos, Madrid, 1969
- M. Cucatto. *El lenguaje jurídico y su "desconexión" con el lector especialista. El caso de "a mayor abundamiento"*. En *Letras de Hoje*. 2013, Vol. 48, pp. 127-138
- M. Cucatto. *La "conexión" en las sentencias penales de primera instancia. Una propuesta desde la Lingüística Cognitiva*. En *Boletín de Lingüística*. 2012, Vol. XXIV, pp. 54-77
- F. de Saussure. *Corso di linguistica generale*. Introduzione, traduzione e commento di Tullio De Mauro, Editori Laterza, Bari, 1967.
- F. de Saussure. *Cours de linguistique générale*. Éditions Payot & Rivages, Paris, 1995.
- F. de Saussure. *Curso de lingüística general*. Losada, Buenos Aires, 1945
- E. Del Carril. *El lenguaje de los jueces. Criterios para la delimitación de significados lingüísticos en el razonamiento judicial*. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2007.
- Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado. Fiscalía de Estado. Río Negro. [Acción de lesividad](#). En *Glosario jurídico en lenguaje claro*. Publicado en Instagram [Perfil: ecae_rn]. 24/7/2024.
- M.V. Feito Torrez. *Plain Language as a Requisite for an Effective Access to Justice*. Astrea, Buenos Aires, 2020.
- M. Fucito. *Curso práctico de redacción para abogados. Recomendaciones para mejorar el estilo de los escritos jurídicos*. Eudeba, Buenos Aires, 2019
- K. Gałuskińska. *Jurilinguistique: du langage spécialisé vers la linguistique de spécialité en Romanica Cracoviensia*. 2012, Vol. 11, pp. 146-153.
- G. González Zurro. *Sentencias en lenguaje claro*. En *La Ley*. AR/DOC/2608/2018
- R. Guastini. *Estudios sobre la interpretación jurídica*. Porrúa, México, 2000.

- R. Guastini. *Saggi scettici sull'interpretazione*. Giappichelli, Torino, 2017
- International Federation of Library Associations and Institutions. [*Directrices para Materiales de Lectura Fácil*](#). Versión en español por Creacesible, 2012.
- International Plain Language Federation. [*Plain Language Definitions*](#) [Spanish; Italian].
- G. J. Arenas Arias. *Lenguaje claro (derecho a comprender el Derecho) = Plain Language (the right to understand the Law)*. En *Eunomía. Revista en cultura de la legalidad*. 2018, N° 15, pp. 249-261.
- Juzgado Penal, Contravencional y de Faltas N° 10 [Argentina]. [*Guía de Lenguaje Claro y Estilo*](#). Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires, 2019
- C. Kerbrat-Oreccioni. *La enunciación. De la subjetividad en el lenguaje*. G. Anfora y E. Gregores (trad.). 2° ed. Edicial, Buenos Aires, 1993.
- C. Kerbrat-Oreccioni. *L'Énonciation. De la subjectivité dans le langage*. Armand Colin, Paris, 1980.
- L. Laise. *Claramente: ¿es posible conciliar el lenguaje inclusivo y el lenguaje claro?* En *El Derecho*. 2 de agosto de 2022, N° 15.351.
- D. Lauría. *Sobre el Programa "Justicia en Lenguaje Claro" del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación (Argentina)*. En *Entremeios: Revista de Estudos do Discurso*. 2019, Vol. 18, pp.43-61.
- J. López Hernández. *Las normas jurídicas como actos ilocutivos: concepto y clases*. En *Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época*. 2005, Vol. 6, pp. 455-509.
- M. I. López Martínez y E. Hernández Sánchez. [*Proyección diacrónica del Curso de Lingüística General*](#). En *Tonos Digital. Revista electrónica de estudios filológicos*. 2002, N°4 (noviembre).
- D. Mendonca. *Las claves del derecho*. Gedisa, Barcelona, 2008
- Ministerio de Justicia [España]. *Informe de la Comisión de modernización del lenguaje jurídico*. Gobierno de España, Madrid, 2011
- J. Moreso y J. Vilajosana. *Introducción a la teoría del Derecho*. Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2004
- E. Narvaja de Arnoux. *Análisis del discurso. Modos de abordar materiales de archivo*. Santiago Arcos, Buenos Aires, 2006.
- K. Olivecrona. *Legal language and reality*. R. A. Newman (ed.), *Essays in jurisprudence in honor of Roscoe Pound*. Bobbs-Merrill, Indianapolis, 1962, pp. 151-191.
- K. Olivecrona. *Lenguaje jurídico y realidad*. Distribuciones Fontamara, México, 2010.

M. L. Pardo. *Derecho y Lingüística. Cómo se juzga con palabras*. 2º ed.. Nueva Visión, Buenos Aires, 1992.

M. L. Pardo. *Justicia y derechos humanos: el discurso de las sentencias dictadas en causas de protección contra la violencia doméstica por juzgados de familia*. H. Lell (ed.). *Derecho y Lenguaje. Abordajes epistemológicos de una relación compleja*. Marcial Pons; Conicet, Buenos Aires, 2018, pp. 31-42.

Plain Language International Association. [¿Qué es el lenguaje claro?](#)

Plain Language International Association. [What is Plain Language?](#)

Poder Judicial (Perú). *Manual Judicial del Lenguaje Claro y Accesible a los Ciudadanos*. Fondo Editorial del Poder Judicial, Lima, 2014.

Poder Judicial de Formosa [Argentina]. [Anexo I Acta n° 3058](#). *Guía de lenguaje claro en el Poder Judicial de Formosa*.

Real Academia Española. *Libro de estilo de la Justicia*. RAE y CGPJ, Madrid, 2016.

H. Rosatti. *La palabra de la Corte Suprema. Cómo funciona, piensa y habla (y algunas ideas para debatir su futuro)*. Siglo XXI, Buenos Aires, 2022.

SAIJ [Argentina]. *Manual SAIJ de lenguaje claro. Pautas para redactar información jurídica sencilla*. Dirección Nacional del Sistema Argentino de Información Jurídica.

J. Sazbón. *Saussure y los fundamentos de la lingüística*. Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1985.

S. Scarfía. *Estrategias de Comprensión y Producción Oral y Escrita*. Universidad Nacional de Córdoba. Facultad de Ciencias Económicas. Tecnicatura en Gestión Universitaria, Córdoba, 2012.

Secretaría de la Función Pública [México]. [Lenguaje Ciudadano. Un manual para quien escribe en la Administración Pública Federal](#).

S. Soler. *Las palabras de la ley*. Praxis Jurídica, Veracruz, 1974.

I. Vasilachis de Gialdino. *Discurso científico, político, jurídico y de resistencia. Análisis lingüístico e investigación cualitativa*. Gedisa, Barcelona, 2013.

R. Vernengo. *El lenguaje del derecho y el discurso normativo*. En *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*. Asociación Argentina de Filosofía del Derecho, Buenos Aires, 1994.

R. Vernengo. *La interpretación literal de la ley*. 2º ed. Ampliada. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1994

A. Vitale. *El estudio de los signos. Pierce y Saussure*. Eudeba, Buenos Aires, 2002

M. Vitetta. [El lenguaje claro en la doctrina jurídica: conveniencia de su aplicación en un supuesto de comunicación entre especialistas](#). En *Revista Jurídica Austral*, Vol. 3 N° 1, 2022, pp. 367-390.

M. Vitetta. *El nuevo paradigma de la sentencia en lenguaje claro: comentario al fallo "E., P. V. y otro c. P., Á. y otro s/daños y perjuicios"*. *El Derecho*, Tomo 289

J. Wróblewski. *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*. A. Azurza (trad.). Civitas, Madrid, 1985.

J. Wróblewski. *Legal language and legal interpretation*. *Law and Philosophy*, 1985 N° 4, pp. 239–255

J. Wróblewski. *Los lenguajes del discurso jurídico*. En *Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas. Sobre el Derecho como discurso*, 1989, pp. 357-380.

J. Wróblewski. *The Judicial Application of Law*. Springer, 1992.

XIX Cumbre Judicial Asamblea Plenaria en San Francisco de Quito. [Cien Reglas de Brasilia](#). Actualizadas a abril de 2018.

P. Zambrano. *El Derecho como práctica y como discurso. La perspectiva de la persona como garantía de objetividad y razonabilidad en la interpretación*. En *Dikaion*. 2009, N° 18, pp. 109-133.

P. Zambrano. *La inevitable creatividad en la interpretación jurídica. Una aproximación iusfilosófica a la tesis de la discrecionalidad*. Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2009



Il Codice cavalleresco italiano di Jacopo Gelli Un'interpretazione in chiave vendicatoria

Jacopo Gelli's *Codice Cavalleresco Italiano*
A 'Vindictory' Interpretation

RICCARDO MAZZOLA

Ricercatore in Filosofia del diritto

Università degli Studi di Macerata

riccardo.mazzola@unimc.it

ABSTRACT

Questo articolo prende in esame il *Codice cavalleresco italiano* di Jacopo Gelli (1892), che riordina la pratica del duello in un ordinamento giuridico finalizzato a regolare i conflitti tra gentiluomini. Il contenuto dell'opera di Gelli è interpretato, in questo articolo, alla luce delle categorie concettuali elaborate nell'ambito della teoria, di matrice antropologico-giuridica, della giustizia vendicatoria. Scopo dell'articolo è, attraverso tale interpretazione, evidenziare, all'interno della complessa disciplina dettata da Gelli, tratti del duello tradizionalmente oscurati dalla sua appariscente connotazione sanguinaria: in particolare, la primaria finalità, che Gelli attribuisce all'ordinamento cavalleresco, della riconciliazione tra le parti in conflitto. La prima parte dell'articolo discute tre aspetti di primaria importanza per la comprensione del *Codice cavalleresco italiano*: la nozione di "consuetudine cavalleresca", l'identità



DOI: 10.54103/milanlawreview/27708

MILAN LAW REVIEW, Vol. 5, No. 2, 2024
ISSN 2724 - 3273

dei “gentiluomini” e il rapporto tra *Codice* e duello. La seconda parte dell’articolo descrive struttura e funzionamento della vertenza cavalleresca, interpretata come procedimento vendicatorio: dapprima introducendo i concetti di “offesa”, “onore”, “soddisfazione” e “riparazione dell’onore”; poi, illustrando le diverse fasi in cui il procedimento si articola. Infine, l’articolo propone alcuni spunti di riflessione sul rapporto tra il *Codice cavalleresco italiano* e il diritto positivo dello Stato: proponendo una concettualizzazione della vertenza cavalleresca come “crittotipo vendicatorio” nell’Italia del primo Novecento.

Parole chiave: duello; onore; giustizia vendicatoria; pluralismo giuridico

This article examines the *Codice cavalleresco italiano* (*Italian Chivalric Code*) by Jacopo Gelli (1892), which organizes the practice of dueling into a legal framework aimed at resolving conflicts among gentlemen. The content of Gelli’s work is analyzed through the lens of the anthropological-legal theory of vindictory justice. This article’s goal is to highlight aspects of ‘regulated’ dueling that have traditionally been overshadowed by its seemingly violent nature: in particular, the primary and most important purpose that Gelli attributes to his *Code*, namely, the reconciliation of conflicting parties. The first part of the article explores three key characteristics essential for understanding Gelli’s *Code*: the concept of “chivalric custom”, the identity of the “gentlemen”, and the relationship between the *Code* and the duel. The second part of the article describes the structure and functioning of chivalric disputes, interpreted as a vindictory process. It begins by introducing the notions of “offense,” “honor,” “satisfaction,” and “restoration of honor,” and then outlines the different phases of this process. Finally, the article offers some reflections on the relationship between Gelli’s code and state law, proposing a conceptualization of chivalric disputes as a “vindictory cryptotype” in early 20th-century Italy.

Keywords: duel; honor, vindictory justice; legal pluralism

Il contributo è stato sottoposto a referaggio anonimo (doppio cieco)

This paper has been subjected to double-blind peer review

Il Codice cavalleresco italiano di Jacopo Gelli Un'interpretazione in chiave vendicatoria

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Il *Codice cavalleresco*: elementi fondamentali – 2.1. Consuetudini cavalleresche – 2.2. Gentiluomini – 2.3. Duello – 3. La vertenza cavalleresca come *species* di procedimento vendicatorio – 3.1. Offesa e onore – 3.2. Soddisfazione e riparazione dell'offesa – 3.3. Struttura della vertenza cavalleresca – 4. Note conclusive: l'onore cavalleresco come crittotipo vendicatorio.

1. Introduzione

Questo articolo propone un'analisi del *Codice cavalleresco italiano* (da qui: *Codice*) di Jacopo Gelli (1858-1935), cultore della cavalleria italiana e tra i maggiori studiosi della letteratura storico-giuridica sul *duello*¹.

Pubblicato per la prima volta nel 1892², il *Codice* di Gelli ha identificato il più riuscito tentativo – in termini di diffusione – di organizzare la disciplina del duello in Italia³, ove pure esistevano illustri precedenti⁴. Oltre che alla sua fortuna editoriale, la rilevanza del *Codice* rispetto ad altri, analoghi, documenti normativi, almeno ai fini di questo articolo⁵, si deve a due principali ragioni.

In primo luogo, la maggior parte dei cd. codici del duello, almeno in Italia⁶, appaiono focalizzati sulle modalità di attuazione del duello “propriamente detto”: della sfida, cioè, tra offeso e offensore, condotta attraverso l'uso delle armi. Il *Codice* di Gelli regola, invece, una fattispecie più ampia, che si dipana, *prima* del duello, dal momento dell'offesa (art. 1) fino alla ricerca di un accordo di riconciliazione tra

¹ Cenni bio-bibliografici su Gelli sono in S. Hughes, *Politics of the Sword: Dueling, Honor and Masculinity in Modern Italy*, The Ohio State University Press, Columbus, 2007, p. 187-188.

² L'edizione del *Codice* consultata ai fini della stesura di questo articolo è la quindicesima: J. Gelli, *Codice cavalleresco italiano*, Hoepli, Milano, 1926.

³ Cfr. sul punto M. Cavina, *Il sangue dell'onore. Storia del duello*, Laterza, Roma-Bari, 2005, p. 282; S. Hughes, *Politics of the Sword*, cit., p. 186-187; e I. Gambacorti e G. Paolini, *Scontri di carta e di spada. Il duello nell'Italia unita tra storia e letteratura*, Pacini, Pisa, 2019, p. 81.

⁴ Cfr. per una ricognizione bibliografica M. Cavina, *Il sangue dell'onore*, cit., p. 282. Prototipo (così Cavina) di “codice del duello” è stato L.A. Le Blanc (Comte) de Chatauvillard, *Essai sur le duel*, Proux, Paris, 1836, la cui natura giuridica (a dispetto del titolo originale) si riflette nel titolo della traduzione in castigliano di A. Borrego: *Ensayo sobre la Jurisprudencia de los Duelos*, Iglesia Sánchez, Madrid, 1890. Cfr., sul punto, I. Terradas Saborit, *El duelo de los hombres y la guarda de la mujer. El sustrato vindicatorio y el casticismo patriarcal en el crimen y en la justicia penal (desde la época de Unamuno)*, in corso di pubblicazione, p. 18.

⁵ Altre e diverse ragioni sono elencate in S. Hughes, *Politics of the Sword*, cit., p. 188-192.

⁶ Cfr., ad esempio, L. De Rosis, *Codice italiano sul duello*, de Angelis, Napoli, 1868.

le parti (art. 191); e (eventualmente), *dopo* il duello, fino alla stesura del verbale di chiusura della vertenza (artt. 403-423). Una simile visione d'insieme permette di contestualizzare il duello "propriamente detto" all'interno di un più complesso ordinamento giuridico volto alla gestione del conflitto, di cui l'autorizzazione allo scontro violento rappresenta una (solo eventuale ed estrema) ramificazione.

In secondo luogo, alcuni segmenti del *Codice* manifestano l'intento di Gelli di elaborare un vero e proprio lessico concettuale del duello: ad esempio quando, nella sezione introduttiva dedicata alle *Generalità* del duello⁷, Gelli rende esplicito il significato di alcune nozioni necessarie ai fini della comprensione di tale pratica e della sua organizzazione all'interno del *Codice* (come, ad esempio, "gentiluomo", "onore", "offesa"); oppure quando, agli artt. 32 e 33, Gelli distingue i concetti di "soddisfazione" e di "riparazione", che denotano diverse modalità di restituzione dell'onore (cfr. *infra*, § 3.2). La natura, in tal senso, "erudita"⁸ del *Codice* favorisce l'analisi, sul piano concettuale, che in questa sede si vuole proporre.

In particolare, questo articolo interpreta l'ordinamento giuridico del duello (riordinato da Gelli) alla luce delle categorie concettuali elaborate nell'ambito della teoria, di matrice antropologico-giuridica, della "giustizia vendicatoria".

L'antropologo catalano Ignasi Terradas⁹ definisce 'giustizia vendicatoria' il procedimento giudiziale che connota una *species* di ordinamento giuridico – detto, appunto, 'vendicatorio' – la cui "norma fondamentale [...] consiste nell'imperativo di riparare ogni danno"¹⁰. L'ordinamento vendicatorio è, più specificamente, "un sistema di norme che attribuiscono priorità ad una risoluzione pacifica del conflitto [...] senza escludere che la parte offesa ricorra alla vendetta anche cruenta, qualora tale vendetta sia autorizzata da un organo terzo e neutrale"¹¹. Secondo Terradas, il duello, anche nella sua versione moderna (cfr. *infra* § 2.3), denota alcuni connotati di giuridicità tipici delle istituzioni vendicatorie: tra cui "norme di prevenzione e

⁷ Cfr. J. Gelli, *Codice cavalleresco italiano*, cit., p. 1-7.

⁸ S. Hughes, *Politics of the Sword*, cit., p. 189 (traduzione mia).

