



# Comparative Law Review

*Sustainability and Innovation:  
Perspectives of Comparative law*

*Sostenibilità e innovazione:  
prospettive di diritto comparato*

**ISSN:2038 - 8993**

---



## COMPARATIVE LAW REVIEW

The Comparative Law Review is a biannual journal published by the  
I. A. C. L. under the auspices and the hosting of the University of Perugia Department of Law.

Office address and contact details:

Department of Law - University of Perugia  
Via Pascoli, 33 - 06123 Perugia (PG) - Telephone 075.5852437  
Email: [complawreview@gmail.com](mailto:complawreview@gmail.com)

### EDITORS

Giuseppe Franco Ferrari  
Tommaso Edoardo Frosini  
Pier Giuseppe Monateri  
Giovanni Marini  
Salvatore Sica  
Alessandro Somma  
Massimiliano Granieri

### EDITORIAL STAFF

Fausto Caggia  
Giacomo Capuzzo  
Cristina Costantini  
Virgilio D'Antonio  
Sonja Haberl  
Edmondo Mostacci  
Valentina Pera  
Giacomo Rojas Elgueta  
Tommaso Amico di Meane

### REFEREES

Salvatore Andò  
Elvira Autorino  
Ermanno Calzolaio  
Diego Corapi  
Giuseppe De Vergottini  
Tommaso Edoardo Frosini  
Fulco Lanchester  
Maria Rosaria Marella  
Antonello Miranda  
Elisabetta Palici di Suni  
Giovanni Pascuzzi  
Maria Donata Panforti  
Roberto Pardolesi  
Giulio Ponzanelli  
Andrea Zoppini  
Mauro Grondona

### SCIENTIFIC ADVISORY BOARD

Christian von Bar (Osnabrück)  
Thomas Duve (Frankfurt am Main)  
Erik Jayme (Heidelberg)  
Duncan Kennedy (Harvard)  
Christoph Paulus (Berlin)  
Carlos Petit (Huelva)  
Thomas Wilhelmsson (Helsinki)

COMPARATIVE  
LAW  
REVIEW

VOL. 13/2

*Sustainability and Innovation: Perspectives of Comparative law*

*Conference organized by the young comparatists of the Italian Association of Comparative Law –  
May 13, 2022 - Salerno*

*Sostenibilità e innovazione: prospettive di diritto comparato*

*Incontro di studi a cura dei giovani comparatisti dell'Associazione Italiana di Diritto Comparato –  
13 maggio 2022 - Salerno*

6

SIRIO ZOLEA

Sostenibilità e innovazione: due termini polisemici sospesi tra narrative sociali e narrazioni del potere

13

CLARISSA GIANNACCARI

Mercato e sostenibilità: superare il concetto di responsabilità sociale d'impresa

37

DAVIDE CLEMENTI

Environmental protection through the green principle in the Civil Code of the People's Republic of China

57

ROSA IANNACCONE

La salvaguardia della natura nelle nuove costituzioni andine: declinazioni, tutele e partecipazione popolare

76

CLAUDIA MASCIOPINTO

Smart Contracts: eccessivamente “smart” per essere “contract” o ancora troppo “contract” per essere “smart”? Una prospettiva comparatistica tra Italia e USA

COMPARATIVE  
LAW  
REVIEW

VOL. 14/1

*Sustainability and Innovation: Perspectives of Comparative law*

*Conference organized by the young comparatists of the Italian Association of Comparative Law –  
May 13, 2022 - Salerno*

*Sostenibilità e innovazione: prospettive di diritto comparato*

*Incontro di studi a cura dei giovani comparatisti dell'Associazione Italiana di Diritto Comparato –  
13 maggio 2022 - Salerno*

92

MARYNA VAHABAVA

La *blockchain* e lo *smart contract* nei diritti nazionali e sovranazionali:  
una prospettiva di diritto comparato.

121

EDUARDO OROZCO MARTINEZ

La Legislazione messicana in materia di protezione dei dati personali  
soddisfa il criterio d'adeguatezza europeo?

139

TANIA BORTOLU

Accessibilità dei siti web per le persone con disabilità. Analisi comparata  
delle discipline statunitense ed italiana.

162

SARA POLA

La licenza obbligatoria nel contesto della pandemia:  
uno strumento obsoleto?

183

CAMILLA SCARPELLINO

Responsabilità nell'e-health



SOSTENIBILITÀ E INNOVAZIONE:  
DUE TERMINI POLISEMICI, SOSPESI TRA NARRATIVE SOCIALI E NARRAZIONI  
DEL POTERE.

Introduzione agli atti del convegno di Salerno.

*Sirio Zolea*

Il giorno 13 maggio 2022, si è tenuto, presso l'Università di Salerno, l'evento dei giovani comparatisti dell'Associazione Italiana di Diritto Comparato dal titolo "Sostenibilità e innovazione: prospettive di diritto comparato", patrocinato dal Dipartimento di Scienze Politiche e della Comunicazione, dal Dipartimento di Scienze Giuridiche e dal Dottorato in Scienze Giuridiche dell'ateneo campano. Tale appuntamento convegnistico era stato preceduto da una *call for abstracts*, a seguito della quale, tra le numerose proposte pervenute, il comitato organizzatore aveva selezionato quelle che maggiormente spiccavano per eccellenza. Nel comitato, oltre al sottoscritto, vi erano le Dottoresse Lidia Bonifati, Chiara d'Alessandro, Fosca Lamberti, Paola Valerio e il Dottor Lorenzo Serafinelli, che ringrazio tutti per avermi affidato il compito di scrivere queste righe introduttive in quanto moderatore dell'incontro, a seguito di un lavoro organizzativo portato avanti sempre collegialmente e in piena armonia. Un ampio dibattito ha seguito tutti gli interventi, palesando la curiosità dei presenti (e degli spettatori a distanza) rispetto alle presentazioni ascoltate e offrendo utili spunti ai relatori per arricchire ulteriormente i *paper*.

Per il convegno di Salerno, erano stati scelti temi molto attuali e abbastanza ampi da sollecitare riflessioni trasversalmente rispetto alla classica bipartizione diritto pubblico/diritto privato, abbracciando spunti comparativi potenzialmente afferenti a molte discipline giuridiche e auspicabilmente interdisciplinari, in una dimensione di studio transfrontaliero, a tutto tondo, dei rapporti tra diritto e società. Tale intento è stato pienamente accolto nei contributi selezionati, tra loro ben variegati, che sono stati divisi in un panel mattutino dedicato alla sostenibilità e uno pomeridiano all'innovazione.

Appare opportuno, in questa sede, dedicare alcune righe introduttive ai due argomenti che hanno caratterizzato il convegno e che ora ritroviamo come fili conduttori della presente pubblicazione dei suoi atti, per motivare il rilievo che vi si è voluto dare con la scelta tematica effettuata. Sostenibilità e innovazione: due termini incessantemente ricorrenti nella retorica pubblica di oggi, al punto probabilmente di tradursi in quello che gli antropologi, sociologi e politologi chiamano significanti flottanti o significanti vuoti, suscettibili di riempirsi – e quotidianamente riempiti dai diversi attori politico-giuridico-

---

sociali – dei più vari significati concreti. Vere e proprie etichette *omnibus* del dibattito pubblico del nostro tempo, in quanto tali meritano l'attenzione dello studioso del diritto, e tanto più del giuscomparatista, che può contribuire all'analisi e alla decostruzione di queste sfaccettate figure retoriche e della variegata realtà economico-sociale che brulica alla loro ombra.