⁹ Tra le opere di Terradas dedicate alla giustizia vendicatoria cfr.: *Justicia vindicatoria: de la ofensa e indefensión a la imprecación y el oráculo, la vindicta y el talión, la ordalía y el juramento, la composición y la reconciliación*, CSIC, Madrid, 2008; *La justicia más antigua. Teoría y cultura del ordenamiento vindicatorio*, CSIC, Madrid, 2019; *Derecho vivo, poder y vulnerabilidad. El curso de la antropología jurídica*, CSIC, Madrid, 2024, p. 289-362.

¹⁰ Così I. Terradas Saborit, *Introduction: Understanding Vindictory Systems*, in *Vindictory Justice: Beyond Law and Revenge*, a cura di R. Márquez Porras, R. Mazzola, I. Terradas Saborit, Cham, Springer, 2022, p. 17. La traduzione del passo citato è in P. Di Lucia, R. Mazzola, *Sul concetto di danno negli ordinamenti vendicatori*, in *Storia Metodo Cultura nella scienza giuridica*, 2023, p. 166.

¹¹ I. Terradas Saborit, *Giovanni (Nino) Tamassia y la jurisprudencia vindicatoria*, in *Sociologia del diritto*, 2014, vol. 1, p. 59. La traduzione è in P. Di Lucia, R. Mazzola, *Sul concetto di danno negli ordinamenti vendicatori*, cit., p. 167. Per un'enumerazione analitica delle più importanti caratteristiche della giustizia vendicatoria, cfr. I. Terradas Saborit, *Derecho vivo, poder y vulnerabilidad*, cit., p. 295-296.

di prudenza nell'esercizio dell'azione lesiva, [nonché] un'autorità processuale, a protezione di determinate garanzie e diritti"¹².

Alla scelta di adottare lo schema interpretativo della giustizia vendicatoria consegue la concettualizzazione dell'ordinamento giuridico del duello disciplinato dal *Codice* come *species* di *procedimento vendicatorio* (ovvero il tratto procedurale che, tipicamente, connota l'ordinamento vendicatorio). Tale sforzo concettuale mira, da un lato, a mostrare la fecondità delle categorie antropologico-giuridiche elaborate da Terradas anche nello studio delle civiltà giuridiche moderne – diverse cioè dalle civiltà “primitive, antiche e medievali”¹³ presso le quali l'esistenza delle istituzioni vendicatorie è generalmente documentata. Dall'altro lato, una lettura del *Codice* in chiave vendicatoria consente di descrivere in modo analitico un complesso sistema di norme nel cui ambito il duello è relegato a “*extrema ratio*” dell'ordinamento¹⁴ e, in ogni caso, subordinato a un fallito tentativo di riconciliazione tra le parti.

La *prima* parte dell'articolo (§ 2) discute *tre* aspetti di primaria importanza per la comprensione del *Codice* di Gelli: la nozione di “consuetudine cavalleresca” (§ 2.1), l'identità dei cd. “gentiluomini” (§ 2.2) nonché l'atteggiamento del *Codice* nei confronti del duello (§ 2.3). La *seconda* parte dell'articolo (§ 3) descrive struttura e funzionamento del procedimento vendicatorio disciplinato dal *Codice*, dapprima presentando i concetti di “offesa”, “onore” (§ 3.1), “soddisfazione” e “riparazione dell'onore” (§ 3.2) nel contesto dell'opera di Gelli; successivamente, illustrando le diverse fasi in cui si articola il procedimento (§ 3.3).

2. Il *Codice cavalleresco*: elementi fondamentali

2.1. Consuetudini cavalleresche

In che senso il *Codice cavalleresco italiano* di Gelli è un “codice”?

Scrive Gelli che “[p]er *Codice cavalleresco italiano* s'intende una raccolta delle consuetudini cavalleresche”¹⁵. Gelli afferma, in questo senso, che il *Codice* “non è espressione della mente di un [legislatore]”, bensì “raccolta” di norme preesistenti, “dedotte dalla complessa giurisprudenza cavalleresca” (art. 219), sistema di norme ricavate dalle pronunce di *tre* autorità giudiziarie:

- due autorità giudiziarie *istituite in occasione di ciascuna vertenza*:

1. *giurì d'onore*, “composti da due o da quattro giudici nominati per metà da ciascuna parte”¹⁶;

¹² I. Terradas Saborit, *La justicia más antigua*, cit., p. 305 (traduzione mia).

¹³ I. Terradas Saborit, *Derecho vivido, poder y vulnerabilidad*, cit., p. 105 (traduzione mia).

¹⁴ Cfr. anche M. Cavina, *Il sangue dell'onore*, cit., p. 282.

¹⁵ J. Gelli, *Codice cavalleresco italiano*, cit., sez. *Generalità*, § 4, p. 4.

¹⁶ M. Cavina, *Il sangue dell'onore*, cit., p. 276.

2. *corti d'onore (eventuali)*, composte da quattro a sei giudici selezionati tra personalità eminenti della società, su domanda delle parti¹⁷;
- un'autorità giudiziaria *permanente*:
3. la *Corte d'onore permanente*, istituita nel 1888, a Firenze, dal ministro di grazia e giustizia Giuseppe Zanardelli – e di cui Gelli fu promotore¹⁸ – che rimase, però, priva del riconoscimento di autorità giudiziaria per timore che apparisse come un avallo ufficiale dei duelli¹⁹.

Dalla “costante uniformità” delle pronunce delle tre corti, sorgono, informa Gelli, le “massime di giurisprudenza cavalleresca”, che concorrono – congiuntamente, in minima parte, al contenuto di studi di carattere scientifico dedicati al tema del duello²⁰ – a “costituire le consuetudini cavalleresche, ossia le leggi d'onore”²¹.

Ma cosa sono esattamente le consuetudini cavalleresche, cristallizzate nelle massime giurisprudenziali?

Gelli le definisce, contrapponendole in modo esplicito alle “leggi ordinarie” dello Stato²², come segue:

[l]eggi, norme, regole, principi, consuetudini cavalleresche o d'onore sono espressioni sinonime, che [indicano] *i modi con i quali i gentiluomini, seguendo una pratica costante ed uniforme, provvedono alla tutela del loro onore*.²³

Rispetto alle leggi ordinarie dello Stato, scrive Gelli,

nelle consuetudini [cavalleresche] [non vi è] nulla di assoluto [...], tutte le [...] regole cavalleresche [...] ha[nno] le [proprie] eccezioni [...], perché si basano essenzialmente sul principio morale [...] al quale s'informa la cavalleria.²⁴

Questo principio – alle fondamenta degli ordinamenti cavallereschi – prescrive, in particolare, di “tutelare nel miglior modo l'onore dei gentiluomini”²⁵, figura alla quale è dedicata la prossima sezione (§ 2.2) di questo articolo.

¹⁷ Cfr. J. Gelli, *Codice cavalleresco italiano*, cit., art. 457.

¹⁸ Cfr. I. Gambacorti e G. Paolini, *Scontri di carta e di spada*, cit., p. 82.

¹⁹ Cfr. A. Visconti, *Reputazione, dignità, onore. Confini penalistici e prospettive politico-criminali*, Giappichelli, Torino, 2018, p. 172.

²⁰ Ad esempio: all'articolo 388 Gelli cita il saggio A. Tavernier, *L'art du duel*, Marpon, Paris, 1885.

²¹ Cfr. J. Gelli, *Codice cavalleresco italiano*, cit., art. 460.

²² *Ibidem*.

²³ J. Gelli, *Codice cavalleresco italiano*, cit., sez. Generalità, § 2, p. 3 (corsivo aggiunto).

²⁴ J. Gelli, *Codice cavalleresco italiano*, cit., nota al titolo della sez. XIV, *Sostituzioni*, p. 85.

²⁵ *Ibidem*. Sul significato di “onore” nell'ambito del *Codice*, cfr. *infra*, § 3.1.

2.2 Gentiluomini

Sulla base della definizione delle “consuetudini cavalleresche” (cfr. *supra*, § 2.1), si evince come tali norme siano finalizzate a regolare aspetti della vita sociale di una specifica comunità: la comunità dei “gentiluomini”.

La categoria dei gentiluomini all’epoca di Gelli e del *Codice* era “individuata non cetualmente, ma socialmente” in coloro che “si assoggettava[no] liberamente al codice formale dell’onore cavalleresco”²⁶. V’è pertanto una stretta correlazione tra gentiluomini e norme cavalleresche, poiché, appunto, è concesso attribuire lo status di “gentiluomo” solo a chi, precisamente, aderisce a tali norme. Così Gelli:

gentiluomo è [chi] per una raffinata sensibilità morale, ritenendo insufficienti alla tutela del proprio onore le disposizioni con cui le patrie leggi tutelano l’onore di ogni cittadino, s’impone la rigida osservanza [delle] leggi cavalleresche.²⁷

Connotato essenziale del gentiluomo è dunque la constatazione circa la non adeguatezza delle norme del diritto (civile e penale) dello Stato al fine di tutelare l’onore offeso; al punto che, secondo Gelli, “[c]hi ritiene che il suo onore sia sempre tutelato a sufficienza dalle leggi [...] viene [...] a perdere senz’altro le prerogative del gentiluomo”²⁸. Poiché, cioè, il diritto dello Stato non può contribuire, in modo adeguato, alla protezione dell’onore (per ragioni chiarite *infra*, § 3.1), il gentiluomo deve conformarsi alle norme non scritte della cavalleria, allo scopo di adempiere al principio morale della tutela del proprio onore (cfr. *supra*, § 2.1) alle fondamenta del sistema cavalleresco. L’incapacità del diritto dello Stato di proteggere l’onore del gentiluomo è, ritiene Gelli, “giustificazione” dell’esistenza delle consuetudini cavalleresche²⁹ le quali agli occhi di un “osservatore sereno” appaiono, nonostante la loro sembianza talvolta brutale, “un mezzo, talora indispensabile, per tutelare il proprio onore”³⁰.

²⁶ M. Cavina, *Il sangue dell’onore*, cit., p. 238. Sulla natura non cetuale del “gentiluomo” cfr. anche A. Angelini, *Codice cavalleresco italiano*, Barbera, Firenze, 1883, I, 1, p. 3-4.

²⁷ J. Gelli, *Codice cavalleresco italiano*, cit., sez. *Generalità*, § 1 p. 1 (corsivo aggiunto). Cfr., nella stessa sezione del *Codice*: § 2, p. 3. Su una concezione dell’onore inteso come “rispetto da riconoscimento” che “le persone [...] hanno o non hanno, a seconda che seguano o meno certi codici” cfr. K. Appiah, *Il codice d’onore*, Cortina, Milano, 2011, p. 12-15 (corsivo aggiunto).

²⁸ J. Gelli, *Codice cavalleresco italiano*, art. 1, p. 10.

²⁹ Cfr., più estesamente, sul rapporto tra *Codice* e diritto ufficiale, *infra* § 4.

³⁰ J. Gelli, *Codice cavalleresco italiano*, cit., sez. *Generalità*, § 1 p. 1.

Sancisce il *Codice* che, per colui che voglia “essere considerato gentiluomo”, le norme cavalleresche hanno “forza di legge”³¹. Volte a rafforzare tale idea sono, come nota lo storico statunitense Stephen Hughes, la sua struttura e veste grafica:

Gelli rese il suo libro simile a un vero e proprio codice di leggi. I 493 articoli del *Codice* del 1892 erano numericamente speculari ai 498 articoli del [...] Codice penale italiano [...] del 1889. Suddiviso in sei sezioni corredate da note tecniche e precedenti giudiziali [...] dal suo *Codice* promanava autorità legislativa.³²

Gelli non esplicita tuttavia il significato che egli attribuisce all’espressione “forza di legge” (ove ‘legge’ è da intendersi, probabilmente, come “legge ordinaria” dello Stato). Soccorre, in questo senso, un brano tratto da un altro importante e diffuso codice del duello³³, il *Codice cavalleresco italiano* di Achille Angelini (1883), il quale giustifica, nella *Prefazione*, l’impiego del termine ‘codice’ nel titolo dell’opera:

a rigor di termini, questo titolo si accoppia all’idea di un complesso di leggi sancite da un’autorità legalmente costituita, la quale obbliga all’osservanza di dette leggi mediante la *coazione* [...] la quale] non può che essere *morale*, e consisterà nel *rifiutare il diritto ad una riparazione d’onore a chi pretendesse di scostarsi dalle norme prescritte in questo codice*.³⁴

Angelini suggerisce, cioè, che le norme cavalleresche siano dotate, proprio come le leggi dello Stato, di forza coercitiva nei confronti dei gentiluomini. Nel caso delle consuetudini cavalleresche, tale coercizione possiede una connotazione “morale”, “provien[te] dalla pubblica opinione”³⁵. La stessa idea appare sottesa ad alcune norme contenute nel *Codice* di Gelli e dunque alla base dell’affermazione secondo cui le consuetudini cavalleresche hanno “forza di legge”. In particolare:

1. in primo luogo, il *Codice* stabilisce, nella sezione *Generalità* al paragrafo dedicato alle *Leggi d’onore*, che chi “disconosce o viola” le consuetudini cavalleresche “cessa *ipso facto* di essere gentiluomo”³⁶. In simili casi, il *Codice* infligge la “sanzione” (così viene definita da Gelli) dell’*esclusione dalla comunità dei gentiluomini*;

³¹ J. Gelli, *Codice cavalleresco italiano*, cit., art. 219, p. 133.

³² S. Hughes, *Politics of the Sword*, cit., p. 190 (traduzione mia).

³³ Cfr. S. Hughes, *Politics of the Sword*, cit., p. 187.

³⁴ A. Angelini, *Codice cavalleresco italiano*, cit., p. xii-xiii (corsivi aggiunti).

³⁵ A. Angelini, *Codice cavalleresco italiano*, cit., p. xii. Sulla forza coercitiva delle norme come prodotto della “riprovazione della società” cfr. tra gli altri, in ambito filosofico-giuridico, P. Bonfante, *Lezioni di filosofia del diritto*, Giuffrè, Milano, 1986, p. 7.

³⁶ J. Gelli, *Codice cavalleresco italiano*, cit., sez. *Generalità*, nota a § 2, p. 3-4.

2. in *secondo* luogo, il gentiluomo offeso che non si attenesse alle norme cavalleresche vedrebbe legittimamente rifiutata dal rivale offensore la richiesta di soddisfazione o di riparazione dell'onore (cfr. *infra*, § 3.2); richiesta, altrimenti, ineludibile, poiché "chi è gentiluomo deve sentire non solo, quand'è offeso, il diritto di ottenere una riparazione [...], ma il *dovere* [...] di concederla a chi gliela richiegga, quando sia stato offensore"³⁷. L'offesa, che rimarrebbe in questo modo "invendicata", susciterebbe la *riprovazione morale* della comunità verso l'offeso che non assolvesse al dovere di tutelare il proprio onore³⁸.

2.3. Duello

Nel *Codice*, Gelli propone una (generale) definizione di duello che, come si vedrà a breve, esplicita, almeno in parte, la principale finalità dell'opera. È infatti 'duello', scrive Gelli, un "combattimento a due, che avviene con il libero consenso dei partecipanti"; tale combattimento, tuttavia, acquisisce i crismi del "duello" solo quando avviene "alla presenza di quattro testimoni e dei medici", è "fatto con armi riconosciute adatte dal Codice penale e da quello cavalleresco" ed è "conforme alle regole e prescrizioni d'onore"³⁹. Il duello – o, per meglio dire, il duello *legittimo*, riconosciuto come tale dal *Codice* – è quindi un combattimento *disciplinato da norme*.

Tale constatazione contribuisce a spiegare l'atteggiamento apparentemente contraddittorio mostrato da Gelli nei confronti del duello. Sebbene, infatti, il *Codice* non contenga espliciti giudizi (positivi o negativi) sull'opportunità di ricorrere al duello al fine di risolvere i conflitti relativi all'onore, o di limitarne, al contrario, la pratica, altre opere di Gelli forniscono, in merito, alcune significative indicazioni.

Chiarissimo, a riguardo, è il *Manuale del duellante*, pubblicato nel 1884 come "appendice" del *Codice*. Alla prima pagina della *Prefazione*, Gelli afferma che "[l]o scopo del *Manuale del duellante* è di limitare per quanto possibile il duello"⁴⁰. Allo stesso modo, nell'opera *Il duello nella storia della giurisprudenza e nella pratica italiana* (1886) – e, in particolare, nella dedica iniziale per Eugenio Michelozzi Giacomini – Gelli scrive: "la mia ambizione sarebbe di vedere adottate le idee che ho esposte dalla generalità dei gentiluomini italiani, affinché si regoli e quindi si restringa il duello

³⁷ J. Gelli, *Codice cavalleresco italiano*, cit., art. 1, p. 9 (corsivi aggiunti). L'articolo cita il lodo della Corte d'onore permanente del 10 settembre 1923, nella vertenza Crema-Melli.

³⁸ Sulla riprovazione sociale che colpisce, nelle società vendicatorie, l'offeso che non si attivi prontamente allo scopo di tutelare l'onore ferito cfr., ad esempio, A. Pigliaru, *Il banditismo in Sardegna. La vendetta barbaricina come ordinamento giuridico*, Giuffrè, Milano, 1993, p. 73.

³⁹ J. Gelli, *Codice cavalleresco italiano*, cit., sez. Generalità, § 6, p. 8. Definizioni analoghe sono proposte in opere antecedenti al *Codice*: cfr., ad esempio P. Ellero, *Del duello*, in *Opuscoli criminali*, a cura di P. Ellero, Fava e Garagnani, Bologna, 1874, p. 172.

⁴⁰ J. Gelli, *Manuale del duellante*, Hoepli, Milano, 1896 (seconda edizione), p. vii.

a circostanze eccezionali”⁴¹. Nell’opera *I duelli mortali del secolo XIX* (1899), da ultimo, Gelli definisce il duello una “cosa stupida” e un “assassinio”⁴².

La condanna esplicita del duello⁴³ da parte di Gelli e l’affermazione relativa alla volontà di limitarne la diffusione può apparire paradossale, in considerazione del fatto che egli stesso ne ha riordinato la disciplina in un codice di norme. Come si è già accennato, Gelli condanna, tuttavia, una, determinata, *species* di “duello”: il duello *sregolato*, praticato in larga parte dagli esponenti dei ceti borghesi dell’Italia post-unitaria; “un combattimento barbaro e inutile [...] contrario alla morale”, che si limitava ad “affida[re] al duello la vendetta per gli odi privati” ed era chiamato, ingannevolmente, “duello in punto d’onore”⁴⁴. Finalità del *Codice* è, al contrario, recuperare, facendo riferimento alla ricostruzione storica di Gelli, l’antica funzione “eminentemente umanitari[a]” del duello, che presso gli “antichi Greci, [il] popolo d’Israele e [i] Romani” si prefiggeva la finalità di “risparmiare stragi di inermi città o di valorose schiere”; un duello che preservava la sopravvivenza della comunità “frena[ndo] gli eccessi” della riparazione dell’onore limitando l’uso della violenza, che chiudeva il conflitto, a poche e circoscritte situazioni, controllate da un’autorità giudiziaria e regolate da norme stringenti⁴⁵. Gelli riconosce quindi implicitamente che il duello possa assolvere – come accadeva nei tempi antichi – a un’importante funzione sociale. Più esplicito, sul punto, è Angelini: nonostante, analogamente a

⁴¹ J. Gelli, *Il duello nella storia della giurisprudenza e nella pratica italiana*, Loescher & Seeber, Firenze, 1886, p. xiii (corsivo aggiunto).

⁴² J. Gelli, *I duelli mortali nel secolo XIX*, Battistelli, Milano, 1889, p. 1-2. Anche nel *Codice*, a dire il vero, Gelli si riferisce al duello come il “giudizio assurdo delle armi” (art. 424).

⁴³ L’atteggiamento di Gelli si iscrive nell’alveo di una più ampia corrente di pensiero (anche in ambito giuridico) che, a partire dall’epoca illuminista, ha criticato la pratica del duello e ne ha incoraggiato l’abolizione (cfr. M. Cavina, *Il sangue dell’onore*, cit., p. 206-235). Questo orientamento ha acquisito, in Italia, una posizione di forza soprattutto a seguito della morte in duello di Felice Cavallotti, occorsa il 6 marzo 1898. Cfr. I. Gambacorti e G. Paolini, *Scontri di carta e di spada*, cit., p. 143-153.

⁴⁴ J. Gelli, *Il duello nella storia della giurisprudenza e nella pratica italiana*, cit., p. 19. Sui fatti storici e sociali che hanno determinato, in Italia, l’avvento del duello cd. “in punto d’onore” cfr. A. Visconti, *Reputazione, dignità, onore*, cit., p. 160-161 (e la bibliografia qui citata).

⁴⁵ Le citazioni sono da: J. Gelli, *Il duello nella storia della giurisprudenza e nella pratica italiana*, cit., p. 3-4. Tale, originaria, forma del duello, identificata da Gelli, non deve essere confusa con il “duello giudiziario d’onore”: un “mezzo di prova” che aveva lo scopo di “fornire [...] un mezzo di decisione [...] al pari del giuramento decisorio” attraverso cui “si confidava nel sostegno [di Dio] in favore del contendente [...] che si trovasse nel giusto” (A. Visconti, *Reputazione, dignità, onore*, cit., p. 158-159). Terradas (*El duelo de los hombres y la guarda de la mujer*, cit., p. 190) ritiene il duello giudiziario, documentato, in particolare, dallo storico francese Fustel de Coulanges presso la società dei Franchi (*La Monarchie Franque*, Hachette, Paris, 1888, p. 454-462), un istituto tipicamente vendicatorio, poiché “rispettav[a] norme convenzionali” e “si sottometteva [...] a un’autorità giudiziale in grado di determinarne il risultato giuridico” (traduzione mia); cfr. anche I. Terradas Saborit, *Justicia vindicatoria*, cit., p. 239-245.

Gelli, definisca il duello, nel suo *Codice cavalleresco*, come “un avanzo di barbarie”, egli ritiene che “considerato sotto un certo punto di vista, [il duello] *ha il suo lato buono inquantoché apporta alla società alcuni vantaggi*”⁴⁶. Tali vantaggi, individuati da Angelini, sono:

1. un *effetto deterrente* per gli aggressori: “la tema di poter essere costretti a rendere ragione colle armi in pugno *rattiene talvolta gli spavaldi dalle provocazioni*”⁴⁷;
2. un *effetto palliativo* rispetto alla tensione sociale generata, all’interno della comunità, da condotte non punite (non punibili) dal diritto dello Stato: se infatti “per certe offese, che sfuggono o si vogliono sottratte alla legge comune, *non vi fosse lo sfogo del duello*, chi volesse punire l’offensore sarebbe indotto a perpetrare un assassinio”⁴⁸.

Intento del *Codice* di Gelli è dunque la preservazione del duello – in quanto unico mezzo a disposizione del gentiluomo per ottenere la riparazione del proprio onore ferito – limitandone però i tratti più barbari e violenti. Come si vedrà (*infra*, § 3), Gelli disciplina, infatti, la pratica del duello in un complesso sistema di norme, che ne relegano il segmento più sanguinoso al ruolo di *extrema ratio*, enfatizzando al contempo soluzioni pacifiche del conflitto.

3. La vertenza cavalleresca come procedimento vendicatorio

Il *Codice* disciplina le modalità di reazione della comunità dei gentiluomini rispetto al sorgere di un conflitto originato da un’offesa all’onore. Tali modalità di reazione sono organizzate nella “vertenza cavalleresca” (o “vertenza d’onore”), un procedimento che inizia con “l’invio di due fiduciari (rappresentanti) all’offensore, che lo richiedano di spiegazioni, soddisfazione o riparazione” e termina “sia [con] un duello, sia [con] un giudizio di un Tribunale d’onore”, due soluzioni descritte da Gelli come “egualmente onorevol[i]”⁴⁹.

Questa sezione descrive la struttura della vertenza cavalleresca adottando lo schema interpretativo della giustizia vendicatoria: interpretando, in altre parole, la vertenza cavalleresca come *procedimento vendicatorio*.

All’interno del procedimento vendicatorio è possibile riconoscere, a partire dagli studi di Terradas, *tre* (macro-)fasi:

⁴⁶ A. Angelini, *Codice cavalleresco italiano*, cit., p. xv (corsivo aggiunto). Identificano vantaggi connessi alla pratica del duello, nell’Italia pre-unitaria, anche due trattati risalenti al 1848: E. Pascale, *Sulla dottrina del duello*, Gazzetta dei Tribunali, Napoli, 1848 (in particolare: p. 31-36); N. A. Bianco, *Sul duello*, Dell’Araldo, Napoli, 1848 (in particolare: p. 18-19).

⁴⁷ A. Angelini, *Codice cavalleresco italiano*, cit., p. xvi (corsivo aggiunto).

⁴⁸ A. Angelini, *Codice cavalleresco italiano*, cit., p. xvi (corsivo aggiunto).

⁴⁹ J. Gelli, *Codice cavalleresco italiano*, cit., sez. Generalità, § 3, p. 4.

1. *prima fase (melius: fase "zero"): offesa;*
2. *seconda fase: mediazione;*
3. *terza fase: se la mediazione ha successo, composizione; in caso contrario, vendetta autorizzata.*

Le sezioni che seguono riconoscono nella disciplina del duello dettata dal *Codice* le menzionate tre (macro-)fasi (meglio specificate *infra* in sei fasi, cfr. § 3.3):

1. *prima fase: l'offesa all'onore del gentiluomo (cfr. *infra*, § 3.1);*
2. *seconda fase: "mediazione" operata dai rappresentanti delle due parti;*
3. *terza fase: quando la mediazione ha successo, accomodamento pacifico della vertenza, sancito da un Tribunale d'onore; in caso contrario, duello.*

3.1. Offesa e onore

L'offesa è primariamente, nell'ordinamento vendicatorio, *offesa all'onore*⁵⁰. È possibile, analogamente, ricavare dal *Codice* la seguente definizione di 'offesa':

[l]a parola 'offesa' in materia cavalleresca ha significato generico, e sta ad indicare ciò che [...] può ledere l'onore [...] d'un gentiluomo.⁵¹

Più precisamente:

costituisce offesa tutto ciò che ferisce l'amor proprio, la moralità, i diritti o l'onore altrui, a seconda delle idee accettate e predominanti, nonché delle leggi morali e civili della società nella quale vive l'offeso.⁵²

Il *Codice* sancisce pertanto che un certo atto assume la qualifica di "offesa" soltanto quando lede, oltre (eventualmente) al fisico e al patrimonio dell'offeso, anche, sul piano "immateriale" (o "morale"), il suo *onore*⁵³. Ma cosa significa "onore"?

⁵⁰ Cfr. P. Di Lucia e R. Mazzola, *Sul concetto di danno negli ordinamenti vendicatori*, cit., p. 171; R. Mazzola, *Componere. Offesa e riconciliazione nell'ordinamento vendicatorio*, Giuffrè, Milano, 2020, p. 49-50; a partire da I. Terradas Saborit, *Justicia vindicatoria*, cit., p. 406.

⁵¹ J. Gelli, *Codice cavalleresco italiano*, cit., sez. Generalità, § 6, p. 6 (corsivo aggiunto).

⁵² J. Gelli, *Codice cavalleresco italiano*, cit., art. 1, p. 10 (corsivo aggiunto).

⁵³ Sull'offesa che, negli ordinamenti vendicatori, il danno "unifica [...] elementi materiali e morali" cfr. I. Terradas Saborit, *Justicia vindicatoria*, cit., p. 14. Citato e tradotto in P. Di Lucia e R. Mazzola, *Sul concetto di danno negli ordinamenti vendicatori*, cit., p. 170.

Come è noto, il termine onore è suscettibile di essere interpretato secondo una pluralità di accezioni⁵⁴. Gelli propone la seguente definizione:

[l']onore viene determinato *dalla stima e dalla considerazione che una persona onesta ha saputo acquistarsi nella opinione pubblica mediante le azioni, conformi [...] ai dettami delle leggi naturali e di quelle civili. Il sentimento dell'onore nei gentiluomini deve dominare tutte le gerarchie dei doveri.*⁵⁵

È onore, dunque, secondo Gelli, un fenomeno “esterno”: la reputazione, o “stima” di cui il gentiluomo gode all'interno della comunità⁵⁶. Lo storico del diritto Marco Cavina chiarisce infatti, relativamente all'offesa in ambito cavalleresco, che “quella in gioco non è la virtù [del gentiluomo], il suo onore interno, ma la sua onorabilità, *il suo onore esterno*, la percezione che del suo onore hanno i suoi compagni”⁵⁷.

Quali sono, pertanto, gli atti – le offese – in grado di minare la reputazione, l'onorabilità del gentiluomo presso la comunità?

Gelli elabora una categorizzazione delle offese⁵⁸, che comprende, in ordine crescente di gravità, offese (che Gelli denomina) “semplici”, “gravi” (o “insulti”), “gravissime” (o “oltraggi”), “somme” (“onte”). La distinzione tra le diverse *species* di offesa non è però sempre limpida. Gelli compila infatti elenchi di fattispecie non esaustivi che risultano peraltro, talvolta, sovrapposti: ad esempio, l'offesa che nega qualità personali (“qualità di decoro”) del gentiluomo è ricompresa sia tra le offese semplici, sia tra gli insulti; l'offesa che lede la “fama” o l’“onore” della famiglia del gentiluomo è categorizzata sia come “oltraggio”, sia come “onta”. La “sfumatura” dei confini che delimitano le differenti categorie di offesa – nonché del confine tra “offese” e atti non offensivi – è conseguenza, secondo larga parte della letteratura

⁵⁴ Cfr. A. Zingerle, [Onore e vergogna](#), in *Enciclopedia Treccani*, 1996; W.L. Sessions, *Honor for Us: A Philosophical Analysis, Interpretation and Defense*, Bloomsbury, New York, 2010. Citati in: P. Di Lucia e R. Mazzola, *Sul concetto di danno negli ordinamenti vendicatori*, cit., p. 171. Terradas (*Derecho vivo, poder y vulnerabilidad*, cit., p. 303), ad esempio, definisce ‘onore’ la “capacità [...] di difendersi” (traduzione mia).

⁵⁵ J. Gelli, *Codice cavalleresco italiano*, cit., sez. *Generalità*, § 5, p. 5 (corsivo aggiunto). Alcuni studi dedicati alla giustizia vendicatoria citano la definizione di ‘onore’ formulata da Gelli: cfr. ad esempio G. Lorini e O.G. Loddo, *Revenge Between Legal and Social Norms in Cavalleria Rusticana*, in *Law and Opera*, a cura di F. Annunziata e G.F. Colombo, Cham, Springer, 2018, p. 216; e P. Di Lucia, G. Lorini e O.G. Loddo, *Antonio Pigliaru: Barbagian Vendetta as a Legal System*, in *Vindictory Justice*, cit., p. 100.

⁵⁶ Sull'onore come fenomeno “esterno” cfr. F. Stewart, *Honor*, University of Chicago Press, Chicago, 1994.

⁵⁷ M. Cavina, *il sangue dell'onore*, cit., 72 (corsivo aggiunto).

⁵⁸ Cfr. J. Gelli, *Codice cavalleresco italiano*, cit., art. 12, p. 15-16. Per una diversa catalogazione delle offese cfr., ad esempio, A. Angelini, *Codice cavalleresco italiano*, cit., p. 24-26.

scientifica sul duello⁵⁹, della modalità di percezione fondamentalmente *soggettiva* delle offese riconosciuta dall'ordinamento cavalleresco: l'offesa all'onore è infatti, almeno in una prima fase della vertenza, un *evento psicologico*, una *rappresentazione* da parte dell'offeso; l'offeso, cioè, si figura un'alterazione in senso peggiorativo del proprio *status* (della propria reputazione) *a prescindere dal fatto* che tale alterazione si sia "obiettivamente"⁶⁰ verificata. Ad esempio, l'art. 34 del *Codice* stabilisce che persino "[g]li atti e le parole che, *senza avere i caratteri di offesa apparente*, si prestano tuttavia ad interpretazioni offensive, danno [sic] diritto a pretendere spiegazioni dal responsabile".

La natura prettamente psicologica, soggettiva della valutazione dell'offesa che innesca la vertenza cavalleresca – e che identifica un connotato tipico degli ordinamenti vendicatori⁶¹ – costituisce, secondo alcuni, la ragione che determina l'impossibilità, da parte dello Stato, di tutelare l'onore dei gentiluomini: poiché, come afferma Massimo Donini, "la causa d'onore [...] può risiedere *in un capriccio o in una suscettibilità personale*, in un pregiudizio a cui lo Stato non potrebbe mai prestare tutela"⁶². Anche Angelini, nella *Prefazione* al suo *Codice cavalleresco italiano*, scrive che "per [preservare l'onore del gentiluomo] bisognerebbe [...] considerare per esempio lo schiaffo come mancato omicidio, ma [...] tale mezzo è inattuabile"⁶³.

Negli ordinamenti vendicatori, la valutazione soggettiva che riconosce la natura "offensiva" di un atto è in seguito sottoposta a un *giudizio* ad opera di una parte terza, estranea al conflitto. Tale giudizio produce, nel caso in cui coincida con la rappresentazione ad opera dell'offeso, il "riconoscimento sociale" dell'offesa⁶⁴, che da mero evento psicologico diviene lesione di un diritto soggettivo – il diritto

⁵⁹ Cfr. V. Manzini, *Trattato di diritto penale italiano*, V, UTET, Torino, 1982, p. 1176; M. Donini, *Anatomia dogmatica del duello. L'onore del gentiluomo al colletto bianco*, in *Indice penale*, 2000, p. 1073-1077; M. Cavina, *Il sangue dell'onore*, cit., p. 261-263; e F. Antolisei, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, I, Giuffrè, Milano, 2002, p. 538. Per una sintesi della letteratura su tale questione, cfr. A. Visconti, *Reputazione, dignità, onore*, cit., p. 166-168.

⁶⁰ A. Visconti, *Reputazione, dignità, onore*, cit., p. 168. Cfr. anche F. Antolisei, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, II, cit., p. 536-538; G. Azzali, *Duello (diritto penale)*, in *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano, 1966, p. 95.

⁶¹ Cfr. R. Mazzola, *Componere*, cit., p. 39-42; a partire da I. Terradas Saborit, *La justicia más antigua*, cit., p. 335. Rilevanti sono anche le riflessioni proposte in E. Fittipaldi, *Vendetta della vittima vs. vendetta di vergogna*, in *Antropologia della vendetta*, a cura di G. Lorini e G. Masia, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2015, p. 148. Sul significato soggettivo dell'offesa che dà adito alla vendetta cfr. anche H. Kelsen, *Società e natura*, Bollati Boringhieri, Torino, 1992, p. 86; discusso in P. Di Lucia, R. Mazzola, *Sul concetto di danno negli ordinamenti vendicatori*, cit., p. 174; e P. Di Lucia, L. Passerini Glazel, *Hans Kelsen. Giustizia, diritto e realtà sociale*, Cortina, Milano, 2024, p. 179.

⁶² M. Donini, *Anatomia dogmatica del duello*, cit., p. 1071 (corsivo aggiunto); cit. in A. Visconti, *Reputazione, dignità, onore*, cit., p. 168.

⁶³ A. Angelini, *Codice cavalleresco italiano*, cit., p. xx.