L'idea di innovazione allude in primo luogo, ovviamente, agli sviluppi tecnologici in sé considerati, ma soprattutto, per quanto qui interessa, al mutevole rapportarsi dell'ordinamento sociale (e quindi anche giuridico) agli sviluppi stessi e, quindi, al ruolo che la narrazione dominante vi attribuisce nel sistema. Si tratta, pertanto, di un tema intriso di ideologia, senza presentare la linearità di pensiero che poteva caratterizzare la visione di un positivista ottocentesco, probabilmente proprio alla luce dei limiti e degli interrogativi, tanto attinenti al mutare del pensiero scientifico (modelli della relatività, meccanica quantistica, ecc.), quanto di ordine etico (ruolo della scienza e della tecnica nello sviluppo dell'apparato concentrzionale e di sterminio nazionalsocialista e nello sviluppo della bomba atomica, ecc.) e politico-sociale (mondo diviso in blocchi e poi mondo multipolare, ecc.), che il secolo nel frattempo intercorso ha palesato in relazione a tale visione ottimistica. Oggi assistiamo pertanto – e la recente vicenda pandemica ha esacerbato tali tendenze – a un succedersi e a un mischiarsi, sull'oceano dell'immaginario collettivo, talvolta anche per opera dei medesimi attori, di ondate di fideismo scienziato e di irrazionalismo antiscientifico premoderno, che rendono molto difficile, per l'interprete, orientarsi nel dibattito pubblico e, per il giurista in particolare, in una produzione normativa sempre più policentrica e ignara del principio di non contraddizione. D'altronde, le forme diverse e apparentemente contrapposte di fideismo convergono sottilmente nel privato la dinamica politico-giuridica della sua dimensione di dialettica razionale che aveva accompagnato, beninteso insieme alla spinta popolare dal basso, tutte le principali conquiste sociali del dopoguerra e, svuotando la legittimazione popolare della politica e del diritto, concorrono a demandare la presa delle decisioni strategiche a sedi sempre più ristrette e opache.

Dunque, l'innovazione come terreno ideologico: ma questo non come bandiera nitidamente di parte in un tradizionale conflitto tra “conservatori” e “progressisti”, in quanto, paradossalmente, l'etichetta di innovazione, in quanto significativa vuoto, è fatta propria da tutte le fazioni. Essa può essere fonte di legittimazione per tutti e può rivestire ogni tipo di iniziativa regolatoria, di qualsiasi segno, comunque – nel modello che si

manifesta nella sua forma più limpida nell'operare di un legislatore dal contestabile gradiente di democraticità come quello comune europeo – sempre più spesso all'insegna del diritto *octroyé*, com'è per esempio il caso dell'ormai poderoso e stratificato apparato giuridico che contrassegna la materia della protezione dei dati personali. In definitiva, dunque, nella polisemia del termine, esso si presenta come un ampio ombrello che raccoglie ed esprime le più varie aspettative e apprensioni del corpo diffuso della società e, al tempo stesso, i più vari impulsi promananti dal suo gruppo dominante, a fronte dei cambiamenti in atto, dettati dall'avanzamento tecnologico. Nel suo uso nella dialettica pubblica, questa parola funge da satellite al totem dell'eterno presente: entusiasticamente innovativo, ma pur sempre presente, nell'intento, fors'anche inconsapevole, di esorcizzare la pasoliniana “scandalosa forza rivoluzionaria del passato”<sup>1</sup>, nel senso della consapevolezza della dimensione storica, in grado di porre gli individui e i gruppi sociali di fronte alla coscienza dell'inadeguatezza del presente e di far sviluppare la volontà di cambiare, di sovvertire lo stesso nel futuro.

Veniamo ora al secondo polo del dibattito del convegno, la sostenibilità: anch'essa aperta a riempirsi delle più varie suggestioni, a partire dalle sue due principali declinazioni di sostenibilità sociale e sostenibilità ambientale. Se l'innovazione, prima di diventare un significativo vuoto, poteva affondare le sue radici nel mito della borghesia ottocentesca (occidentale, *ça va sans dire*) di un costante progresso dell'umanità, sotto la guida di quella classe sociale, verso un più grande benessere e una maggiore moralità, la sostenibilità è una parola d'ordine assunta nel dibattito pubblico più di recente, per far fronte – sussumendole però sotto l'assetto economico-sociale dominante – alle rivendicazioni del movimento operaio e del movimento per l'ambiente. È un termine che pare rifarsi all'idea di compromesso avanzato tra società e mercato, tra movimento operaio e capitalismo, che aveva caratterizzato le narrative sociali del secondo dopoguerra europeo, su cui, per esempio in Italia, si era fondato un sistema economico misto aperto a più potenziali sviluppi, dentro e fuori la cornice capitalistica. Eppure, rispetto a quell'età dell'oro del costituzionalismo, l'apparentemente ritrovata sintesi tra istanze mercatiste e istanze sociali, e questa volta pure istanze ambientali, è apertamente sbilanciata verso il primo versante, di cui tende ad assumere la non superabilità e la necessaria compatibilità, sicché l'idea di sostenibilità, fatta propria dal legislatore europeo e, a cascata, da quelli nazionali, è entrata a far parte del lessico del potere come narrativa legittimante per politiche e interventi

---

<sup>1</sup> Si veda il documentario “Le mura di Sana'a”, cortometraggio del 1971 di Pier Paolo Pasolini.

---

regolatori praticamente di ogni genere, erodendosi nelle sue – pur non completamente scomparse – sfumature critiche rispetto allo stato di cose presente.

È pertanto con un terreno estremamente complesso e sfaccettato, ricchissimo di spunti di analisi del diritto nei suoi rapporti con la società e con il mutamento sociale, che gli autori delle relazioni al convegno sono stati chiamati a misurarsi, ciascuno nell'ambito specifico da lui scelto. E la sfida – possiamo dirlo – è stata raccolta dai partecipanti con pieno successo, sicché i lavori pervenuti per la pubblicazione, aggiornati al settembre 2022, sviluppando le relazioni presentate, si caratterizzano tutti per un'alta qualità dei contenuti e per uno sguardo lungimirante.

In tema di sostenibilità, il contributo di Clarissa Giannaccari affronta criticamente il problema della responsabilità sociale d'impresa, evidenziando le incertezze e ambivalenze del quadro normativo e servendosi del metodo comparativo nell'ardua ricerca di un filo rosso nel caos della materia. Le notevoli conclusioni spiccano per l'auspicio di non scindere la riforma dei processi di governo e responsabilità delle imprese da questioni strutturali e macropolitiche, cosicché il diritto societario possa darsi anche il compito di porre l'economia di mercato e l'impresa al servizio di una società democratica, con un ruolo di primo piano per lo Stato. L'articolo di Davide Clementi si concentra su un ordinamento oggetto di molta attenzione negli ultimissimi anni, confermando il crescente interesse per un gigante economico e politico in costante ascesa. Tale saggio si occupa dell'attenzione dedicata al “principio verde” nel nuovo Codice civile cinese, probabilmente la più rilevante codificazione di questo primo segmento di XXI secolo, ponendosi conclusivamente l'importante domanda se l'approccio all'ambiente del legislatore cinese consista principalmente in un tentativo di rendere più verde il diritto civile oppure di (ri)socializzare in misura maggiore lo stesso. Il saggio di Rosa Iannaccone, spostandosi nel Sudamerica delle costituzioni andine, guarda a un altro mondo giuridico differente da quello occidentale, in vivace sviluppo, che negli ultimi anni ha suscitato il meritato interesse del nostro mondo accademico. Il nuovo costituzionalismo latino-americano è approfondito nell'articolo dedicando particolare attenzione ad alcuni nodi chiave come le identità indigene e l'istanza della protezione della natura e della partecipazione popolare nelle decisioni ambientali.