⁶⁴ I. Terradas Saborit, *Justicia vindicatoria*, cit., p. 52 (traduzione mia). Cfr., sul punto, R. Mazzola, *Componere*, cit., p. 42.

alla preservazione del proprio onore – riconosciuto dalla comunità. Una procedura di questo tipo trova attuazione anche nell'ordinamento cavalleresco disciplinato dal *Codice*: il “giudizio” relativo all'effettiva natura offensiva di un atto è infatti domandato ai “rappresentanti” delle parti. Il *rappresentante* (o “fiduciario”)⁶⁵ è una figura chiave nel contesto della vertenza cavalleresca: è infatti, come recita l'art. 63, “colui che accetta il mandato di fiducia da una parte per discutere e definire una vertenza con i fiduciari avversari”⁶⁶. Primo e fondamentale compito dei fiduciari è l'attribuzione delle qualifiche di “offeso” e di “offensore” ai soggetti coinvolti nella lite: “[n]on potendo sussistere una vertenza senza un offeso ed un offensore, ne consegue che primo atto dei rappresentanti è quello di determinare chiaramente tali qualità” (art. 6)⁶⁷. Non si tratta, tuttavia, di un giudizio soltanto personale – che ha ad oggetto la qualifica da attribuirsi agli individui in conflitto –, ma anche inteso alla valutazione dell'atto offensivo, di cui si giudicano “entità e natura”⁶⁸, nonché la “portata morale”⁶⁹. L'importanza del processo di riconoscimento sociale (*vel* di “oggettivizzazione”) dell'offesa riveste, nel *Codice*, rilevanza centrale; tantoché, nei casi in cui i rappresentanti “non concordino nel determinare o valutare i fatti”, la decisione deve essere demandata “ad un arbitro” – “nominato di comune accordo dai” fiduciari e “gradito” agli individui in conflitto (art. 431) – o “a un Tribunale d'onore” (cfr. *supra*, § 2.1)⁷⁰. Secondo Gelli, infatti, “è ovvio che l'entità dell'offesa debba essere determinata da persone estranee ai fatti che originarono la vertenza, poiché [...] è la sensibilità di chi le riceve che la fa assurgere ad un grado che in apparenza e in sostanza non esiste”⁷¹.

⁶⁵ J. Gelli, *Codice cavalleresco italiano*, cit., sez. Generalità, § 3, p. 4.

⁶⁶ I rappresentanti sono quattro, due per parte (art. 38) e devono essere nominati entro 24 ore dall'offesa (art. 53).

⁶⁷ Corsivo aggiunto.

⁶⁸ J. Gelli, *Codice cavalleresco italiano*, cit., art. 8, p. 13.

⁶⁹ J. Gelli, *Codice cavalleresco italiano*, cit., art. 7, p. 12.

⁷⁰ J. Gelli, *Codice cavalleresco italiano*, cit., art. 7, p. 12. “Criteri generali” per la valutazione dell'offesa sono elencati nello stesso articolo: “a) la condizione sociale, l'età, la forza fisica e quella morale, la reputazione di cui gode l'offensore, perché l'offesa tanto più ferisce quanto più dall'alto discende; b) la condizione sociale e l'età dell'offeso, il suo stato fisico, le benemeritenze acquistate, le conseguenze morali e fisiche, economiche, che dall'offesa gli sono derivate o potevano derivargli; c) il luogo dove l'offesa fu consumata; se in pubblico o in privato, alla presenza di persone care, di superiori o di inferiori; se in casa di uno dei contendenti; d) i mezzi di offesa; parole, atti, gesti, scritti, disegni, armi, bastone, scudiscio, pugno, calcio; e) la forma; e cioè: con modi cavallereschi o con forme e modi inurbani, indegni di un gentiluomo, o se col mezzo della stampa; f) la qualità, e cioè: se grave nella sostanza o nell'apparenza; se provocata o no; g) il movente o il fine, e cioè: se in seguito a provocazione o ad insulti; se per utile proprio o di altri; se per disprezzo o danno altrui; se per offendere o per difendersi; se per vendetta propria o di terzi” (pp. 12-13).

⁷¹ J. Gelli, *Codice cavalleresco italiano*, cit., art. 13, p. 17.

3.2. Soddisfazione e riparazione dell'offesa

Prima di descrivere, concisamente, le diverse fasi della vertenza, occorrono due considerazioni preliminari relative alla *finalità* del procedimento.

In *primo* luogo, Gelli esplicita che scopo della vertenza è, alternativamente, la “soddisfazione” o la “riparazione” dell’onore del gentiluomo, che ha “il diritto e il dovere” di pretenderle⁷². Soddisfazione e riparazione identificano due modi, a disposizione del gentiluomo, per “riportare l’eguaglianza” sul piano dell’onore, dopo che “[p]er la lesione dell’onore le due parti, che erano pari, vanno ad essere diseguali”⁷³. I due concetti non sono tuttavia sovrapponibili.

È “soddisfazione” la circostanza in ragione della quale l’offeso ottenga “la negazione, la ritrattazione, o le scuse, oppure un lodo di un consesso d’onore che infligga implicitamente una sanzione cavalleresca all’offensore”. In particolare, è “negazione” dell’offesa una dichiarazione “fatta dal supposto offensore o dai suoi rappresentanti” che, scrive Gelli, “distrugge il fatto”: nega, cioè, che le circostanze di fatto presupposte alla richiesta di riparazione (cioè, l’offesa) si siano verificate. È infine “ritrattazione” dell’offesa una dichiarazione che (*non* nega che l’offesa sia stata perpetrata, ma) “disdice [...] ciò che era stato detto è fatto di offensivo”⁷⁴.

È invece “riparazione” la circostanza in ragione della quale l’offeso ottenga “dall’offensore l’accettazione di uno scontro con le armi” (di un *duello*)⁷⁵.

In *secondo* luogo, Gelli chiarisce che primario scopo della vertenza è (non lo scontro armato, ma) la *riconciliazione* tra le parti. L’art. 63 del *Codice* stabilisce che “il rappresentante ha una missione sommamente civile e pacifica”. L’art. 177, che “qualunque sia l’indole della questione, i rappresentanti nulla trascureranno per tentare lealmente e sinceramente un pacifico componimento della vertenza”⁷⁶; lo stesso articolo definisce peraltro la possibile risoluzione della vertenza “con onore delle parti senza l’uso delle armi” uno “scopo [...] nobile e cavalleresco”⁷⁷. Cruciale, nell’esplicitare la predilezione del *Codice* per la risoluzione pacifica del conflitto è l’art. 185, che recita:

[p]oiché il duello è una delle molteplici forme, e non certo la migliore, con le quali può essere risolta una vertenza, s’impono ai rappresentanti onesti il dovere di tentare tutti i mezzi leciti e cavallereschi per giungere ad un amichevole,

⁷² J. Gelli, *Codice cavalleresco italiano*, cit., art. 33, p. 25.

⁷³ A. Visconti, *Reputazione, dignità, onore*, cit., p. 168. Sul ruolo del concetto di “uguaglianza” con riferimento all’offesa negli ordinamenti vendicatori cfr. R. Mazzola, *Componere*, cit., p. 30-31.

⁷⁴ Cit. da J. Gelli, *Codice cavalleresco italiano*, cit., art. 33, p. 25-26 (corsivi nell’originale).

⁷⁵ J. Gelli, *Codice cavalleresco italiano*, cit., art. 33, p. 26.

⁷⁶ J. Gelli, *Codice cavalleresco italiano*, cit., art. 177, p. 98.

⁷⁷ J. Gelli, *Codice cavalleresco italiano*, cit., art. 177, p. 99.

*componimento, o ad una soluzione pacifica, ricorrendo anche, se del caso, ad un giurì o a una Corte d'onore.*⁷⁸

Analogamente, l'art. 189 stabilisce che i rappresentanti "nulla risparmiarono per risolvere la vertenza con un verbale conciliativo"; l'art. 186, infine, che la scelta di risolvere la vertenza attraverso un duello spetta soltanto una volta "riusciti vani i tentativi per la soluzione amichevole" della controversia. V'è anche una norma, in questo senso, preventiva: l'art. 29, che richiama due pronunce della Corte d'onore permanente (cfr. *supra* 2.1), sancisce che "[s]e dopo l'offesa le parti hanno compiuto atti da far presumere conciliazione, non è più ammissibile una vertenza cavalleresca"⁷⁹.

Il *Codice* esprime dunque la preferenza per una conclusione della vertenza e del conflitto senza spargimento di sangue – dunque per la *soddisfazione* dell'offesa – e relega il duello – la *riparazione* dell'offesa – all'*extrema ratio* del procedimento. Oltre che dalle già citate disposizioni, tale preferenza si evince, forse, anche dalle scelte lessicali del *Codice*: che, quando definisce "soddisfazione" e "riparazione" (art. 33), antepone la prima alla seconda; e che, per riferirsi in generale allo scopo e alla conclusione della vertenza, si serve – in qualità di iperonimo – del termine "soddisfazione" (e mai del termine "riparazione")⁸⁰.

3.3. Struttura della vertenza cavalleresca

La vertenza cavalleresca consta di (un massimo di) *sei* fasi:

1. *prima* fase: consegna del cartello di sfida;
2. *seconda* fase: accettazione del cartello di sfida;
3. *terza* fase: valutazione della ragionevolezza della sfida (qualificazione dell'offesa) da parte dei rappresentanti;
4. *quarta* fase: se le parti acconsentono all'accomodamento pacifico della controversia, stesura del verbale di chiusura pacifica della vertenza; se le parti non acconsentono, determinazione delle condizioni del duello da parte dei rappresentanti e nomina dei testimoni;
5. *quinta* fase [eventuale]: duello (propriamente detto);
6. *sesta* fase [eventuale]: se il duello si conclude con la morte di uno dei contendenti, redazione di "apposito verbale" trasmesso al Procuratore del Re; se il duello non si conclude con la morte di uno dei contendenti, riconciliazione e redazione di un "verbale di seguito scontro", rimesso a una Corte d'onore.

⁷⁸ J. Gelli, *Codice cavalleresco italiano*, cit., art. 185 (corsivi aggiunti).

⁷⁹ Corsivo aggiunto. Le pronunce della Corte sono del 2 febbraio e del 23 marzo 1923.

⁸⁰ Cfr., ad esempio, J. Gelli, *Codice cavalleresco italiano*, cit., art. 2, p. 10.

La *prima* fase della vertenza cavalleresca prevede la consegna, da parte dei rappresentanti dell'offeso, di un "cartello di sfida" ai rappresentanti dell'offensore, entro e non oltre 24 ore dalla nomina (ed entro e non oltre 48 ore dall'offesa)⁸¹. È il "cartello di sfida" "la lettera che l'offeso fa pervenire all'offensore per mezzo di due rappresentanti" al fine di "chiedergli, precisandone i motivi, una soddisfazione cavalleresca" (art. 86).

Nella *seconda* fase della vertenza, "[l]o sfidato, ricevendo cortesemente i portatori del cartello, ascolterà in assoluto silenzio le loro comunicazioni, e se il cartello è regolare, dirà: *Mi tengo a disposizione dell'avversario*"⁸². Il *Codice* precisa, peraltro, che "[u]n galantuomo accetta sempre una richiesta di soddisfazione, e nel tempo prescritto nomina ed invia i propri fiduciari" (art. 94). Accettato il cartello di sfida, l'offensore "nelle 24 ore successive comunicherà ai rappresentanti dello sfidante i nomi dei propri fiduciari" (art. 99). Se, al contrario, l'offensore rifiuta il cartello, i rappresentanti redigono un "verbale in seguito a rifiuto di sfida" (art. 411).

La *terza* fase della vertenza prevede che "i rappresentanti dello sfidato [...] fisseranno il convegno per la discussione" – al fine di valutare se l'atto del presunto offensore sia in effetti qualificabile come "offesa" (cfr. *supra*, § 3.1) – nel cui ambito "esamineranno prima ed innanzi tutto la ragionevolezza della sfida" (art. 100).

È bene notare che, nel corso delle prime tre fasi, la vertenza può concludersi in qualsiasi momento se l'offensore *chiede scusa* all'offeso⁸³. Le scuse identificano un segmento (seppur eventuale) fondamentale nel contesto della vertenza; ad esse è, non a caso, dedicata un'intera sezione del *Codice* (la sezione VI del *Libro primo*). Gelli non esplicita il significato attribuito, nel *Codice*, al termine "scuse": anche se l'introduzione alla sezione XXIV le qualifica come qualcosa di distinto e ulteriore rispetto ai meri "sensi del dispiacere per l'accaduto" (art. 173). Come si è detto (cfr. *supra*, § 3.2), d'altra parte, le scuse non coincidono nemmeno con la semplice ritrattazione. All'art. 45, in ogni caso, il *Codice* prescrive che "le scuse devono farsi con gli stessi mezzi con i quali si è arrecata l'offesa. Quindi, verbali, scritte o stampate, se l'offesa fu a parole, scritta o stampata". Tale norma – che sancisce, fra l'altro, la necessaria proporzionalità tra offesa e soddisfazione (tramite le scuse)⁸⁴ – sembra qualificare l'atto di scuse, nella vertenza cavalleresca, come rito pubblico di comunicazione simbolica⁸⁵ finalizzato a una "restituzione morale"⁸⁶ (di onore). Il *Codice* promuove esplicitamente la soluzione del conflitto attraverso tale rito,

⁸¹ J. Gelli, *Codice cavalleresco italiano*, cit., art. 77.

⁸² J. Gelli, *Codice cavalleresco italiano*, cit., art. 98 (corsivo nell'originale).

⁸³ Sulle scuse come mezzo di risoluzione dei conflitti nell'ambito delle culture vendicatorie mi permetto di rimandare a R. Mazzola, *Chiedere scusa. Studio di Filosofia del diritto*, Edizioni scientifiche, Napoli, 2023. Menziona il ruolo delle scuse nel *Codice* di Gelli anche N. Brutti, *Law & Apologies. Profilo comparatistico delle scuse riparatorie*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 14.

⁸⁴ La proporzionalità della reazione all'offesa è requisito fondamentale degli ordinamenti vendicatori. Cfr. sul punto I. Terradas Saborit, *Justicia vindicatoria*, cit., p. 95.

⁸⁵ Cfr., *amplius* sul punto, R. Mazzola, *Chiedere scusa*, cit., cap. 2.

⁸⁶ N. Brutti, *Law & Apologies*, cit., p. 15.

segnalando, con piglio (si direbbe) pedagogico, che “le scuse sono espressione [...] di un elevato senso di giustizia, non umiliano, ma onorano chi le fa, perché sono prova di rettitudine” (art. 45). Allo stesso tempo, il *Codice* incoraggia l’*accettazione delle scuse*, offerte dall’offensore, da parte dell’offeso, stabilendo che “[l’]onore [dell’offeso] non subisce detrimento, se dimostrasi generoso contro l’offensore” (art. 3). L’insistenza sulle scuse come mezzo di risoluzione del conflitto appare un sintomo della (più generale) predilezione del *Codice* per una soluzione pacifica della vertenza cavalleresca (cfr. *supra* § 3.2), senza spargimento di sangue. In tal senso, una lettura sistematica del *Codice* lascia intuire che siano i rappresentanti – soprattutto una volta conclusa la valutazione di cui alla terza fase della vertenza – in virtù del loro ruolo a doversi prodigare – a dover agire come “mediatori” tra le parti – allo scopo di indurre l’offensore a scusarsi e l’offeso ad accettare le scuse: l’art. 189 prescrive infatti che i rappresentanti, una volta “attribuita la qualità di offeso”, nulla risparmieranno” allo scopo di “risolvere la vertenza con un verbale conciliativo” (art. 189; cfr. *infra*).

La configurazione della *quarta* fase della vertenza è strettamente correlata alla circostanza che le parti siano giunte (o meno) all’auspicato accomodamento in senso pacifico della controversia.

In caso *affermativo* – nel caso quindi di negazione dell’offesa, ritrattazione o presentazione delle scuse – i rappresentanti “stenderanno verbale per dichiarare chiusa la vertenza con onore delle parti, registrandovi i chiarimenti chiesti e quelli ricevuti” (art. 180); copia del “verbale di chiusura pacifica della vertenza” deve poi essere presentata alla Corte d’onore (art. 182).

In caso *negativo* – essendo venuta meno l’opportunità di garantire all’offeso soddisfazione – i rappresentanti determinano le condizioni del duello (art. 190) e le parti procedono alla nomina dei “testimoni”, coloro “che assist[ono] durante lo scontro [ciasc]una delle parti in contesa” (art. 63; e che possono coincidere con i rappresentanti).

La *quinta* fase della vertenza coincide con il duello propriamente detto, la cui disciplina è contenuta nel Libro quarto del *Codice* (al quale si rimanda per un approfondimento). In questa sede, è sufficiente evidenziare come scopo ultimo del duello sia la “riconciliazione”⁸⁷ tra le parti; e non, di per sé, la prevalenza di uno o dell’altro contendente nel combattimento. Ciò è provato dalle numerose cautele previste dal *Codice* per evitare la morte o il grave ferimento dei combattenti: ad esempio, la presenza di medici (scelti dai rappresentati), che dovranno adoperare le cure più adatte allo scopo di ottenere “una rapida e sicura guarigione del ferito” (art. 173); o il divieto di proporre duelli “a morte o all’ultimo sangue”, che Gelli definisce “contrari all’onore” (art. 132).

La configurazione della *sesta* fase della vertenza è strettamente connessa all’esito del duello.

⁸⁷ J. Gelli, *Codice cavalleresco italiano*, cit., sez. XXIV, a), p. 172.

Se il duello si conclude con la *morte* di uno dei contendenti, “i testimoni e i medici sottoscriveranno il relativo verbale, [...] rimesso al Procuratore del Re, unitamente alla denuncia di morte sottoscritta dai medici presenti allo scontro” (art. 326).