In tema di innovazione, l'interessante contributo di Claudia Masciopinto ci porta nel complesso mondo degli *smart contracts*, evidenziando le contraddizioni e le problematiche insite già nel nome di questi avveniristici strumenti. L'analisi comparatistica è focalizzata

sugli ordinamenti italiano (e sulle regole comuni europee) e degli USA. Anche il sapiente approfondimento di Maryna Vahabava è sulla *blockchain* e lo *smart contract*, operando una comparazione che coinvolge la legislazione italiana e quella maltese, quali esempi europei, e Stati USA come New York, Vermont e Arizona, con spunti tratti anche dagli ordinamenti svizzero e della Repubblica di San Marino. La ricchezza e la varietà dei modelli presi in considerazione portano l'Autrice, a conclusione del raffronto, a propugnare un approccio globale e aperto, coinvolgendo le più importanti istituzioni internazionali in vista della redazione di un insieme condiviso di regole tecniche standardizzate. Il saggio di Eduardo Orozco Martínez sposta l'attenzione sull'ordinamento messicano, ponendosi approfonditamente la questione se la sua legislazione sulla protezione dei dati personali soddisfi gli standard europei con riferimento al criterio di adeguatezza, supponendo che tale Paese decida di avviare l'iter procedimentale per diventare destinatario dei dati europei, come parte della strategia per la ratifica del nuovo "Tratado de Libre Comercio entre México y la UE". Cogliendo spunti altresì dal modello argentino, per la sua vicinanza all'esempio europeo, l'articolo coglie la prossimità a tale indirizzo che caratterizza anche il diritto messicano, reputando quindi che una decisione positiva di adeguatezza da parte della Commissione sarebbe altamente probabile.

Le riflessioni in tema di innovazione continuano con l'articolo di Tania Bortolu, che affronta il nodo, di rilievo sociale e costituzionale, dell'accessibilità ai siti web per le persone con disabilità, prendendo in considerazione le regole degli USA e dell'Italia, non solo a livello di disposizioni, ma anche analizzando e soffermandosi su alcuni casi emblematici. Pure il contributo di Sara Pola tocca un tema molto attuale e dibattuto, in questo caso in relazione al contesto pandemico, domandandosi quanto in simili momenti emergenziali si possa fare ricorso allo strumento della licenza obbligatoria, con particolare riferimento a Italia e Germania. Si suggerisce l'idea di immaginare l'introduzione di un obbligo internazionale tale da rendere lo strumento della licenza più incisivo in contesti di emergenza pubblica di grandissima portata. Anche l'ultimo saggio, di Camilla Scarpellino, è legato a vicende sanitarie la cui importanza è stata acuita dalla recente epidemia, affrontando il nodo della responsabilità nell'e-health. Si evidenzia la ragionevolezza dell'idea di un obbligo di copertura dei danni da parte del produttore, il cui legame con l'apparecchio non si estingue con la cessione alla struttura sanitaria, se si considerano la successiva ricezione dei dati durante tutto il periodo di funzionamento della macchina e le possibilità di sfruttamento economico di tale perdurante ricezione.

In definitiva, come il lettore potrà osservare egli stesso, tutti i contributi dimostrano non solo padronanza della materia e capacità espositiva, ma anche il fondamentale spirito critico nell'approcciare e valutare le grandi problematiche del diritto dei nostri tempi. Diceva Schiller che "l'artista è figlio del suo tempo; ma guai a lui se è anche il suo discepolo o peggio ancora il suo favorito". *Mutatis mutandis*, una simile considerazione vale altresì, in qualche modo, per il giurista, tanto più per il giovane giurista in formazione, particolarmente a rischio di cadere nella trappola del semplicismo. Che il giovane comparatista sia figlio della propria epoca, mostrandosi capace di comprenderla e di fornire interpretazioni e suggerimenti utili ai contemporanei, ma che non ne sia soltanto il vuoto apologeta! Che guardi sempre a essa con il necessario distacco critico, non mancando mai di evidenziarne i pericoli e le contraddizioni e attualizzando virtuosamente il tradizionale ruolo del giurista come umanista a pieno titolo.



# MERCATO E SOSTENIBILITÀ: SUPERARE IL CONCETTO DI RESPONSABILITÀ SOCIALE D'IMPRESA

*Clarissa Giannaccari*

## SOMMARIO:

I. IL PROBLEMA DELLA SOSTENIBILITÀ TRA IMPRESA E MERCATO – II. LA RESPONSABILITÀ SOCIALE D'IMPRESA: DA FRIEDMAN A MAYER – III. LA CORPORATE SOCIAL RESPONSIBILITY 50 ANNI DOPO FRIEDMAN: UN RUOLO PER IL DIRITTO COMPARATO – IV. LA RISPOSTA DELL'ORDINAMENTO INTERNAZIONALE E DELL'UNIONE EUROPEA – V. STRUMENTI GIURIDICI NAZIONALI DI RESPONSABILITÀ SOCIALE D'IMPRESA – VI. ISTANZE SOCIALI E MODELLI DI BUSINESS: LA RISPOSTA DEL DIRITTO SOCIETARIO. L'AMBIVALENZA DEGLI ISTITUTI DI HARD LAW – VII. RESPONSABILITÀ SOCIALE D'IMPRESA E DOVERI DEGLI AMMINISTRATORI: UN IDEALE “SPUNTATO” – VIII. LA LEGITTIMAZIONE DEGLI STAKEHOLDERS E L'INSUFFICIENZA DELLA TRADIZIONE CULTURALE GIURIDICA NELL'ESPERIENZA CANADESE – IX. IL DIRITTO COMPARATO ALLA RICERCA DEL FIL ROUGE NEL CAOS DELLA RESPONSABILITÀ SOCIALE D'IMPRESA – X. SUPERARE IL CONCETTO DI RESPONSABILITÀ SOCIALE D'IMPRESA: ALCUNE CONSIDERAZIONI FINALI

*Le dinamiche della globalizzazione disegnano un'impresa irresponsabile che pone regole: modello giuridico specchio dell'autoregolazione del mercato.*

*Si presenta, dunque, urgente una lettura critica del contesto, sfatando gli assunti economici. La comparazione giuridica, indagando le interrelazioni tra le regole prodotte dai diversi centri di interesse, può riscrivere uno statuto del “fare impresa” ed evidenziare le ricadute giuridiche delle trasformazioni nell'economia.*

*Riflettere ancora sulla Corporate Social Responsibility, per un modello di impresa sostenibile, richiede l'analisi di carenze e benefici degli istituti giuridici che hanno tentato di trasformarla in uno strumento cogente attraverso la soft law, il diritto societario e la giurisprudenza. Superare il concetto di responsabilità sociale d'impresa apre scenari nuovi per un ripensamento del governo del mercato.*

**Keywords:** Corporate social responsibility; Sostenibilità; Stakeholderism; Mercato; Mutazione giuridica

## I. IL PROBLEMA DELLA SOSTENIBILITÀ TRA IMPRESA E MERCATO

Già nel 1987 si definiva sostenibile quello sviluppo che «seeks to meet the needs of the current generations without compromising the ability of future generations to meet their own needs»<sup>1</sup>; nel 2019 la sostenibilità è assurta a *new paradigm*<sup>2</sup> del sistema economico e sociale, scatenando reazioni completamente opposte con riferimento al ruolo che il diritto

<sup>1</sup> *Our common future*, Rapporto Brundtland, 1987, 15.