Se il duello *non* si conclude con la morte di uno dei contendenti, il *Codice* raccomanda che i duellanti si *riconcilino*: anzitutto, stringendosi la mano dopo la conclusione dello scontro⁸⁸. Intento del *Codice* è, con ogni evidenza, il ripristino della relazione e delle comunicazioni sociali tra le parti in conflitto, al tempo stesso evitando la recrudescenza dell’inimicizia. Si stabilisce in particolare, nella sezione dedicata alle “visite di cortesia”, che

se uno dei duellanti è stato ferito abbastanza gravemente, il feritore prende sovente informazioni sullo stato di salute dell’avversario. Ciò [...] deve farsi solo quando i due combattenti dopo lo scontro si sono stretta la mano. Il feritore eviterà di recarsi all’abitazione del ferito per averne le novelle, ma incaricherà di ciò gli amici che lo assisteranno nel duello.⁸⁹

In ogni caso, i testimoni del duello redigono un “verbale di seguito scontro”, la cui copia – resa “assolutamente” di pubblica ragione – è “rimessa a un giurì d’onore, nominato espressamente dai firmatari del verbale”, perché “giudic[hi] la condotta loro” (art. 334). Il verbale è il documento nel quale “sono descritte le cause della vertenza, le trattative per conciliarla e la soluzione ottenuta” (art. 403).

L’interpretazione in chiave vendicatoria del *Codice* di Gelli ha reso esplicita la finalità riconciliativa della vertenza cavalleresca, che si mostra in particolare con la marcata predilezione per l’accomodamento pacifico della controversia *prima* del duello – che non compromette la restituzione all’offeso dell’onore sottratto – e con la raccomandata ripresa delle comunicazioni amichevoli tra le parti *dopo* il duello.

4. Note conclusive: l’onore cavalleresco come crittotipo vendicatorio

Le riflessioni che concludono questo articolo si soffermano sulla relazione tra, da un lato, l’ordinamento del duello disciplinato da Gelli nel *Codice*; dall’altro lato, il diritto dello Stato. In particolare, Gelli si riferisce alla relazione tra il *Codice* e il Codice penale italiano del 1889 (Codice Zanardelli)⁹⁰.

Come si è detto (cfr. *supra*, §§ 2.2. e 3.1) il *Codice* nasce al fine di sopperire a una ineludibile mancanza del diritto ufficiale: l’impossibilità di tutelare, sul piano giuridico, le offese all’onore (stante la matrice essenzialmente interna, psicologica

⁸⁸ J. Gelli, *Codice cavalleresco italiano*, cit., sez. XXIV.

⁸⁹ Cfr. J. Gelli, *Codice cavalleresco italiano*, cit., sez. XXIV, c), p. 174-175.

⁹⁰ Per una panoramica sulla disciplina del duello nel diritto penale italiano dell’epoca cfr. A. Fruguele, *Il duello nei codici penali italiani pre e post unitari*, Giappichelli, Torino, 2023.

di queste). Ciò non implica, tuttavia, che tra i due ordinamenti giuridici – il *Codice* e il diritto dello Stato – non vi siano punti di contatto.

Da un lato, il *Codice* dà conto delle numerose intersezioni tra le norme che regolano la vertenza cavalleresca e il diritto ufficiale. Ecco *quattro* esempi:

1. il *Codice* definisce “duello” la sfida “fatt[a] con armi riconosciute adatte dal Codice penale”⁹¹;
2. l’art. 38 del *Codice* stabilisce che “[l]’offeso, al quale viene recusata una legittima soddisfazione, può adire le vie penali senza compromettere le proprie qualità di gentiluomo”;
3. l’art. 49 del *Codice* stabilisce che “[s]e l’offesa fu pubblica, o, se privata, fu risaputa da terzi, o se dopo le scuse offerte ed accettate mancò la riconciliazione degli avversari, l’offeso può [...] pretendere, se del caso, in altra sede il risarcimento del danno”;
4. l’art. 103 del *Codice* stabilisce che “[l]’offeso [...] può procedere per le vie giudiziarie contro l’offensore, se le offese presentassero caratteri di reato”.

Il *primo* esempio (1) mostra come il diritto dello Stato contribuisca a delimitare una delle principali nozioni nel contesto dell’apparato concettuale elaborato da Gelli: la nozione di “duello (legittimo)”. Il *secondo* (2), il *terzo* (3) e il *quarto* (4) esempio mostrano invece come il diritto dello Stato – in particolare, il procedimento in sede penale e il risarcimento del danno richiesto in sede civile – assolvano alla funzione di rafforzare le tutele a disposizione dell’offeso nel caso in cui l’offensore rifiuti una legittima soddisfazione (o riparazione) (2), nel caso di offesa pubblica o di mancata riconciliazione tra le parti (3) e nel caso in cui l’offesa presentasse (oltre al carattere di offesa all’onore, anche) il carattere di reato (4). Il quarto esempio, in tal senso, appare significativo, poiché mostra come le interpretazioni di un atto come “offesa all’onore del gentiluomo” – operata attraverso lo schema interpretativo del *Codice* – e come “reato” – operata attraverso lo schema interpretativo del diritto ufficiale – possano *coesistere* senza, secondo il *Codice*, escludersi mutualmente.

Dall’altro lato, il diritto (penale) dello Stato italiano ha tradizionalmente, a partire dal XIX secolo⁹², adottato misure repressive nei confronti della pratica del duello: sia poiché ritenuta, in quanto “volontaria esposizione di se stess[i] ad un evidente pericolo di morte”, “immorale e ingiust[a]”⁹³; sia poiché, tramite il duello, l’offeso “[si procura] giustizia da sé”⁹⁴, invece di affidare la risoluzione del conflitto

⁹¹ J. Gelli, *Codice cavalleresco italiano*, cit., sez. Generalità, § 8, p. 6.

⁹² Cfr. A. Frugiuole, *Il duello nei codici penali italiani pre e post unitari*, cit., p. 15.

⁹³ C. Ravizza, *Il suicidio, il sacrificio della vita e il duello*, Branca, Milano, 1843, p. 170. Cfr., sul punto, E. Pessina, *Trattato di penalità speciale secondo le Leggi delle Due Sicilie*, Stabilimento tipografico dei classici italiani, Napoli, 1859, p. 160.

⁹⁴ E. Pessina, *Trattato di penalità speciale secondo le Leggi delle Due Sicilie*, cit., p. 159-160.

alla giustizia pubblica. Nel Codice Zanardelli, dette misure sono raccolte nel capo XIX del (*Del duello*), riprodotto, peraltro, in appendice al *Codice*: e prevedono multe di diversi importi per chi “sfida altri a duello”, “chi accetta la sfida”, per testimoni e rappresentanti; nonché pene detentive di diversa durata per chi, in duello, causa la morte dell’avversario o lesioni personali (fino alla condanna a pena detentiva da sei a cinque anni per chi “uccida l’avversario”)⁹⁵.

All’aperta contrapposizione del diritto ufficiale rispetto al duello, regolato dalle consuetudini cavalleresche, non corrisponde però la mancata attribuzione, a tale pratica, di effetti giuridici. Il duello si configura infatti, come scrive il giurista spagnolo Eugenio Cuello Calòn (1879-1963), come un “delitto privilegiato [*delito privilegiado*] *honoris causa*”⁹⁶. In particolare, riferisce Terradas come, secondo Cuello Calòn (che descrive il contesto della Spagna negli anni ‘30 del secolo scorso, ma le cui riflessioni ben si prestano a descrivere un fenomeno analogo in Italia, all’epoca della pubblicazione del *Codice*),

[i]l diritto [statale] leniva la responsabilità penale per chi partecipava a un duello, nel caso in cui fossero state rispettate le sue norme [...] di garanzia della vigilanza da parte dei [rappresentanti] e il principio di prudenza [...] così come la questione della riconciliazione prima di cominciarlo.⁹⁷

Diverse norme contenute nel Codice Zanardelli suggeriscono un implicito riconoscimento dell’esistenza delle consuetudini cavalleresche e l’attribuzione, ad esse, di conseguenze giuridiche anche nell’ambito del diritto ufficiale (soprattutto in termini di rimodulazione della pena). Ad esempio:

1. l’art. 237 sancisce che “[c]hiunque sfida altri a duello, ancorché la sfida non sia accettata, è punito con la multa sino a lire cinquecento; *ma se egli sia stato la causa ingiusta e determinante del fatto dal quale è derivata la sfida, la pena è della detenzione sino a due mesi. Va esente da pena chi sia stato indotto alla sfida da grave insulto o grave onta*”⁹⁸;
2. l’art. 241 sancisce che “[i] [rappresentanti] sono puniti con la multa da lire cento a mille, se il duello non abbia per effetto alcuna lesione personale, e con la detenzione sino a diciotto mesi, negli altri casi; *ma vanno esenti da pena, se, prima del duello, abbiano fatto quanto dipendeva da loro per conciliare le parti*” (corsivo aggiunto);

⁹⁵ Codice penale R. decreto 30 giugno 1889, n. 6133 (Codice Zanardelli), artt. 237-245.

⁹⁶ E. Cuello Calòn, *Código penal reformado de 27 de octubre 1932*, Bosch, Barcelona, 1932, p. xxiii. Citato in: I. Terradas Saborit, *El duelo de los hombres y la guarda de la mujer*, cit., p. 18.

⁹⁷ I. Terradas Saborit, *El duelo de los hombres y la guarda de la mujer*, cit., p. 18.

⁹⁸ Corsivo aggiunto. Disposizioni analoghe sono agli artt. 238-240.

3. l'art. 243 sancisce che "[i]nvece delle disposizioni degli art. 239 e 242, si applicano, per l'omicidio e la lesione personale seguiti in duello, quelle dei capi I e II del titolo IX [che prevedono pene maggiori, n.d.A]: [...] *se le condizioni del combattimento non siano state precedentemente stabilite da[i rappresentanti], ovvero se il combattimento non segua alla loro presenza*" (corsivo aggiunto).

Come si può notare le norme citate riconoscono la grave *offesa all'onore* quale fattore che aggrava la responsabilità dell'offensore e che esenta, al contrario, l'offeso, dalla responsabilità per i fatti accaduti nel corso del duello (art. 237); l'attività, svolta dai rappresentanti, di *mediazione* e di *ricerca di una soluzione pacifica del conflitto*, che, se effettivamente svolta, esenta i rappresentanti dalla pena (art. 241); l'esistenza delle consuetudini cavalleresche che regolano lo svolgimento del duello, il cui mancato rispetto aggrava la responsabilità dei duellanti (art. 243).

Il riconoscimento implicito delle consuetudini cavalleresche è stato ritenuto da alcuni commentatori "paradossale"⁹⁹, poiché così "lo Stato riconduceva effetti giuridici a un ordinamento extragiuridico illegale, qual era quello cavalleresco, e a una consuetudine sociale che perseguiva"¹⁰⁰. Secondo lo schema interpretativo, qui adottato, della giustizia vendicatoria, le consuetudini cavalleresche possono essere concettualizzate come *crittotipo* vendicatorio. Come è noto, il termine 'crittotipo' è stato introdotto nelle ricerche di antropologia giuridica (e di diritto comparato) da Rodolfo Sacco, allo scopo di designare "[le] regole che esistono e che sono rilevanti, ma che l'operatore non formula"¹⁰¹. Terradas denomina 'crittotipo' (in castigliano: *criptotipo*) o 'sostrato vendicatorio [*sustrato vindicatorio*]'

quegli elementi che, in un sistema giuridico [...] vendicatorio, possedevano validità e oggettività esplicita, ma che successivamente, nel sistema penale, trovano attuazione in modo nascosto, poco esplicito, anche laddove siano esplicitamente negati.¹⁰²

L'idea di "crittotipo vendicatorio", applicata all'onore cavalleresco, costituisce un significativo indizio – il cui riscontro effettivo è sicuramente meritevole di future ricerche – circa la consapevolezza del legislatore, all'epoca della pubblicazione del *Codice*, dell'esistenza di dinamiche sociali – della necessità di riparare l'onore ferito ripristinando al tempo stesso le interazioni sociali tra offeso e offensore – alle quali

⁹⁹ Cfr. V. Manzini, *Trattato di diritto penale*, cit., cap. 3, § 3.

¹⁰⁰ A. Frugieue, *Il duello nei codici penali italiani pre e postunitari*, cit., p. 16.

¹⁰¹ R. Sacco, voce *Crittotipo*, in *Dig. discipl. priv. Sezione civile*, UTET, Torino, 1989, p. 39. Sacco mutua il termine italiano 'crittotipo' dall'inglese *cryptotype*, usato dal linguista statunitense Benjamin Lee Whorf. Cfr. sul punto L. Passerini Glazel, *La realtà della norma, le norme come realtà. Saggio di filosofia del diritto*, LED, 2020, Milano, p. 20.

¹⁰² I. Terradas Saborit, *El duelo de los hombres y la guarda de la mujer*, cit., p. 7 (traduzione mia). Cfr. anche I. Terradas Saborit, *Derecho vivo, poder y vulnerabilidad*, cit., p. 183.

il diritto penale poteva (e forse ancora oggi può) rispondere solo in modo parziale e incompleto¹⁰³.

Bibliografia

- A. Angelini, *Codice cavalleresco italiano*, Barbera, Firenze, 1883
- F. Antolisei, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, 2 voll., Giuffrè, Milano, [prima ed. 1954] 2002
- G. Azzali, *Duello (diritto penale)*, in *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano, 1966, p. 93-108
- N.A. Bianco, *Sul duello*, Dell'Araldo, Napoli, 1848
- P. Bonfante, *Lezioni di filosofia del diritto*, Giuffrè, Milano, 1986
- N. Brutti, *Law & Apologies. Profilo comparatistico delle scuse riparatorie*, Giappichelli, Torino, 2017
- M. Cavina, *Il sangue dell'onore. Storia del duello*, Laterza, Roma-Bari, 2005
- L.A. (Le Blanc Comte) de Chatauvillard, *Essaie sur le duel*, Proux, Paris, 1836. Trad. in castigliano di A. Borrego: *Ensayo sobre la Jurisprudencia de los Duelos*, Juan Iglesia Sánchez, Madrid, 1890
- E. Cuello Calòn, *Còdigo penal reformado de 27 de octubre 1932*, Bosch, Barcelona, 1932
- L. De Rosis, *Codice italiano sul duello*, de Angelis, Napoli, 1868
- P. Di Lucia, G. Lorini, e O.G. Loddo, *Antonio Pigliaru: Barbagian Vendetta as a Legal System*, in *Vindictory Justice: Beyond Law and Revenge*, a cura di R. Márquez Porras, R. Mazzola e I. Terradas Saborit, Cham, Springer, 2022, p. 97-110
- P. Di Lucia, e R. Mazzola, *Sul concetto di danno negli ordinamenti vendicatori*, in *Storia Metodo Cultura nella scienza giuridica*, 2023, p. 165-183
- P. Di Lucia, e L. Passerini Glazel, *Hans Kelsen. Giustizia, diritto e realtà sociale*, Cortina, Milano, 2024
- M. Donini, *Anatomia dogmatica del duello. L'onore del gentiluomo al colletto bianco*, in *Indice penale*, 2000, p. 1057-1089
- P. Ellero, *Del duello*, in *Opuscoli criminali*, a cura di P. Ellero, Fava e Garagnani, Bologna, 1874, p. 169-470

¹⁰³ Cfr. sul punto A. Fruguele, *Il duello nei codici penali italiani pre e postunitari*, cit., p. 15-16.

- E. Fittipaldi, *Vendetta della vittima vs. vendetta di vergogna*, in *Antropologia della vendetta*, a cura di G. Lorini e G. Masia, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2015, p. 143-154
- A. Frugiuole, *Il duello nei codici penali italiani pre e post unitari*, Giappichelli, Torino, 2023
- N.-D. Fustel de Coulanges, *La Monarchie Franque*, Hachette, Paris, 1888
- I. Gambacorti, e G. Paolini, *Scontri di carta e di spada. Il duello nell'Italia unita tra storia e letteratura*, Pacini, Pisa, 2019
- J. Gelli, *Il duello nella storia della giurisprudenza e nella pratica italiana*, Loescher & Seeber, Firenze, 1886
- J. Gelli, *I duelli mortali nel secolo XIX*, Battistelli, Milano, 1889
- J. Gelli, *Manuale del duellante*, Hoepli, Milano, [prima ed. 1894] 1896
- J. Gelli, *Codice cavalleresco italiano*, Hoepli, Milano, [prima ed. 1892] 1926
- S. Hughes, *Politics of the Sword: Dueling, Honor and Masculinity in Modern Italy*, The Ohio State University Press, Columbus, 2007
- H. Kelsen, *Società e natura*, Bollati Boringhieri, Torino, 1992
- G. Lorini, e O.G. Loddo, *Revenge Between Legal and Social Norms in Cavalleria Rusticana*, in *Law and Opera*, a cura di F. Annunziata e G.F. Colombo, Cham, Springer, 2018, p. 209-221
- V. Manzini, *Trattato di diritto penale italiano*, 8 voll., UTET, Torino, [prima ed. 1908-1919] 1981-1986
- R. Mazzola, *Componere. Offesa e riconciliazione nell'ordinamento vendicatorio*, Giuffrè, Milano, 2020
- R. Mazzola, *Chiedere Scusa. Studio di filosofia del diritto*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2023
- E. Pascale, *Sulla dottrina del duello*, Gazzetta dei Tribunali, Napoli, 1848
- L. Passerini Glazel, *La realtà della norma, le norme come realtà. Saggio di filosofia del diritto*, LED, Milano, 2020
- E. Pessina, *Trattato di penalità speciale secondo le Leggi delle Due Sicilie*, Stabilimento tipografico dei classici italiani, Napoli, 1859
- A. Pigliaru, *Il banditismo in Sardegna. La vendetta barbaricina come ordinamento giuridico*, Giuffrè, Milano, 1993.
- C. Ravizza, *Il suicidio, il sacrificio della vita e il duello*, Branca, Milano, 1843
- R. Sacco, voce *Crittotipo*, in *Dig. discipl. priv. Sezione civile*, UTET, Torino, 1989, p. 39-40

- W.L. Sessions, *Honor for Us: A Philosophical Analysis, Interpretation and Defense*, Bloomsbury, New York, 2010
- F. Stewart, *Honor*, University of Chicago Press, Chicago, 1994
- A. Tavernier, *L'art du duel*, Paris, Marpon, 1885
- I. Terradas Saborit, *Justicia vindicatoria: de la ofensa e indefensión a la imprecación y el oráculo, la vindicta y el talión, la ordalía y el juramento, la composición y la reconciliación*, CSIC, Madrid, 2008
- I. Terradas Saborit, *Giovanni (Nino) Tamassia y la jurisprudencia vindicatoria*, in *Sociologia del diritto*, 2014, vol. 1, p. 57-94
- I. Terradas Saborit, *La justicia más antigua. Teoría y cultura del ordenamiento vindicatorio*, CSIC, Madrid, 2019
- I. Terradas Saborit, *Introduction: Understanding Vindictory Systems*, in *Vindictory Justice: Beyond Law and Revenge*, a cura di R. Márquez Porras, R. Mazzola, I. Terradas Saborit, Cham, Springer, 2022, p. 3-37
- I. Terradas Saborit, *Derecho vivido, poder y vulnerabilidad. El curso de la antropología jurídica*, CSIC, Madrid, 2024
- I. Terradas Saborit, *El duelo de los hombres y la guarda de la mujer. El sustrato vindicatorio y el casticismo patriarcal en el crimen y en la justicia penal (desde la época de Unamuno)*, in corso di pubblicazione
- A. Visconti, *Reputazione, dignità, onore. Confini penalistici e prospettive politico-criminali*, Giappichelli, Torino, 2018
- A. Zingerle, [*Onore e vergogna*](#), in *Enciclopedia Treccani*, 1996



Economic control authorities: a reading of Algerian law

ILIYES BOUZIDI

Lecturer Grade A

University Centre of Maghnia, Algeria

i.bouzidi@cu-maghnia.dz

ABSTRACT

The emergence of independent administrative authorities and their granting of repressive powers in matters of economic control are the result of the economic transformations that Algeria has experienced since the adoption of the free economic approach. Given the adoption of this approach, the judiciary was not prepared to examine the conflicts arising from this development, but remained unable to keep up with the pace and techniques. These new economic areas have led the legislator to grant repressive powers to independent supervisory authorities in most economic sectors. The repressive powers of independent police authorities result from the phenomenon of decriminalization, which involves the removal of the repressive power of the criminal judge in favor of other bodies and the replacement of criminal sanctions by administrative sanctions.