<sup>2</sup> Il riferimento è al documento discusso da Martin Lipton all'*International Business Council of the World Economic Forum* il 2 settembre 2016, *The New Paradigm, A Roadmap of an Implicit Corporate Governance Partnership, Between Corporations and Investors to Achieve Sustainable Long-Term Investment and Growth*. Più di recente, M. Lipton, *Stakeholder Governance – Issues and Answers*, in *Financial Times*, 24 ottobre 2019; M. Lipton et al., *Stakeholder Governance – Some Legal Points*, in *Harvard Law School Forum on Corporate Governance*, 20 settembre 2019.

deve conservare nei confronti dei mercati. Da ultimo, le molteplici crisi scatenate dalla pandemia, nonché dal conflitto armato nel Vecchio Continente, hanno acceso nuovamente la discussione intorno alle dinamiche della globalizzazione<sup>3</sup>. Si ripropone allora il quesito sulla sorte del capitalismo e su quali istituzioni abbiano la legittimazione ad affrontare i temi coinvolti dall'aspirazione verso la sostenibilità e con quali modalità. È innegabile che il capitalismo contemporaneo, globale e finanziarizzato, abbia sempre meno le sembianze del modello manualistico del mercato perfettamente in grado di correggere i propri fallimenti, poiché dominato da concorrenza imperfetta, asimmetrie informative, ingannevoli garanzie di tutela e regole del gioco che concorrono ai profitti privati<sup>4</sup>. Supportato e sorretto sia dalle grandi imprese che dai governi, l'entusiasmo per questo tipo di crescita economica ha scatenato i processi della privatizzazione, del commercio transfrontaliero, della delocalizzazione delle produzioni nei paesi a più basso reddito, dell'aumento delle migrazioni e della rapida finanziarizzazione con conseguente ipertrofia normativa.<sup>5</sup> È evidente il fallimento dell'economia, che ha tentato di autolegittimarsi come scienza dura, perdendo il contatto con le altre scienze sociali, fondamentali per la sua applicazione<sup>6</sup>. Tuttavia, di recente, è stato ribadito che l'economia è un mezzo mirato ad un fine e non un fine di per sé<sup>7</sup>. È urgente, dunque, una riflessione circa la configurazione dell'impresa e il bilanciamento tra intervento pubblico e mercato: attualmente la soddisfazione di interessi altri rispetto al conseguimento del profitto è demandata al potere pubblico, deputato al perseguimento di interessi generali, nonché, secondo una visione liberista, al razionale dispiegarsi delle dinamiche del mercato stesso ed, esclusivamente in caso di fallimento di questo, allo Stato. In questa prospettiva, il pensiero economico contemporaneo sta cercando di recuperare una dimensione ulteriore: la sfida è disciplinare il sistema economico, superando il tabù che i mercati autoregolamentati siano efficienti, stabili ed equi<sup>8</sup>. Ne deriva il richiamo all'insufficienza del paradigma dell'*homo oeconomicus* quale soggetto volto alla massimizzazione del profitto attraverso una razionalità assoluta delle scelte in base alla loro efficienza economica, da sostituire con un nuovo soggetto più rispondente alla complessità del reale<sup>9</sup>. L'attuale problema della sostenibilità mostra tanto il fallimento del mercato, quanto quello dello Stato nel mediare gli interessi in gioco<sup>10</sup>. Esso riguarda innanzitutto lo svolgimento delle attività economiche, la loro rete di relazioni e l'impatto da esse esercitato sulla comunità di riferimento e chiede al diritto di pronunciarsi sui modelli attraverso cui esse si esplicano.

<sup>3</sup> Da ultimo cfr. R. Rolli, *Dalla Corporate Social Responsibility alla Sustainability, alla Environmental, Social and Governance (ESG)*, in *Corporate governance*, 2022, 41 ss., spec. 52 ss.

<sup>4</sup> R.M. Henderson, *Changing the purpose of the corporation to rebalance capitalism*, in 37 *Oxford Review of Economic Policy*, 2021, 835 ss.

<sup>5</sup> Cfr. P. Collier, D. Coyle, C. Mayer, M. Wolf, *Capitalism: what has gone wrong, what needs to change, and how it can be fixed*, in 37 *Oxford Review of Economic Policy*, 2021, 637 ss.

<sup>6</sup> D. Coyle, *Cogs and Monsters: What Economics Is, and What It Should Be*, Princeton, 2021.

<sup>7</sup> J.E. Stiglitz, *Popolo, potere e profitti. Un capitalismo progressista in un'epoca di malcontento*, Torino, 2020, XXXIII.

<sup>8</sup> *Ibidem*, 33.

<sup>9</sup> Una critica puntuale si ritrova in S. Zamagni, *Impresa responsabile e mercato civile*, Bologna, 2013, 125 ss.

<sup>10</sup> R. Rolli, *Dalla Corporate Social Responsibility alla Sustainability*, cit., 53.

L'attuale approccio delle imprese è figlio dell'ipercompetitività nell'epoca della globalizzazione dei modelli giuridici e dell'economia, per cui esse ritengono di non dover rispondere delle conseguenze delle proprie attività in campo economico, sociale e ambientale<sup>11</sup>. Riecheggia la definizione dell'impresa come unità di base della società con la responsabilità di produrre beni e servizi che la collettività desidera e di venderli con profitto: tutte le altre funzioni di essa sono basate su questo fondamentale assunto<sup>12</sup>. Al polo opposto si trova invece la concezione dell'impresa come soggetto storico in un preciso contesto, un insieme di regole tecniche e capitale, nonché una comunità di persone in continua evoluzione che necessita di una direzione in grado di offrire soluzioni a problemi concreti in ottica sostenibile<sup>13</sup>.

Ad oggi, l'impresa è intesa come uno strumento strategico e operativo di sviluppo collettivo che implica una corretta concezione del suo ruolo sociale, fino a parlarsi del superamento dell'archetipo del conseguimento del profitto come caratterizzante l'istituto giuridico, a cominciare dalla sostituzione della finalità lucrativa con il criterio di economicità dell'attività svolta<sup>14</sup>. Il tema della responsabilità sociale d'impresa si pone, dunque, al centro del dibattito sull'intersezione tra diritto, economia ed etica, fino ad immaginare l'affermazione di un modello di impresa non capitalistico<sup>15</sup>.

## II. LA RESPONSABILITÀ SOCIALE D'IMPRESA: DA FRIEDMAN A MAYER

Lungi dal poter ripercorrere lo sviluppo del pensiero sul punto, è noto come, nella storia del diritto societario, il pendolo della concezione dell'impresa e della sua responsabilità oscilla tra contrattualismo ed istituzionalismo, *shareholder* e *stakeholder value*<sup>16</sup>, attraverso una schematica contrapposizione tra teorie, che sfocia in una «iper-semplificazione» delle questioni coinvolte «almeno in parte, forviante»<sup>17</sup>.

Sebbene sia stato Howard Brown a coniare la locuzione *Corporate Social Responsibility*, *rectius* la responsabilità sociale dell'uomo di affari<sup>18</sup>, a segnare un punto centrale è sicuramente Milton Friedman, in un articolo dal titolo "*The Social Responsibility of Business is to Increase Its Profits*", altamente evocativo<sup>19</sup>. In esso, si riconosce che l'impresa ha il solo fine di produrre

---

<sup>11</sup> L. Gallino, *L'impresa irresponsabile*, Torino, 2009.

<sup>12</sup> A.B. Carroll, *A three dimensional conceptual model of corporate performance*, in *The Academy of Management Review*, 1979, 497 ss.

<sup>13</sup> M. Vitale, *L'impresa responsabile. Nelle antiche radici il suo futuro*, Bologna, 2014, 27-28.

<sup>14</sup> Già in P. Spada, *Impresa in Digesto – Discipline privatistiche – Sezione Commerciale VIII*, Milano, 1992, 51, la formula scopo di lucro è definita «insincera, omaggio della tradizione accentuazione speculativa della materia di commercio».

<sup>15</sup> M. Libertini, *Impresa e finalità sociali. Riflessioni sulla teoria della responsabilità sociale dell'impresa*, in *Rivista delle Società*, 2009, 8.

<sup>16</sup> M. Ventrone, *Brief Remarks on "Prosperity" by Colin Mayer and the often Misunderstood Notion of Corporate Purpose*, in *Rivista delle Società*, 2020, 45.

<sup>17</sup> G. Strampelli, *Gli investitori istituzionali salveranno il mondo? Note a margine dell'ultima lettera annuale di BlackRock*, in *Rivista delle Società*, 2020, 53

<sup>18</sup> H.R. Bowen, *Social Responsibility of the Business Man*, Iowa City, 1953.

<sup>19</sup> *New York Times Magazine*, 13 settembre 1970.

quanti più guadagni possibili secondo le finalità indicate dai soci e contenute nell'oggetto sociale<sup>20</sup>, nonché «nel rispetto delle regole fondamentali della società, sia quelle incorporate nelle sue leggi, sia quelle dettate dai suoi costumi etici»<sup>21</sup>. Si definiva così lo *shareholder model*, secondo cui qualunque fattore possa compromettere l'efficienza dell'impresa è considerato un costo superfluo<sup>22</sup>. Questa è diventata la dottrina ortodossa dell'impresa, influenzando anche le scelte di politica economica.

In tempi più recenti si sono affermati ulteriori modelli. Da ultimo, tornando all'origine della teoria di Friedman, ne è stata fornita una rielaborazione che scambia il concetto di *value* con *welfare*<sup>23</sup>. La sostituzione si basa sull'assunto che gli investitori hanno anche interessi etici e sociali e la gestione dei loro risparmi può, e forse deve, tener conto anche di questo. Sembra trovare eco il richiamo effettuato da Friedman alle regole base della società che sono incorporate nei costumi etici e che è nella responsabilità dell'impresa rispettare. Al fine di introdurre gli obiettivi etici nel raggio di azione dell'amministrazione della società, viene proposto l'inserimento di un istituto di democrazia diretta nella gestione societaria, vale a dire un *referendum*, che raccolga le preferenze degli azionisti su questioni di rilevanza sociale.

Ancora, viene sottolineata la rilevanza degli *stakeholders* per una nuova concezione del modo di fare impresa. Essi, volendo promuovere il proprio interesse particolare, chiedono alle imprese di incrementare il proprio valore: le imprese pongono così nuovi *standard* migliorando in maniera spontanea l'efficienza di tutto il sistema economico<sup>24</sup>. La riflessione anticipa alcuni punti per un nuovo volto dell'impresa: la sua dimensione temporale e l'istituzionalizzazione del ruolo che possono assumere a tal fine i portatori d'interesse<sup>25</sup>. Tuttavia, questa visione non si discosta dalla "fede" nella regolamentazione spontanea del mercato, che raggiunge l'equilibrio considerato migliore anche in termini di giustizia sociale. Già per questa ragione, la prospettiva appare distorta rispetto alla realtà. Del resto, anche la valorizzazione della *stakeholder governance* è stata criticata e definita una promessa illusoria<sup>26</sup>. Invero, qualora essa sia un mezzo per massimizzare il valore per gli *shareholders* non è diversa dalla predominanza della posizione degli investitori nella strategia

---

<sup>20</sup> Friedman censura come errata la destinazione di somme da parte delle imprese ad attività filantropiche. Per approfondimenti, si v. V. Capecchi, *La responsabilità sociale dell'impresa*, Roma, 2005, 14 ss.

<sup>21</sup> M. Friedman, *La responsabilità sociale delle aziende consiste nell'accretere i profitti*, trad. D. Perazzoni.

<sup>22</sup> La semplificazione del tipo umano si trova per la prima volta in John Stuart Mill, nel trattato politico-economico *Essay on some unsettled questions of political economy*, in cui si definisce un individuo astratto, del quale si prendono in considerazione esclusivamente le motivazioni economiche legate alla massimizzazione della ricchezza. La scienza economica, dunque, non è chiamata a tenere in considerazione la realtà umana nella sua complessità, ma esclusivamente le ragioni economiche dell'agire. Il parametro però è del tutto superato. *Ex multis*, si v. J. Tittenbrun, *The Death of the Economic Man*, in 11 *International Letters of Social and Humanistic Sciences*, 2013, 10 ss.

<sup>23</sup> O. Hart, L. Zingales, *Companies Should Maximize Shareholder Welfare Not Market Value*, in 2 *Journal of Law, Finance, and Accounting*, 2017, 247 ss.

<sup>24</sup> D. Chandler, *Corporate Social Responsibility. A strategic perspective*, New York, 2015, 121 ss. L'Autore enuclea 10 principi per inserire la Responsabilità sociale d'Impresa nel modello di *business* dell'operatore economico.

<sup>25</sup> L'Autore definisce la *strategic CSR*: «*the incorporation of a holistic CSR perspective within a firm's strategic planning and core operations so that the firm is managed in the interests of a broad set of stakeholders to optimize value over the medium to long term*». D. Chandler, *Corporate Social Responsibility*, cit., 126.

<sup>26</sup> L. Bebchuk, R. Tallarita, *The Illusory Promise of Stakeholders Governance*, in 106 *Cornell Law Review*, 2020, 91 ss.

economica dell'impresa<sup>27</sup>. Si giunge alla medesima conclusione anche qualora gli interessi degli *stakeholders* vengano considerati come fini in sé per cui è demandato agli organi di gestione aziendale la scelta tra gli interessi da perseguire<sup>28</sup>. Nondimeno si riconosce che la protezione della comunità di riferimento non può essere lasciata ai singoli contratti o alle forze del mercato.

Da ultimo, ha guadagnato un ruolo di primo piano la controversa idea della *purpose*, avanzata da Colin Mayer. Questi, oltre a difendere la società per azioni come istituzione per il corretto funzionamento dell'economia, sostiene che essa debba avere una *purpose*, una ragion d'essere a metà tra l'interesse sociale e la missione<sup>29</sup>. Si auspica un ritorno alle origini delle società di capitali e all'idea della condivisione del rischio tra i diversi finanziatori per le opere grandiose per cui essa era nata. A muovere i finanziatori verso una simile condivisione, secondo Mayer, è la *purpose*, che egli propone di indicare negli statuti della società in modo che gli amministratori abbiano l'obbligo fiduciario di perseguirla, apparendo risolutiva anche nel momento critico del passaggio intergenerazionale dell'impresa. Tuttavia la proposta potrebbe convincere se solo si riuscisse a definire i caratteri giuridici della *purpose*: se intesa come obiettivo generale di politica economica o criterio di *corporate governance* non è capace di avere valore prescrittivo. Non pare, comunque, una strada da trascurare.

### III. LA CORPORATE SOCIAL RESPONSIBILITY 50 ANNI DOPO FRIEDMAN: UN RUOLO PER IL DIRITTO COMPARATO

A 50 anni dall'articolo di Friedman, il dibattito non è sopito<sup>30</sup>. Proprio dalle stesse celebri pagine, arriva una chiara denuncia dell'errore di prospettiva che si sta compiendo nel valutare il problema. Appelbaum ammonisce rispetto al dovere di ridefinire il ruolo dello Stato, che non può rimanere neutrale di fronte alle dinamiche del mercato, poiché esso rappresenta il mezzo più potente per disegnare un assetto di interessi equo. È esplicita l'accusa nei confronti dei governi che restano in un limbo tra le esigenze dei cittadini, il sostegno alle imprese e le sanzioni alle ingiustizie sociali<sup>31</sup>.