DOI: 10.54103/milanlawreview/27709

MILAN LAW REVIEW, Vol. 5, No. 2, 2024
ISSN 2724 - 3273

Keywords: judicial power; administrative sanctions; economic control authorities; banking commission.

This paper has been subjected to double-blind peer review

Economic control authorities: a reading of Algerian law

SUMMARY: 1. Introduction. – 2. The problem of transferring repressive jurisdiction from the criminal judge to an independent administrative body. – 2.1. The repressive jurisdiction of independent administrative authorities between necessity and deficiency. – 2.2. Justifications of the legitimacy of the repressive power of independent administrative authorities. – 3. Manifestations of the repressive competence of independent administrative bodies. – 3.1. Manifestations of the repressive jurisdiction of independent administrative bodies in the banking field. – 3.2. Manifestations of the repressive competence of other independent administrative bodies. – 3.3. A critical reading of independent administrative authorities in France. – 4. Conclusion.

1. Introduction

The executive and legislative authorities are convinced of the need to create legal rules compatible with the nature of the business sector, particularly with regard to economic activities characterized by a certain degree of sophistication and complexity, with the aim of opening up the route for the entry of foreign investors who seek legal guarantees before making their investments. This led to the creation of independent police authorities responsible for law enforcement functions.

The state chose the method of total removal from the market, and left it to the market itself to control it and prices as a general principle, and it appeared under a new, traditionally unknown face, by granting the power to control the market. The economy is moving towards new organizations which do not resemble traditional organizations, which are independent administrative authorities.

The regulatory process carried out by independent administrative bodies has numerous advantages: speed, knowledge of the sector of activity in question and the competence of its members. These powers therefore make it possible to quickly put an end to certain practices, particularly in terms of illegal agreements. It constitutes an alternative to the criminal procedures that the legislator had previously used in order to decriminalize certain practices, particularly in matters of competition law¹.

¹ J.-M. COULON, *The decriminalization of business life*, French documents, 2008, p.29.

These bodies also contribute to the significant powers granted to traditional administrative bodies, which can direct orders and control entry into the commercial sector, enabling them and the power to organize. However, oppressive force appears to be one of these elements. This is one of the most dangerous powers granted to these organizations, because it represents a threat to the fundamental rights of economic agents.

Based on the above, the problem of the study is embodied in the following:

To what extent does the scope of economic control powers extend to imposing administrative penalties?

To answer the previous problem, we will address the economic control powers in imposing administrative penalties by transferring the repressive jurisdiction to these bodies, highlighting the manifestations of the repressive jurisdiction of a group of bodies that we will refer to as examples.

2. The problem of transferring repressive jurisdiction from the criminal judge to an independent administrative body

The criminal judge has been faced with several difficulties in handling cases of an economic nature, because this type of crime is characterized by mobility, speed, flexibility and knowledge of economic and technical issues. On this basis, it was necessary to grant jurisdiction to examine them. case to a specialized organization.

2.1. The repressive jurisdiction of independent administrative authorities between necessity and deficiency

The appearance of independent administrative authorities and their granting of repressive powers in the area of economic control are the result of the economic transformations that Algeria has experienced since the adoption of the free economy approach. In light of adopting this approach, the judiciary was not prepared to do so. We must consider the conflicts resulting from this opening and the emergence of economic entities in the form of commercial companies. Indeed, the judiciary remained unable to keep up with the pace and techniques of these new economic areas, which led the legislator to grant repressive measures. powers to independent supervisory authorities in most economic sectors.

The aim of controlling economic areas is to find solutions unusual in traditional law by relying on punitive authority, because it is not possible to separate punitive authority from economic control. Independent administrative bodies directly address any violation of industry rules. be controlled by imposing penalties, thus allowing a return to balance.

On the contrary, the administrative sanction adapts to most economic factors, since it excludes direct intervention by public authorities and leaves workers in the same sector to control the activity, which makes it more flexible

because it uses technical elements, and more effective because it uses technical elements. it results from the specialization of the different supervisory authorities².

The repressive powers of independent supervisory authorities result from the phenomenon of decriminalization³, which involves the removal of the repressive power of the criminal judge for the benefit of other bodies and the replacement of criminal sanctions by administrative sanctions in the field of competition, with the issuance of orders. 03-03 relating to competition, the criminal judge has been completely excluded from the judgment of disputes linked to the application of the provisions of this law. The legislator has entrusted the power to control violations affecting the competition system to the Competition Council, which has broad repressive powers.

The reason for the transfer of repressive jurisdiction from the Competition Council is due, on the one hand, to the lack of technical knowledge of the criminal judge and to a careful analysis of the market in this type of offense. On the other hand, unlike criminal prosecutions, financial sanctions are imposed according to precise standards which contribute to enriching the treasury. Even more, the establishment of these organizations follows the speed and mobility which characterize economic activity, thanks to the speed of judgments. cases in relation to the courts.

The competence to suppress violations in the stock market area belongs to the Committee for the Regulation and Supervision of Stock Market Operations, and in the banking sector, to the Banking Committee, and the sanctions imposed by these bodies generally take the form of a financial fine. which may affect the financial liability of the legal entity that committed the violation.

2.1.1. Independent Administrative Authority and European Court of Human Rights

Within the framework of the sanctioning powers attributed to independent administrative authorities, financial sanctions appear to be the most repressive.

The judge therefore monitors compliance with the requirements of Article 6, paragraph 1, of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (ECHR) by independent administrative authorities when they exercise this sanctioning power.

For the European Court of Human Rights, a court is characterized in the material sense by its jurisdictional role, which consists of "deciding, on the basis of

² BENKERRI Sofiane, *Decriminalization of commercial company law*, Academic journal of legal research, Faculty of law and political science, University of Béjaïa, Algeria, number 2, 2017, p.410.

³ Georges. LEVASSEUR, *"the problem of decriminalization"*, Archive of criminal policy, No. 06, 1983. pp. 53-69.

standards of law and at the end of an organized procedure, any question falling within its jurisdiction"⁴.

So The Court of Cassation was the first to draw the consequences of this broad conception of the jurisdictional function and the guarantees attached to it. It indeed acknowledged, in its COB v. Oury judgment of 5 February 1999, that the Commission des opérations de bourse, although it does not constitute a court, is subject to the provisions of Article 6 of the ECHR⁵.

In its Didier judgment of 3 December 1999, the Council of State also considered that, when dealing with actions that could give rise to financial penalties, the Financial Markets Council "must be regarded as deciding on the merits of criminal charges" within the meaning of the provisions of Article 6, paragraph 1, of the ECHR.

On that case, the administrative judge, recalling that the Financial Markets Council sitting in disciplinary formation was not a court under domestic law, nevertheless admitted that the argument based on the violation of a principle recalled in Article 6 could, "having regard to the nature, composition and powers of this body, be usefully invoked in support of an appeal brought before the Council of State against its decision".

Consequently, European law "leads to the consideration that administrative authorities are sometimes administrative bodies, sometimes jurisdictional bodies, depending on the type of power that, in a specific case, they exercise.

Thus, when civil or criminal matters are at stake, it is as they are courts in the European sense of the term that the AAI must provide the guarantees linked to a fair trial and impartial jurisdiction".

2.1.2. Independent administrative authorities and the expansion of the scope of criminalization.

In this regard, some criticize it and consider it as a form of broadening the scope of criminalization in light of the extent of its jurisdiction⁶:

2.1.2.1. Violation of material rules: Unlike the penal code which precisely defines offenses and sanctions, independent administrative authorities have a wide margin to assess the violations and sanctions that suit them. Thus, the elements of the offense benefit from great flexibility, as do the sanctions. that they impose are characterized by severity, some of which is of a professional nature, which means that these authorities combine the powers of criminalization and sanction.

⁴ ECHR, 27 August 1991, Demicoli v. Malta.

⁵ The decision of the Court of Cassation of October 5, 1999, SNC Campenon Bernard SGE, on the sanctioning powers of the Competition Council.

⁶ Ibid, p.411.

Independent administrative authorities have great freedom of action to repress all possible violations. Prohibited acts are rarely provided for, the texts simply referring to the violation of legislative or regulatory texts or to breaches of professional duties. For example, by referring to the competition law in the part relating to the fight against competition. -competitive practices, we note. These texts do not provide for any monitoring of violations and thus pave the way for the sanction of any act that the Competition Council considers to be a practice or a proposed act contrary to the competition rules.

These independent administrative authorities are also criticized on several points, since the Financial Markets Authority itself sets its regulations, ensures their implementation and sanctions non-application, likely to violate the principle of separation of powers. Furthermore, independent administrative authorities cannot compensate victims excluded from this system, the latter being able only to appeal to the civil judge.

2.1.2.2. Violation of procedural rules: Contrary to the procedural guarantees available before the judiciary, commercial companies find themselves confronted with procedures without providing the minimum guarantees of follow-up, because independent administrative authorities have the power to inspect and audit all company documents and review bank statements and statements. They also have the power to investigate and hear representations to determine whether the company has fulfilled its obligations to prevent violations and to take the necessary preventive measures to do so.

Likewise, the presumption of innocence and the right to defense, enshrined in the Constitution, are difficult to know to what extent they are respected given the absence of stipulation on them in the texts established for independent administrative authorities and the absence of prior arrangements. practical, given the limited activity and intervention. However, the rule of law requires that proceedings before independent administrative authorities conform to the judicial model⁷.

Thus, certain French jurisprudence⁸ considered that this was a violation of the principles set out in Article 6 of the European Convention on Human Rights, relating to the presumption of innocence, respect for neutrality and the principle of legality⁹.

⁷ MICHEL Gentot, *Independent administrative authorities*, 2nd Édition, LGDJ, Paris, 1994, P.86.

⁸ J.-M. COULON, *op.cit.*, p.29.

⁹ However, the qualification process activated by the European Court of Human Rights is different, almost opposite, to that of French law. Indeed, it starts from trivial qualifications and the effects of the rules to induce the relevant legal category. Thus, criminal matters do not correspond to the contours of criminal law, any more than civil matters correspond to civil law, which made the submission of administrative decisions rendered by independent administrative authorities to Article 6 of the Convention admissible.

2.2. Justifications of the legitimacy of the repressive power of independent administrative authorities

The aim of this repressive power granted to these bodies is not the complete suppression of criminal law in certain sectors, but in fact, it aims to reconsider criminal repression which has failed to repress certain violations, the prescribed sanctions being become ineffective¹⁰.

2.2.1. The principle of separation of powers accepts the idea of administrative punishment of independent administrative authorities

Modern jurisprudence considers the traditional interpretation of the principle of separation of powers to be rigid and impractical, as it is no longer suitable as a mechanism for distributing powers and is not applicable, as it cannot respond to the developments taking place in modern societies and the requirements of the modern state, and it does not necessarily express Montesquieu's view and thinking¹¹.

In this context, the principle of separation of powers must be applied proportionally and then interpreted as a flexible separation of powers, as required by the exigencies of the times and reality, provided that the three functions remain exercised within the limits of the authority of the State¹².

In this context, the case law has based its adoption of a flexible interpretation of the principle of separation of powers to justify the harmony of the repressive powers of independent administrative bodies with the Constitution, on an analysis according to which the requirement of separation of powers does not prevent the same apparatus from enjoying multiple functions, provided that there are agencies distinct from each other and that there is a distribution of powers between them¹³.

The independence enjoyed by judges as a guarantee of their impartiality should not be interpreted as meaning that their role is limited to applying the law, as if it were a mechanical practice¹⁴. A repressive law has emerged that goes

¹⁰ AISSAOUI azedine, *The repressive power of independent administrative bodies in the economic and financial field*, *Majistère's dissertation*, Faculty of Law, Mouloud Mammeri University, Tizi Ouzou, Algeria, 2004-2005, pp. 19-20.

¹¹ TEITGEN-COLLY (C), "Regulatory bodies and the constitution", RDP, 1990, p.222.

¹² DEGOFFE(M). "Constitution and economic normative competences of regulatory authorities", L.P.A. Special issue, January 22, 2009, No. 16, p.20.

¹³ LOMBARD(M) "Institutions of economic regulation and political democracy", A.J.D.A. n°10, 2005, p.539-540.

¹⁴ LOMBARD(M) "Why independent authorities in economic matters? Typology of their mission". In MARCOU(G) and MASING(J).(s/dir) "the model of independent regulatory authorities in France and Germany", Coll. of the UMR of comparative law of Paris, volume 25, p.147 and s.

beyond the traditional boundaries that exist between criminal repression and administrative repression, especially since criminal repression, like administrative repression, falls within the scope of "criminal matters" within the meaning of the European Convention on Human Rights as such. Consequently, administrative repression is not contrary to the principle of separation of powers¹⁵.

The transfer of repressive competence from a judicial body to an independent administrative body is contrary to the provisions of the Constitution, which enshrines the principle of separation of powers, which distinguishes the powers of the legislative power, the powers of the executive power, and finally the powers of the judicial authority. If judicial authority is exercised by judges, then where do independent administrative authorities with the power of sanction come from?

The French Constitutional Council ended up removing the constitutional obstacles to this attribution through a set of decisions, by which it confirmed the compatibility of the granting of this authority with the principle of separation of powers from two angles¹⁶:

2.2.1.1 the principle of job distribution does not constitute an obstacle to the recognition of the punitive power of independent administrative authorities, through the examination of three important decisions:

- The first decision is Resolution No. 84/181 of 10/11/1984, which concerns the Commission for Transparency and Pluralism of the Press, in which it was declared unconstitutional to grant this commission punitive power, not on the basis of it is in contradiction with the principle of separation of powers, but because of the system applied to sanctions which... Requires prior authorization and restricts the exercise of this freedom¹⁷.

- The second resolution is Resolution 88/248 of 01/17/1989 relating to the Higher Audiovisual Council¹⁸, where the Council considered that the legislator could grant an administrative authority responsible for ensuring that audiovisual communication exercises repressive powers within the limits necessary for the

¹⁵ ROSENFELD(E) and VEIL(J), "*administrative sanction, criminal sanction*", Powers, January 2008, no. 128, p. 61 et seq.

¹⁶ BENAMRANE Souhaila, JABALI Sabrinah, *the extent of the legitimacy of the repressive power conferred on independent administrative authorities*, Journal of Law and Political Science, University of Khenchela, Algeria, Volume 7, Number 2, June 2020, pp. 108-110.

¹⁷ Constitutional Council. Decision No. 84_181 DC of 11/10/1984, law aimed at limiting concentration and ensuring financial transparency and pluralism of press companies. Official Journal of 13 October 1984, p3200.

¹⁸ Constitutional Council. Decision No. 88-248 DC. of January 17, 1989, law amending law No. 86-1067 of September 30, 1986, relating to freedom of communication, considering 15 www.conseil-constitutionnel.fr.

2019/12/07.

exercise of its functions, without this grant being prejudicial to the principle of separation of powers¹⁹.

- The third resolution No. 89/260 of 07/28/1989 concerns the Stock Exchange Commission, where the Constitutional Council approved that independent administrative authorities have the power to impose sanctions, which is in no case contrary to the principle of separation of powers, but it is stipulated that these sanctions do not result in the deprivation of freedoms and that this power is exercised within a legal framework in such a way as to lead to the protection of the rights and freedoms guaranteed by the Constitution, and therefore it has been explicitly stated that punitive authority is in no way contrary to the principle of separation of powers²⁰.

2.2.1.2 the principle of non-cumulative functions does not conflict with the recognition of punitive power by an independent administrative authority.