---

<sup>27</sup> D'altra parte, già in H. Hansmann, R. Kraakman, *The End of History of Corporate Law*, in 89 *Georgetown. Law Journal*, 2001, 439 ss., la teoria dello *shareholder value* è superamento e sintesi delle teorie precedenti.

<sup>28</sup> Si parla a tal proposito di managerialismo vestito da *stakeholderism*, cfr. L. Bebchuk, R. Tallarita, *The Illusory Promise of Stakeholders Governance*, cit., 96.

<sup>29</sup> C. Mayer, *Prosperity: Better Business Makes the Greater Good*, Oxford, 2018.

<sup>30</sup> *Milton Friedman 50 Years Later, a Reevaluation*, disponibile al link <https://promarket.org/wp-content/uploads/2020/11/Milton-Friedman-50-years-later-ebook.pdf>, 17 novembre 2020, ProMarket, pubblicazione digitale dell'Università di Chicago, in cui 27 economisti hanno effettuato una rassegna sulla visione *shareholder*-centrica e *stakeholders*-centrica dell'impresa.

<sup>31</sup> B. Appelbaum, *50 Years of Blaming Milton Friedman. Here's Another Idea. Half a century after he blessed corporate greed, liberals are still trying to rebut his arguments. They're fighting the wrong battle*, in *New York Times*, 18 settembre 2020. Si legge in un passaggio dell'*opinion*: «Government remains the most powerful means to express our collective will. The necessary solution is to create stronger incentives for good behaviour and laws against bad behaviour».

Oggi la necessità di rivedere il diritto societario, alla luce di una nuova costituzione economica, si fa più pressante per l'insostenibilità del mercato<sup>32</sup>. In particolare, si sottolinea il ruolo delle imprese, entità capaci di esercitare una grande influenza<sup>33</sup>, che contribuiscono a scrivere le regole che esse stesse sono tenute a rispettare. Ciò non era contemplato dalla riflessione di Friedman<sup>34</sup>.

Il tema della *Corporate Social Responsibility*, dunque, coinvolge un ragionamento di sistema per il diritto dell'economia, con implicazioni anche di tipo ideologico. Tutto ciò interroga il diritto comparato che, trascendendo le categorie e il positivismo, analizza gli spazi di interrelazione delle norme poste da diversi centri di interesse – non per forza dotati di potestà legislativa come intesa tradizionalmente – ed evidenzia le ricadute giuridiche delle trasformazioni nell'economia internazionale<sup>35</sup>.

#### IV. LA RISPOSTA DELL'ORDINAMENTO INTERNAZIONALE E DELL'UNIONE EUROPEA

*De iure condito*, bisogna innanzitutto riscontrare l'ineffettività dell'istituto trasfuso nella *soft law* internazionale, nonché nella regolamentazione eurounitaria.

L'opportunità di una responsabilizzazione delle imprese, in ambito internazionale, è istanza riscontrabile a partire dagli anni Settanta<sup>36</sup>: le organizzazioni intergovernative hanno dimostrato una sensibilità in materia di responsabilità sociale d'impresa, disegnando strumenti giuridici di *soft law*<sup>37</sup>. La questione più rilevante rimane la loro effettività e coercibilità, in modo da consentire la tutela di quei valori non economici che essi promuovono. D'altra parte, detti strumenti evidenziano la multidimensionalità della responsabilità sociale d'impresa, poiché frutto del dialogo tra fonti eterogenee, con il fine di essere una spinta alla circolazione di modelli e tipi di istituti<sup>38</sup>. È evidente il carattere limitato di simili iniziative dal momento che esclusivamente la collaborazione volontaria degli attori sociali ed economici può costruire un sistema di responsabilità sociale d'impresa effettivo in cui si concretizza l'obbligo delle imprese di rispettare le istanze sociali e quello dello Stato di proteggere la comunità dagli abusi del settore privato.

<sup>32</sup> Cfr. F. Debenedetti, *Fare profitti. Etica dell'impresa*, Venezia, 2021; P. Collier, *Il futuro del capitalismo. Fronteggiare le nuove ansie*, Roma-Bari, 2020, L. Zingales, *Friedman's Legacy: From Doctrine to Theorem*, in AA. VV., *Milton Friedman 50 Years Later*, cit.; J.E. Stiglitz, *Popolo, potere e profitti*, cit.

<sup>33</sup> M. Wolf, *There Is a Direct Line from Friedman to Donald Trump's Assault on Democracy*, in AA. VV., *Milton Friedman 50 Years Later*, cit., 114-116.

<sup>34</sup> Così in A. Mingardi, *A Straight Line from Friedman to the White House?*, in *Econlib's Business Economics collection*, 13 ottobre 2020, in risposta a Wolf (cfr. nota precedente).

<sup>35</sup> F. Viglione, *I «confini» nel diritto privato comparato*, in *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2011, 163 ss.

<sup>36</sup> M.C. Malaguti, G.G. Salvati, *La responsabilità sociale d'impresa. Percorsi interpretativi tra casi e materiali di diritto internazionale, dell'Unione Europea ed italiano*, Padova, 2017.

<sup>37</sup> Si fa riferimento ai principi del *Global Compact*, le Linee Guida OCSE, la Dichiarazione tripartita dell'OIL sulle imprese multinazionali e la politica sociale, i Principi guida su imprese e diritti umani delle Nazioni Unite e la norma ISO 26000. Con riferimento al movimento di sviluppo ed implementazione degli strumenti cfr. G. Sacerdoti, *Le società e le imprese nel diritto internazionale: dalla dipendenza dallo Stato nazionale a diretti destinatari di obblighi e responsabilità internazionali*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2013, 109 ss.

<sup>38</sup> F. Denozza, *L'etica delle relazioni internazionali*, in AA. VV., *I rapporti economici internazionali e l'evoluzione del loro regime giuridico*, Napoli, 2008, 149.

D'altra parte, si è osservato come la *Corporate Social Responsibility* sia diventata parte della *lex mercatoria*<sup>39</sup>. Alla base vi è la considerazione che la scelta volontaria dell'operatore del mercato di inserirsi nelle pratiche in tema di responsabilità sociale viene trasfusa nello strumento contrattuale con cui l'impresa opera. Così la responsabilità sociale assume la veste di obbligazione che seguirà la disciplina dell'inadempimento contrattuale. Tuttavia l'asserzione è sconfessata dalla realtà per cui è inverosimile rintracciare ipotesi di controversie in materia di inadempimenti contrattuali, contestati ad imprese che perseguono politiche industriali e commerciali non conformi alle enunciazioni programmatiche sulla propria *Corporate Social Responsibility*<sup>40</sup>. Si vorrebbe riconoscere, dunque, l'ingresso di questo tipo di responsabilità nella *lex mercatoria*, con l'auspicio che essa venga inserita nei principi UNIDROIT, strumento contrattuale di uniformazione per eccellenza<sup>41</sup>. Ciò, però, non chiarisce l'identità della responsabilità sociale dell'impresa, né riesce a generare un movimento di riflessione per un ripensamento del ruolo dell'impresa nel mercato.

Con riferimento alle politiche dell'Unione Europea<sup>42</sup>, semplificando, il soggetto pubblico europeo si è assegnato il compito di guidare e promuovere processi ed attività che soggetti privati, in questo caso le imprese, mettono in atto spontaneamente. A queste è riconosciuto il ruolo principale di individuare le implicazioni sociali ed ambientali della produzione e di elaborazione delle pratiche responsabili. A completare il quadro ci sono le parti sociali, un coacervo di entità espressione delle più svariate esigenze della collettività. La creazione di un'unica categoria per posizioni tanto differenti sottolinea la scelta delle istituzioni di non conferire identità alla categoria degli *stakeholders*<sup>43</sup>. Ruolo delle parti sociali è quello di esprimere l'interesse che esse rappresentano al fine di negoziare con le imprese soluzioni condivise per il loro perseguimento. Ciò in aderenza al modello di sviluppo economico-sociale cui si ispira il Trattato di Lisbona, che prevede una funzione centrale delle imprese. L'assenteismo delle istituzioni si spinge fino ad avallare il ruolo dei semplici cittadini-consumatori<sup>44</sup>, secondo l'idea del consumatore che vota comprando. Traspare un'adesione a quello che Bauman ha definito "*populismo di mercato*" che considera

---

<sup>39</sup> P. Galizzi, *Corporate Social Responsibility: is it a part of today's lex mercatoria?*, in *Eppure si muove, The age of Uniform Law, Essays in honour of Michael Joachim Bonell to celebrate his 70<sup>th</sup> birthday*, Unidroit ed., 2016, 594 ss.

<sup>40</sup> Sul punto si rinvia a K.P. Mitkidis, *Sustainability Clauses in International Business Contracts*, The Hague, 2015, in cui si tenta una ricostruzione delle clausole contenute nei contratti di commercio internazionale che sono riconducibili a politiche di responsabilità sociale.

<sup>41</sup> Così P. Galizzi, *Corporate Social Responsibility*, cit., 595.

<sup>42</sup> Per alcuni spunti del sistema di responsabilità sociale d'impresa nell'Unione Europea, cfr. L. Papi, *Crisi del sistema "volontaristico" e nuove frontiere europee della responsabilità sociale d'impresa*, in *Rivista del diritto commerciale*, 2019, 109 ss.; D. Russo, *La promozione della responsabilità sociale d'impresa nell'Unione europea*, in *Diritto dell'Unione Europea*, 2011, 477 ss.; O. De Schutter, *Corporate Social Responsibility European Style*, in *14 European Law Journal*, 2008, 203 ss.

<sup>43</sup> Sul punto, cfr. R.E. Freeman, J.S. Harrison, A.C. Wicks, B.L. Parmar, S. de Colle, *Stakeholders theory. The State of art*, Cambridge, 2010.

<sup>44</sup> E' nota l'ipertrofia normativa promossa dall'Unione Europea e la sua centralità nelle politiche dei vari settori. Per una ricostruzione recente cfr. F. Vessia, *La responsabilità sociale delle imprese e dei consumatori*, in *Federalismi.it*, 15, 2019

quest'ultimo «*come lo strumento democratico più affidabile (se non addirittura l'unico possibile)*»<sup>45</sup>, dimenticando che il consumo più che un atto di libertà, è un atto obbligatorio e di sottomissione all'ordine sociale.

L'approccio tratteggiato appare peculiare dell'organismo regionale, intento ad incentivare la libera circolazione di persone, capitali e servizi per competere sullo scenario globale<sup>46</sup>. Le regolamentazioni dell'Unione Europea in materia di obblighi d'impresa e tutela del lavoro e dell'ambiente vengono riconosciute come le tappe di un percorso di «rimodulazione, attraverso i propri attori, di certi aspetti tipizzanti il sistema giuridico-economico di riferimento»<sup>47</sup>.

La prospettiva sconta una visione parziale e inefficace. Filo rosso dell'approccio eurounitario è il mito del mercato in cui l'operatore è informato circa ogni aspetto dell'agire ed in grado di influenzare le attività imprenditoriali in modo che queste antepongano al profitto una serie di necessità non annoverabili tra le finalità perseguite dagli azionisti<sup>48</sup>. Da ciò scaturisce una regolamentazione caotica formata da strumenti informativi, strumenti miranti alla creazione di *partnership*, strumenti economico-finanziari relativi al meccanismo premio-incentivo; strumenti normativi di *soft law* e strumenti "ibridi", che, nelle legislazioni nazionali, finiscono per diventare obblighi di rendicontazione e dichiarazione a carico delle singole imprese, senza alcuna effettività. Nessun riconoscimento per le istanze di sostenibilità sociale si rinviene nel diritto dell'Unione Europea.

#### V. STRUMENTI GIURIDICI NAZIONALI DI RESPONSABILITÀ SOCIALE D'IMPRESA

Tra gli ordinamenti nazionali, invece, si può tentare una lettura di istituti esistenti funzionalizzata ad implementare il campo della responsabilità sociale d'impresa per trasformarla in strumento cogente. Sul piano delle norme di diritto positivo, con specifico riferimento al tema trattato, gli ordinamenti attuali sono stati classificati<sup>49</sup> in diverse categorie: (i) ordinamenti senza norme che autorizzino gli amministratori alla cura di interessi diversi da quelli degli azionisti, *trend* attualmente maggioritario; (ii) ordinamenti con norme che autorizzano espressamente gli amministratori alla cura di interessi diversi da quelli degli azionisti e tuttavia non li obbligano; (iii) ordinamenti con norme di *soft law* che pongono il dovere per gli amministratori di prendersi cura degli interessi degli *stakeholders*; (iv) ordinamenti in cui è sancito per legge il dovere di cura degli interessi degli *stakeholders*; (v) ordinamenti in cui il dovere per gli amministratori di tutelare gli interessi degli *stakeholders* è affermato in giurisprudenza.

---

<sup>45</sup> Z. Bauman, *Homo consumens. Lo sciame inquieto dei consumatori e la miseria degli esclusi*, Trento, 2021, 39 ss.

<sup>46</sup> R. Schmidpeter, S.O. Idowu, *Corporate Social Responsibility in Europe. United in Sustainable Diversity – a summary*, in AA. VV., *Corporate Social Responsibility in Europe. United in Sustainable Diversity*, Berlino, 2016, 504 ss.

<sup>47</sup> Così F. Riganti, *Disclosure non finanziaria e diritto delle società: aspetti di corporate governance e (possibili) ricadute in tema di interesse sociale*, in *Le Nuove Leggi Civili Commentate*, 2, 2019, 478.

<sup>48</sup> *Ibidem*.

<sup>49</sup> B. Horrigan, *Corporate Social Responsibility in the 21st Century. Debates, Models and Practices Across Government, Law and Business*, Cheltenham, 2010.

Nella rassegna di strumenti in ottica di *Corporate Social Responsibility*, è possibile individuare tre diversi livelli giuridici: (i) istituti di diritto commerciale; (ii) disposizioni in materia di responsabilità degli amministratori e (iii) legislazione e giurisprudenza in tema di legittimazione ad agire degli *stakeholders*.

#### VI. ISTANZE SOCIALI E MODELLI DI *BUSINESS*: LA RISPOSTA DEL DIRITTO SOCIETARIO. L'AMBIVALENZA DEGLI ISTITUTI DI *HARD LAW*

La creazione di un modello societario originale, con lo scopo di promuovere un'impresa che risponde alla comunità in cui opera, si deve all'ordinamento statunitense. In particolare, nel 2010 nasce la *Benefit Corporation* nella quale si ritrovano tutti i fattori extragiuridici<sup>50</sup> che superano il principio per cui l'attività d'impresa è organizzata e gestita principalmente in vista del profitto degli *stockholders*. Si reputa che questo meccanismo si sia consolidato a partire da *Dodge v. Ford Motor Corporation*<sup>51</sup>, decisione che, però, non costituisce consolidato precedente<sup>52</sup> né tantomeno prescrive il solo fine di lucro come scopo dell'impresa nell'ordinamento statunitense<sup>53</sup>.