These are independent administrative authorities which combine both regulatory and punitive specializations. The French Constitutional Council stated in its previous resolution No. 89/260 that this is not a strict separation of functions, but rather cooperation between agencies to carry out the functions. The Constitutional Council considered that the independent administrative authorities were endowed with privileges allowing them to impose sanctions.

Consequently, the exercise by independent administrative bodies of the power to impose sanctions falls within the exercise by the latter of the privileges of public authority, provided that the matter is not linked to public freedoms and that the sanctions imposed by them cannot go to the point of affecting individual freedom²¹. Imprisonment or restriction of individual freedom cannot be part of the administrative sanctions imposed by these bodies, because the constitutions stipulate that the judicial authority is the only authority that restricts individual freedoms and therefore a person cannot be imprisoned or arrested as per. a court order.

The Constitutional Council decided that providing the possibility of appealing against the decision rendered to annul and compensate administrative sanctions is a condition for affirming the constitutionality of these sanctions. It also decided to emphasize that the principle of separation of powers is not a constitutional principle in itself. What is therefore important is the principle according to which the judiciary is the guardian of individual freedom. While

¹⁹ Guédon, Marie-José, *Independent administrative authorities*, General bookstore of law and jurisprudence, Paris, 1991, P.119.

²⁰ Decision No. 89_260 DC of 28/07/1989, law relating to the security and transparency of the financial market, considering N6. Jo. of 01_08_ 1989, P9676.

²¹ LEFEBVRE(J), "*The power of sanction, the repressive network*", in DECOOPMAN (N), (S/dir), *the disorder of independent administrative authorities*, PUF, Coll. Ceprisca, Paris, 2002, p.119-121

separation of powers is one of the highest constitutional principles, while separation of activities of authorities is not one of these constitutional principles. When the independent administrative body exercises judicial jurisdiction, it must adhere to the rules of this function in accordance with the objective standard. It must respect the principles of impartiality of the members of the committee²² and the principle of confrontation regarding the separation between the independent administrative body²³. and the judiciary, this is not in itself a constitutional principle. The independent administrative body can make decisions. It is linked to the judicial power, and the judicial body can make administrative decisions concerning the organs of independent administrative bodies, and therefore the French Constitution. The Council concluded that the administrative sanctions issued by the above-mentioned bodies are constitutional, in all areas and in general, and also judged that the imposition of such sanctions does not violate the European Convention on Human Rights²⁴.

The competence of the economic control authorities to approve and impose sanctions falls within the framework of their control function, the legislator having provided the economic control authorities with a permanent control system which includes, from a point of view material, the degree of compliance with current laws and regulations, and from an organic point of view, all market participants, including traders and consumers, and the relationships between them²⁵. This supervisory power is exercised through two important means: the investigative authority, which aims to ensure compliance. the legitimacy of competition and compliance with the legal rules governing the sector, and the power to initiate legal procedures and measures against economic operators, with the legislator granting these authorities broad powers in the field of control of the behavior of economic operators when they violate laws and regulatory rules. Through the power to impose administrative sanctions adapted to the nature of the violations.

However, the transfer of punitive powers from the criminal judge to the administrative authorities, in particular to the economic control authorities, was not absolute, but limited to two fundamental conditions. The first is that the sentence should not be custodial. The second condition is that administrative

²² ECHR 26 October 1984, *De cubber v. Belgium*, Series A, No. 86; CE 3 Oct. 2011, No. 328326, *Independent Research and Information Committee on Genetic Engineering*, Spiroux de Vendomois, *Dalloz actualité*, 14 Oct. 2011, obs. R. Grand; CE 18 Jul. 2018, req. No. 411345, *Obligation of impartiality of members of independent administrative authorities*, *Dalloz actualité*, 30 Jul. 2018, obs. Jean-Marc Pastor.

²³ EPRON (Q), *"The status of regulatory authorities and the separation of powers"*, RFDA, 2011, p.155.

²⁴ SOUALHIA imad, *Approval of the Punitive Authority of Independent Administrative Bodies*, *Journal of Social and Human Sciences*, University of Tebessa, Algeria, Volume 10, Number 3, 2017, pp. 49-50.

²⁵ GUYOMAR (M), *"Administrative sanction"*, LPA, n°9, 2006, p.8.

sanctions are subject to the same penal principles as criminal sanctions²⁶, in particular the principle of the legitimacy of criminalization and the sanction, the principle of the necessity of the sanction..., etc²⁷.

On the other hand, the repressive power of independent administrative authorities is part of the process of decriminalization, and that the latter results in a transfer of the traditionally recognized competence of the judge for the benefit of the administration²⁸, the latter being called the term "judicial without a judge²⁹. » The phenomenon of decriminalization aims to limit the interference of the judiciary through criminal sanctions, and this is due to its negative effects, because people began to suffer from the expansion of the jurisdiction of the criminal judge to violations. which do not require criminal prosecution because they do not pose a threat to society or to the rights of individuals.

2.2.2. The punitive power of independent administrative bodies in the service of market control as a constitutional function of the state

It seems necessary to adopt a new approach to framing the economy within the framework of the controlling State. From another angle, the State can exercise this role of control through its public powers. Supervision therefore involves measures which, even if they differ or are multiple and are traditionally attributed to different authorities, nevertheless find their unity in the area in which they are practiced³⁰. Repressive power therefore appears as an essential tool that guarantees the effectiveness of the task of controlling the market as a role of the State³¹.

Independent administrative authorities are based on the reconciliation of constitutional principles and economic objectives, which allows them to have different functions³². On the other hand, it has a conflicting function, so there is no

²⁶ ODERZO (J-C), *Independent administrative authorities and the constitution*, doctoral thesis in law, University of Aix-Marseille, 2000, P.437.

²⁷ HASSOUNA Abdelghani, *The specificity of the punitive system in commercial crimes*, Al-Mufakir review, Mohamed Kheidar University, Biskra, Algeria, Volume 15, Number 03, 2020, p.191.

²⁸ ZOUAIMIA Rachid, *Independent administrative authorities and economic regulation*, IDARA, No. 26, 2003. p83.

²⁹ Marie-José. GUEDON, *The independent administrative authorities*, general bookstore of law and jurisprudence, Paris, 1991; p 118.

³⁰ DELVOLVÉ(P), "The power of sanction and the control of the judge", LPA, n°185, September 2001, p.,8.

³¹ TETGEN-COLLY, op, cit, p. 225-226.

³² DU MARAIS (B), "The substantive legal rules applicable to independent authorities", In MARCOU (G) and MASING (J). (S/dir) the model of independent regulatory authorities in France and Germany, collection of the UMR, comparative law of Paris, v.25, 2011, p.245; DECOOPMAN (N), "Towards a new order?", in DECOOPMAN (N), (S/dir), the disorder of

room to talk about judicial authorities monopolizing repressive power³³. Therefore, independent administrative authorities may be competent to examine disputes related to the repression of illegal economic practices³⁴.

We note that the control bodies are experts in a technical field where violators do not appear in the eyes of the public as real deviants³⁵. This advantage is considered a strong argument for the control bodies, given that the administrative sanction is imposed by authorities that have technical expertise and acquired practical experience, which allows them to correctly assess the violations committed and make the sanction proportionate to them³⁶.

Accordingly, the legislative authorization of independent supervisory authorities with the power to impose sanctions has become a constitutional function of the State in the service of constitutional principles, in particular the protection of economic rights and freedoms guaranteed by the Constitution for economic operators, as well as other relevant constitutional rights³⁷.

The legislator has granted the supervisory bodies repressive powers within the framework of the market control mission for which they were created. However, due to the judicial origin of these unilateral measures, the legislator had to take into account the principle of separation of powers. as a constitutional principle while granting such repressive power, which can only be achieved by limiting its scope; This means that it is granted to these independent bodies only to their minimum limits and as required by the role of regulator³⁸.

3. Manifestations of the repressive competence of independent administrative bodies

In order to enable independent administrative bodies to exercise their functions, the legislature has endowed them with broad powers, such as the power to regulate and powers similar to those enjoyed by the judiciary, taking the form of investigation or taxation. sanctions. We will discuss here the manifestations of

independent administrative authorities: the example of the economic and financial sector, PUF, Paris, 2002, p.199.

³³ DOUEB (F), *Financial sanctions of administrative authorities*, Doctoral thesis in law, Paris II, 2003, P.126.

³⁴ QUILICH (P), "Regulating is not judging: reflection on the nature of the sanctioning power of economic regulatory authorities", *AJDA*, n°20, 2004, p.1063.

³⁵ SOHN (B-H), *The process of decriminalization in contemporary criminal law*, thesis, University of Paris I, 2005, p.403.

³⁶ DELZANGLES (H), *The independence of sectoral regulatory authorities: electronic communications, energy and postal services*, doctoral thesis in law, Montesquieu-Bordeaux IV University, 2008, P.430.

³⁷ DELMAS-MARTY (M) and TEITGEN-COLLY (C), *Punish without judging? From administrative repression to criminal administrative law*, *Economica*, Paris, 1992, P.7.

³⁸ FRISON-ROCHE (M-A), "The law of regulation", *Dalloz*, 2001, n°7, p.614.

these organizations in the banking field (the first branch) or in the stock market and competition field (the second branch).

3.1. Manifestations of the repressive jurisdiction of independent administrative bodies in the banking field

We will discuss here the manifestations of the repressive competence of the Monetary and Banking Council (first), as well as the Banking Committee (second).

3.1.1. The repressive competence of the Monetary and Banking Council

The Monetary and Banking Council is composed of: members of the Board of Directors of the Bank of Algeria and a person chosen because of their competence in economic and monetary matters who are appointed by decree of the President of the Republic, a person chosen by virtue of his competence in the field of Islamic banking, and member of the Bank of Algeria having at least the rank of general director, provided that the last three members are by presidential decree³⁹.

The Monetary and Banking Council is chaired by the governor of the Bank of Algeria, who convenes it and sets its agenda. The Council determines its internal regulations and decisions are taken by simple majority of votes. In the event of a tie, the President's vote is decisive.

The Monetary and Banking Council holds at least four ordinary sessions per year and can be convened whenever necessary, at the initiative of its president or two of its members. In this case, they propose the council agenda. Holding Council meetings requires the presence of at least five of its members and no councilor may be authorized to represent it at the Council meeting⁴⁰.

The intervention of certain economic supervisory authorities in the imposition of certain administrative sanctions is devoted to the intervention of the Currency and Loans Board, as an independent supervisory authority in the banking field, in the withdrawal of credit to banks and financial institutions if the conditions to which the credit is subject do not become available, or if the credit is not used for a period of 12 months Or if the activity subject to accreditation stops for a period of 6 months⁴¹.

³⁹ Article 61 of Law No. 23-09 of June 21, 2023 includes the Monetary and Banking Law, Official Journal of the Algerian Republic, No. 43, of June 27, 2023.

⁴⁰ Article 62 of Law No. 23-09 of June 21, 2023.

⁴¹ Article 104 of Law No. 23-09 of June 21, 2023.

3.1.2. The repressive jurisdiction of the Banking Commission

The Banking Committee is responsible for monitoring the extent to which banks and financial institutions comply with the legislative and regulatory provisions applied to them, as well as sanctioning any violations noted. The committee also sets the operating conditions of banks and financial institutions and ensures the quality of their financial situations, as well as compliance with the rules of good conduct of the profession.

Where applicable, offenses committed by persons carrying out the activities of a bank or financial institution without being accredited will be examined and disciplinary sanctions will be applied to them, without prejudice to other criminal and civil proceedings⁴².

The Banking Committee is composed of⁴³:

- ⊗ The Governor is President,
- ⊗ Three members are chosen based on their skills in banking, finance and accounting.
- ⊗ Two judges are appointed: the first from the Supreme Court and chosen by its first president, and the second from the Council of State and chosen by the president of the Council, after consulting the Superior Council of the Judiciary.
- ⊗ A representative of the Audit Council chosen by the President of this Council from among the first advisors,
- ⊗ A representative of the Ministry of Finance, having at least the rank of director.

The members of the Banking Committee are appointed by the President of the Republic for a period of five years. Committee members are not authorized to disclose, directly or indirectly, facts or information of which they became aware in the course of their duties, without prejudice. to the obligations imposed on them by law, except in cases where they are called to testify in a criminal case, this same obligation is imposed on any person used by the Banking Committee to exercise its functions.

The natural result of the report aimed at strengthening the supervisory role of the Banking Committee over banks, financial institutions and other persons is a sanction report in the event that it finds a management defect⁴⁴. Thus, when an establishment subject to the supervision of the Banking Commission violates the rules of good conduct, the Banking Commission can send it a warning after giving its managers the opportunity to provide their explanations⁴⁵. The Banking Committee may also invite any bank or financial institution, when its situation

⁴² Article 116 of Law No. 23-09 of June 21, 2023.

⁴³ Article 117 of Law No. 23-09 of June 21, 2023.

⁴⁴ BEN LATRACH Mona, *Independent administrative authorities in the banking field: a new face of the role of the State*, Administration Review, National School of Administration, Algeria, Volume 12, Number 2, 2002, p.72.

⁴⁵ Article 123 of Law No. 23-09 of June 21, 2023.

justifies it, to take all measures likely to restore or support its financial balance or to correct its management methods within a specified period⁴⁶.

The Banking Committee may also appoint a provisional administrator, to whom are transferred all the necessary powers to manage and manage the affairs of the establishment concerned or its branches in Algeria, and it has the right to pronounce the cessation of payments⁴⁷.

Furthermore, the Banking Commission may impose disciplinary sanctions in the event of misconduct by members of the banking profession, or in the event of violation of one of the legislative or regulatory provisions linked to their activity. The Commission may impose one of the following sanctions, which are: warning, reprimand and prohibition from carrying out certain operations. And other types of limitation of the exercise of the activity, or temporary suspension of one or more managers with or without appointment of an interim manager, or cessation of functions of one or more of these same persons with or without appointment. without appointing an interim manager, as well as withdrawing accreditation. The Commission may also impose, either in place of these sanctions or in addition to them, a financial sanction at most equal to the minimum capital that the bank or financial institution is required to provide. The Treasury collects the appropriate amounts⁴⁸.

3.2. Manifestations of the repressive competence of other independent administrative bodies

We will address here the repressive competence of the Committee for the Regulation and Supervision of Stock Market Operations (first) as well as the Competition Council (second).

3.2.1. The repressive competence of the Committee for the Regulation and Supervision of Stock Market Operations

With the entry of Algeria into a market economy and the withdrawal of the State from the economic and financial sphere, the evolution of the role of the State is highlighted, from a controlling State to a State of control, and this, through the establishment of new forms of control in the economic and financial field. financial sphere⁴⁹.

⁴⁶ Article 124 of Law No. 23-09 of June 21, 2023.

⁴⁷ Article 125 of Law No. 23-09 of June 21, 2023.

⁴⁸ Article 126 of Law No. 23-09 of June 21, 2023.

⁴⁹ HADRI Samir, *Independent administrative authorities who decide in economic and financial matters*, Doctoral thesis, Faculty of Law and Commercial Sciences, M'hamed Bougra University, Boumerdes, Algeria, 2006, p.12.

The Stock Exchange Operations and Surveillance Committee is considered one of the independent administrative authorities in the economic field⁵⁰, responsible for ensuring the proper functioning of the stock market by ensuring transparency and equality between traders in this market. It is also a supervisory and regulatory body responsible for regulating the supervision and development of the capital market, and providing more confidence and credibility to the exchange of transferred securities⁵¹.

The commission for the regulation and control of stock market operations is made up of a president and six members⁵², as specified by the legislator⁵³: "The members of the commission are appointed according to their skills in the financial and stock market fields, for a period of four years, according to the following terms: under the conditions specified by the organization, and according to the following distribution:

- A judge proposed by the Minister of Justice;
- One member proposed by the Minister responsible for Finance;
- A university professor proposed by the Minister responsible for Higher Education;
- A member proposed by the Governor of the Bank of Algeria;
- A member chosen from among the managers of the legal entities issuing the contributed assets;
- A member proposed by the National Liquidator of Chartered Accountants, Chartered Accountants and Chartered Accountants.

Thus, they are appointed by decision of the Minister responsible for Finance for a period of four years and their functions end in the same manner⁵⁴. Half of the composition of the committee, with the exception of the president, is renewed every two years, and this renewal does not extend over the duration of the first mission of the committee⁵⁵.

⁵⁰ Article 20-1 of Legislative Decree No. 08-93 of May 23, 1993 relating to the stock market, Official Journal of the Algerian Republic No. 34 of May 23, 1993 amended and supplemented by law, and No. 1. Council of Administrators of the Algerian Republic, n°11 of February 19, 2003, specifies the following: "An independent control body, enjoying legal personality and financial independence. »

⁵¹ BENAZOUZ Fatiha, *The role of the regulatory and supervisory committee for stock market operations in the protection of the shareholder of a joint stock company*, Doctoral thesis, Faculty of Law and Political Science, Abu Bakr Belkaid University, Tlemcen, Algeria, 2015/2016, p.40.

⁵² Article 24 of Legislative Decree No. 08-93 of May 23, 1993.

⁵³ Article 25 of Legislative Decree No. 08-93 of May 23, 1993.

⁵⁴ Article 6 of Executive Decree No. 94-175 of June 13, 1994 includes the application of Articles 21, 22 and 29 of Legislative Decree No. 93-10 of May 23, 1993 relating to stock market, Official Journal of the Algerian Republic., No. 41, of June 26, 1994.

⁵⁵ Article 23 and 62 of Legislative Decree No. 08-93 of May 23, 1993.

It appears from the composition of the committee that it was constituted collectively and that they are appointed based on their abilities and knowledge in the financial and stock market field. There are also appointments made directly on proposal and some on the basis of a specific list. There is also a judicial element among the members.

The Algerian legislator⁵⁶ granted the Commission for the Regulation and Supervision of Stock Market Operations the power to carry out investigations into banks and financial establishments, without it having the right to invoke professional secrecy.

In return, the members of the Stock Market Operations Regulation and Surveillance Committee and its agents are bound by professional secrecy regarding the facts, acts and information to which they have access due to their function, and under penalty of the sanctions provided for in the Penal Code⁵⁷.

The inquiry and investigation process is carried out by the Commission for Regulation and Surveillance of Stock Exchange Operations and is carried out by qualified agents that it designates. It can also resort to the assistance of external agents⁵⁸, like what the French legislator has provided for the assistance of agents, the supervisory authority for prudence and solutions, accountants or chartered accountants⁵⁹.

The agents responsible for investigations, as part of their duties, are authorized to enter professional workshops, to carry out all useful checks, to request communication of all documents, whatever their medium, and to take a copy⁶⁰.

The right to access professional businesses and request the production of documents aims to subject the financial market to effective control and to facilitate the suppression and punishment of violations, since the question of their inspection and proof is an easy matter⁶¹.

It appears to us that both the Algerian legislator and the French legislator did not specify the type of these documents that could be requested, but rather stipulated in a general manner all documents and whatever their medium. However, unlike the Algerian legislator, the French legislator granted the right to seize documents⁶².

⁵⁶ Article 37 of Legislative Decree No. 08-93 of May 23, 1993.

⁵⁷ Article 39 of Legislative Decree No. 08-93 of May 23, 1993.

⁵⁸ Article 39-2 of Legislative Decree No. 08-93 of May 23, 1993.

⁵⁹ R 621-31 French monetary and financial code.

⁶⁰ Article 37-2 of Legislative Decree No. 08-93 of May 23, 1993. Which corresponds to it in French legislation: L621-10 French monetary and financial code, modified by art. 36 of law No. 2013-672 of July 26, 2013 on the separation and regulation of banking activities, JORF., No. 0173 of July 27, 2013, p.12530.

⁶¹ AIT MOULOUD Fatih, *Protection of Savings Invested in Movable Values in Algerian Law*, PhD thesis, University of Tizi Ouzou, Algeria, 2012, p. 457,

⁶² L621-12 al.1 French monetary and financial code.

The information that the Financial Markets Authority can obtain is only that which is valid for the conduct of the investigation, and the French legislator has explicitly specified that the Financial Markets Authority's right of access is subject to the needs of investigation⁶³.

The stock market operations regulation and control commission may also, after special deliberation, summon any person who provides it with information on the questions before it, or order its agents to summon them. The person summoned may also be assisted by a court. advisor of his choice⁶⁴.

The notion of subpoena authorized by the Commission for Regulation and Control of Stock Market Operations must be taken in its narrow sense, the Commission's investigation cannot be compared to the preliminary investigations of the Code of Criminal Procedure in which persons cannot be detained⁶⁵.

We find the application of the intervention of economic control authorities in the field of imposition of sanctions and sanctions related to the activities of the stock exchange, since the Committee for Regulation and Supervision of Stock Exchange Operations has the power to impose sanctions to those who violate the rules of organization and activity of the stock exchange by imposing sanctions which take the form of a warning, a reprimand and a temporary ban on all or part of the activity or of the definitive withdrawal of approval. In the same context, the legislator also authorized the commission to impose fines estimated at 10,000,000 DZD, an amount equal to the potential profit made thanks to the error committed, and the sums are paid to the Guarantee Fund, in the event of of violations committed in violation of the legislation and regulations relating to the exchange of transferred values, and this through article 51 of the aforementioned legislative decree 93-10.

3.2.2. The repressive jurisdiction of the Competition Council

According to article 24 of Ordinance 03-03 relating to competition, which specifies: "The Competition Council is made up of twelve members belonging to the following categories:

- Six members chosen from among personalities and experts holding at least a bachelor's degree or similar university diploma, and professional experience of at least eight years, in the legal and/or economic field, and possessing a qualification in the areas of competition, distribution and consumption, in the field of intellectual property.

⁶³ L621-10 French monetary and financial code.

⁶⁴ Article 38 of Legislative Decree No. 08-93 of May 23, 1993.

⁶⁵ BOUAZZA Diden, *The supervisory performance of the Committee for Regulation and Supervision of Stock Exchange Operations on trading operations*, Journal of Legal Studies, Laboratory of Fundamental Private Law, Faculty of Law and Political Sciences, Abou Bakr Belkaid University, Tlemcen, Algeria, N 11, 2014.

- Four members chosen from among qualified professionals in practice, or having exercised responsible activities, holding a university degree and having professional experience of at least five years in the field of production, distribution, crafts, services and liberal professions.

- Two qualified members representing consumer protection associations.

Members of the Competition Council may exercise their functions on a permanent basis.

It is useful to recall that the Competition Council has a consultative power which, under Article 35 of Ordinance 03-03, allows it to express an opinion on any question related to competition if the government requests it, and to express any proposals in the areas of competition. It is also consulted by local groups, economic and financial organizations, professional and trade union institutions and associations, as well as consumer associations.

This concerns consultative powers. As for repressive powers, the Competition Council is considered a quasi-judicial body, empowered to impose punitive administrative sanctions on offenders, which take two forms: orders and financial sanctions. and in accordance with article 45 of ordinance 03-03, it issues reasoned orders. It aims to put an end to control practices restricting competition, when the requests and files submitted to it or initiated by it fall within its jurisdiction. These orders take two forms: A positive image means action, and this results in a change in conditions by restoring the competitive balance of the market. A negative image involves failing to take action to stop prohibited practices.

In other words, when a competition council is informed of agreements, the matter is investigated, the parties who can defend themselves are heard and a report is drawn up on which the council meets in session to resolve the matter. If it turns out that the establishment has committed the practice of which the Council has been informed, it may either issue orders obliging it to put an end to the prohibited practice, or conversely oblige it to carry out the act for which it has been informed. abstained. becomes clear that the case requires time to be decided, it may decide to take temporary measures until the final decision in the case.

Therefore, the orders are considered to be administrative decisions issued by the Competition Council to the relevant economic institutions in the case under consideration, which have committed a restrictive competition practice, to the extent that the orders issued by the Competition Council of competition take on a corrective or corrective character, by ordering the economic institutions to correct the practices and actions issued by them, which leads to a disruption of the market due to the practice of restriction of competition, and in the event that orders are not executed, the Council may decide to impose other sanctions.

Temporary or urgent measures are measures taken with the aim of avoiding the worsening of the seriousness of a harmful situation or the continuation of an illegal situation. They are used either to preserve the legitimate rights of institutions or to preserve the public interest. These measures are also

called precautionary measures. Their goal is not to impose punishment, but rather to prevent possible harm. These are temporary measures, and that is what distinguishes them from punishment. However, they are included because they remain an oppressive measure, taken by the Council within the framework. to exercise its repressive authority.

Also, in the event that orders related to interim measures are issued and are not executed, Article 58 of the same order provides for the possibility of imposing a threatening fine of at least 150,000 DZD for each day of delay.

The legislator also conferred on the Competition Council a repressive power, represented by article 56 of Ordinance 03-03 relating to competition, to impose financial fines not exceeding 12 percent of the amount of the competition figure. business excluding expenses carried out in Algeria during the last closed fiscal year., or a financial fine equal to at least twice the profit made thanks to these practices, provided that this fine does not exceed 4 times, and if the economic agent does not have a company number, the fine n does not exceed 6,000,000 DZD, against the economic agent. economic agents who commit practices contrary to competition law.

3.3. A critical reading of independent administrative authorities in France

An independent administrative authority in France is a state institution, without legal personality but with its own power, responsible for one of the following three missions: ensuring the protection of the rights and freedoms of citizens, ensuring the proper functioning of the Administration in its relations with its citizens or participating in the regulation of certain sectors of activity.

The law of 20 January 2017 lists 26 independent authorities (19 independent administrative authorities and 7 independent public authorities), and sets the general status of independent administrative authorities (organization, ethics and operation). It should be noted, however, that some specificities remain for the Defender of Rights, the General Controller of Places of Deprivation of Liberty and the National Energy Mediator⁶⁶.

The Prudential Supervision and Resolution Authority (ACPR) is an institution integrated into the Banque de France, responsible for supervising the activity of banks and insurance companies in France. It is no longer an independent administrative authority pursuant to the law of 20 January 2017. It was founded in January 2010 by Ordinance No. 2010-76⁶⁷, through the merger of the Banking Commission, the Insurance and Mutual Insurance Supervisory

⁶⁶ Article 4, LAW No. 2017-55 of January 20, 2017 relating to the general status of independent administrative authorities and independent public authorities, JORF No. 0018 of January 21, 2017.

⁶⁷ Order No. 2010-76 of January 21, 2010 merging the banking and insurance approval and control authorities, JORF, No. 18 of January 22, 2010, p.1392.

Authority (ACAM), the Insurance Companies Committee (CEA) and the Credit Institutions and Investment Companies Committee (CECEI).

This merger is prepared by article 152 of the 2008 law on the modernization of the economy, which authorizes the Fillon government to carry it out by order. The ACPR's mission is to ensure "the preservation of the stability of the financial system and the protection of customers, policyholders, members and beneficiaries of persons subject to its control"⁶⁸.

The ACPR cooperates with the Financial Markets Authority (AMF)⁶⁹ and Tracfin. Furthermore, it represents France in international banking and insurance bodies.

The Competition Authority is an independent French administrative authority responsible for combating anti-competitive practices, monitoring mergers, formulating opinions and issuing recommendations aimed at improving the competitive functioning of markets and regulating regulated legal professions. Its purpose is to ensure compliance with economic public order, linked to "the defense of sufficient competition on the markets"⁷⁰.

In order to enforce the rules of the competition game, it is required in particular to make decisions, pronounce sanctions, or impose injunctions, subject to appeal before the Paris Court of Appeal and the Court of Cassation and the Council of State. It also issues opinions.

The Competition Authority has the power to issue injunctions, impose financial penalties, accept commitments and grant leniency to certain undertakings that cooperate by helping to detect or establish the existence of cartels. In this regard, it has been held that the commitment procedure before the Competition Authority does not infringe the principle of impartiality of the judge and does not disregard the right to an effective judicial remedy⁷¹. In addition, the Competition Authority punishes agreements, abuses of dominant positions and excessively low prices (anti-competitive practices). These decisions can be appealed before the Paris Court of Appeal.

The investigation is conducted in complete independence by the investigation services, placed under the direction of the general rapporteur. At the end of an adversarial procedure, the cases are examined by the college of the Authority, which, in most cases, sits in section.

⁶⁸ art. L. 612-1 of the Monetary and Financial Code.

⁶⁹ Report to the President of the Republic relating to Ordinance No. 2010-76 of 21 January 2010 merging the banking and insurance approval and control authorities, JORF, No. 18 of 22 January 2010, p. 1389, text No. 12.

⁷⁰ Thomas Pez, "Economic public order", New Notebooks of the Constitutional Council, no. 49, October 2015, pp. 44-57.

⁷¹ Constitutional Council. February 2, 2023, No. 2022-1035 Qpc.

4. Conclusion

Taking into account the specificity of business crimes, the Algerian legislator authorized the possibility of overriding the principle of judicial sanction, by giving certain departments the power to impose sanctions on violators of the rules governing the field of business, because these authorities have a significant margin. in assessing violations and appropriate sanctions.

On the other hand, the importance of moving away from criminal procedure in the field of business criminal law has increased to reduce cases of recourse to criminal justice, to ensure rapid settlement of violations, to reduce the burden on the courts, and move the wheel of economic development and progress of the national economy forward, given that the economic system falters with the removal of businessmen or law violators.

And the Administrative sanctions are sanctions imposed by independent control authorities and insufficiently regulated by the law, because this gap in the texts could be more dangerous for the security of business life than an ineffective sanction. There is a flaw not only in the methods of implementing these sanctions, but also in the authorities responsible for implementing them.

These independent administrative authorities are also criticized on several points, because it is the Financial Markets Authority which sets its regulations, ensures their application and sanctions non-application, which can violate the principle of separation of powers. Furthermore, independent administrative authorities can not compensate victims excluded from this system, the latter being able only to appeal to the civil judge.

And The term of office of members of an independent administrative authority, between 3 and 6 years depending on the authorities, is irrevocable and renewable once. Members exercise their functions with dignity, probity and integrity and ensure that any conflict of interest is prevented or immediately put an end to. They are bound by the secrecy of deliberations and exercise professional discretion. Various incompatibilities are provided for by law⁷².

In its two rulings of 21 March 2016⁷³, the Council of State opened the appeal for abuse of power against so-called "soft law" acts of the regulatory authorities. The Litigation Assembly ruled on the one hand that "the opinions, recommendations, warnings and positions adopted by the regulatory authorities in the exercise of the missions with which they are entrusted may be referred to the judge of abuse of power when they are in the nature of general and mandatory provisions or when they set out individual requirements that these authorities could subsequently censure for non-compliance". These acts may also be the subject of an action for annulment "when they are likely to produce significant effects, in particular of an economic nature, or are intended to significantly

⁷² Articles 5-10, Law No. 2017-55 of January 20, 2017.

⁷³ CE, ass., March 21, 2016, Fairvesta International GmbH et a., No. 368082, Lebon. - CE, ass., March 21, 2016, Sté NC Numericable, No. 390023, Lebon.

influence the behaviour of the persons to whom they are addressed". A series of decisions have since punctuated the case law with clarifications as to the extent of this control.

Bibliography

AISSAOUI Azedine, *The repressive power of independent administrative bodies in the economic and financial field*, *Majistère's dissertation*, Faculty of Law, Mouloud Mammeri University, Tizi Ouzou, Algeria, 2004-2005.

AIT MOULOUD Fatih, *Protection of Savings Invested in Movable Values in Algerian Law*, PhD thesis, University of Tizi Ouzou, Algeria, 2012.

BEN LATRACH Mona, *Independent administrative authorities in the banking field: a new face of the role of the State*, *Administration Review*, National School of Administration, Algeria, Volume 12, Number 2, 2002.

BENAMRANE Souhaila, JABALI Sabrinah, *the extent of the legitimacy of the repressive power conferred on independent administrative authorities*, *Journal of Law and Political Science*, University of Khenchela, Algeria, Volume 7, Number 2, June 2020.

BENAZOUZ Fatiha, *The role of the regulatory and supervisory committee for stock market operations in the protection of the shareholder of a joint stock company*, Doctoral thesis, Faculty of Law and Political Science, Abu Bakr Belkaid University, Tlemcen, Algeria, 2015/2016

BENKERRI Sofiane, *Decriminalization of commercial company law*, *Academic journal of legal research*, Faculty of law and political science, University of Béjaïa, Algeria, number 2, 2017.

BOUAZZA Diden, *The supervisory performance of the Committee for Regulation and Supervision of Stock Exchange Operations on trading operations*, *Journal of Legal Studies*, Laboratory of Fundamental Private Law, Faculty of Law and Political Sciences, Abou Bakr Belkaid University, Tlemcen, Algeria, N 11, 2014.

DEGOFFE (M), "Constitution and economic normative competences of regulatory authorities", *L.P.A. Special issue*, January 22, 2009, No. 16.

DELMAS-MARTY (M) and TEITGEN-COLLY (C), *Punish without judging? From administrative repression to criminal administrative law*, *Economica*, Paris, 1992.

DELVOLVÉ (P), *"The power of sanction and the control of the judge"*, LPA, n°185, September 2001.

DELZANGLES (H), *The independence of sectoral regulatory authorities: electronic communications, energy and postal services*, doctoral thesis in law, Montesquieu-Bordeaux IV University, 2008.

DOUEB (F), *Financial sanctions of administrative authorities*, Doctoral thesis in law, Paris II, 2003.

EPRON (Q), *"The status of regulatory authorities and the separation of powers"*, RFDA, 2011.

FRISON-ROCHE (M-A), *"The law of regulation"*, Dalloz, 2001, n°7.

LEVASSEUR (G), *"The problem of decriminalization"*, Archive of criminal policy, No. 06, 1983.

GUEDON Marie-José, *Independent administrative authorities*, General bookstore of law and jurisprudence, Paris, 1991.

GUYOMAR (M), *"Administrative sanction"*, LPA, n°9, 2006.

HADRI Samir, *Independent administrative authorities who decide in economic and financial matters*, Doctoral thesis, Faculty of Law and Commercial Sciences, M'hamed Bougra University, Boumerdes, Algeria, 2006.

HASSOUNA Abdelghani, *The specificity of the punitive system in commercial crimes*, Al-Mufakir review, Mohamed Kheidar University, Biskra, Algeria, Volume 15, Number 03, 2020.

J.-M. COULON, *The decriminalization of business life*, French documents, 2008.

LOMBARD (M), *"Institutions of economic regulation and political democracy"*, A.J.D.A. n°10, 2005.

GUEDON Marie-José, *The independent administrative authorities*, general bookstore of law and jurisprudence, Paris, 1991.

MICHEL Gentot, *Independent administrative authorities*, 2nd Édition, LGDJ, Paris, 1994.

ODERZO (J-C), *Independent administrative authorities and the constitution*, doctoral thesis in law, University of Aix-Marseille, 2000.

QUILICH (P), *"Regulating is not judging: reflection on the nature of the sanctioning power of economic regulatory authorities"*, AJDA, n°20, 2004.

ROSENFELD(E) and VEIL(J), *"Administrative sanction, criminal sanction"*, Powers, January 2008, no. 128.

SOHN (B-H), *The process of decriminalization in contemporary criminal law*, thesis, University of Paris I, 2005.

SOUALHIA Imad, *Approval of the Punitive Authority of Independent Administrative Bodies*, Journal of Social and Human Sciences, University of Tebessa, Algeria, Volume 10, Number 3, 2017.

TEITGEN-COLLY (C), *"Regulatory bodies and the constitution"*, RDP, 1990.
Thomas Pez, *"Economic public order"*, New Notebooks of the Constitutional Council, no. 49, October 2015.

ZOUAIMIA Rachid, *Independent administrative authorities and economic regulation*, IDARA, No. 26, 2003.