La regolamentazione in materia di *Benefit Corporation* nasce per permettere agli amministratori di inserire anche gli interessi degli *stakeholders* nel bilanciamento delle scelte dell'impresa, in risposta al principio della *shareholder wealth maximization*<sup>54</sup>.

La *Model Benefit Corporation Legislation*<sup>55</sup>, anche *Model Act*, nell'interesse degli *stakeholders* introduce: (i) l'obbligo di perseguire, insieme allo scopo di lucro, attività di beneficio comune, esplicitato nell'interesse sociale; (ii) il dovere di prendere in considerazione, come regola di condotta per gli amministratori, gli interessi dei terzi coinvolti nello svolgimento dell'attività di impresa; e (iii) il principio di trasparenza nella gestione, esplicitato in un obbligo di rendicontazione. Quanto rimane fuori dal perimetro della regolamentazione segue la consueta disciplina delle *business corporation*<sup>56</sup>. Alla normativa che ne disegna l'archetipo si sono ispirati tutti gli Stati che hanno introdotto la *Benefit corporation*, a partire

---

<sup>50</sup> L. Ventura, *Benefit Corporation e Società benefit tra innovazione creativa e imitazione di modelli*, in B. De Donno, L. Ventura (a cura di), *Dalla benefit corporation alla società benefit*, Bari, 2018, 90 ss.

<sup>51</sup> *Dodge v. Ford Motor Co.*, 204 Mich. 459 (1919).

<sup>52</sup> «*Dodge v. Ford is . . . bad law, at least when cited for the proposition that the corporate purpose is, or should be, maximizing shareholder wealth. . . . In the past thirty years, the Delaware courts have cited Dodge v. Ford as authority in only one unpublished case, and then not on the subject of corporate purpose, but on another legal question entirely*», L. Stout, *Why We Should Stop Teaching Dodge v. Ford*, in 3 *Virginia Law & Business Review*, 2008, 166.

<sup>53</sup> L. Stout, *The Shareholder Value Myth: How Putting Shareholders First Harms Investors, Corporations, and the Public*, San Francisco, 2012, 3-4.

<sup>54</sup> M.J. Loewenstein, *Benefit Corporation: a Challenge in Corporate Governance*, in 68 *The Business Lawyer*, 2013, spec. 1008 ss.

<sup>55</sup> Il *Model Business Corporation Act* rappresenta la legislazione modello dell'ordinamento delle società di capitali negli stati uniti. Lo strumento regolamentare è stato adottato dal *Committee on Corporate Laws* con il supporto dell'*American Bar Association*.

<sup>56</sup> *Model Act* § 101 (c).

dal Maryland<sup>57</sup>, con pochissime modifiche anche nell'applicazione, con l'eccezione del Delaware: lì, il *Delaware's Code*<sup>58</sup> costituisce un modello parzialmente autonomo.

Per quanto più di rilievo, quest'ultima normativa pone l'obbligo in capo agli amministratori di società *benefit* di operare un vero e proprio bilanciamento<sup>59</sup> tra i vari interessi coinvolti nell'attività d'impresa e non semplicemente di tenerli in considerazione come voluto dal *Model Act*<sup>60</sup>, nonostante venga ribadita l'applicazione della *business judgment rule*<sup>61</sup> e la mancanza di doveri fiduciari verso i terzi beneficiari del *public benefit*<sup>62</sup>.

La normativa italiana in tema di società *benefit*<sup>63</sup> costituisce un esempio di trapianto giuridico dall'ordinamento statunitense<sup>64</sup>. Anche qui la società *benefit* da un lato è finalizzata al tradizionale scopo di dividere gli utili, e, dall'altro, intende perseguire una o più finalità di beneficio comune, operando – in modo responsabile, sostenibile e trasparente – nei confronti di una serie di soggetti i cui interessi sono considerati rilevanti dall'ordinamento<sup>65</sup>.

---

<sup>57</sup> Le *Benefit Corporation* sono disciplinate nei seguenti Stati: Hawaii (2011), Vermont (2011), Virginia (2011), California (2012), Louisiana (2012), Massachusetts (2012), New York (2012), South Carolina (2012), Arkansas (2013), Illinois (2013), Pennsylvania (2013); Washington DC (2013), Arizona (2014), Colorado (2014), Connecticut (2014), Florida (2014), Nebraska (2014), Nevada (2014), Oregon (2014), Rhode Island (2014), Utah (2014), West Virginia (2014), Idaho (2015), Indiana (2015), Minnesota (2015), Montana (2015), New Jersey (2015), New Hampshire (2015), Tennessee (2016), Kentucky (2017), Kansas (2017), Texas (2017), Wisconsin (2018).

<sup>58</sup> Del. Code Ann. Tit. 8 §§ 361 – 368.

<sup>59</sup> La differenza tra bilanciamento e considerazione è così esplicita «“Balance” could mean giving exactly equal weight to each factor, but more likely means giving some weight to each factor. “Consider,” however, only requires directors to think about each factor and could allow directors to completely disregard a factor after considering it». J.H. Murray, *Social enterprise innovation: Delaware's public benefit corporation law*, in 4 *Harvard Business Law Review*, 2014, 355, nota 64.

<sup>60</sup> *Delaware Code* tit. 8, § 365 (a).

<sup>61</sup> In estrema sintesi, la *business judgment rule* consiste nella presunzione di buona fede nei confronti dell'operato degli amministratori. In assenza di prova contraria, relativa alla malafede o all'abuso di poteri di questi ultimi, il loro operato è presunto come rispondente al migliore interesse della società che sono chiamati a gestire. Detta regola, di fatto, permette alle Corti di evitare la valutazione di merito sulla ragionevolezza delle scelte gestionali, mentre obbliga l'attore a fornire una sorta di *probatio diabolica* con riferimento alla negligenza degli amministratori.

Per una definizione della *business judgment rule* che ne esalta la valenza processualistica di presunzione quasi assoluta della correttezza della decisione amministrativa si veda *Aronson v. Lewis*, 473 A.2d 805, 812 (Del.1984) secondo cui «the business judgment rule is a presumption that in making decision the directors of a corporation acted on an informed basis, in good faith and in the honest belief that the action taken was in the best interests of the company... Absent an abuse of discretion, that judgment will be respected by the courts. The burden is on the party challenging the decision to establish facts rebutting the presumption».

<sup>62</sup> *Delaware Code* tit. 8, § 365 (b).

<sup>63</sup> Art. 1, commi 376 – 384, L. 28 dicembre 2015, n. 208. Per un primo esame della disciplina si veda D. Siclari, *Le società benefit nell'ordinamento italiano*, in *Rivista trimestrale di diritto dell'economia*, 2016, 36 ss.; per un rilievo critico rispetto alla responsabilità sociale d'impresa, M. Squeglia, *Il welfare aziendale tra CSR e trasformazioni d'impresa Le società benefit e il welfare aziendale. Verso una nuova dimensione della responsabilità sociale delle imprese*, in *Diritto delle Relazioni Industriali*, 2020, 61 ss.

<sup>64</sup> L. Ventura, *Benefit corporation e circolazione di modelli: le «società benefit», un trapianto necessario?*, in *Contratto e impresa*, 2016, 1134 ss.

<sup>65</sup> P. Guida, *La «società benefit» quale nuovo modello societario*, in *Rivista del Notariato*, 2018, 501 ss.

Gli istituti rappresentano, insomma, la risposta alle stesse istanze teoriche avvertite in area statunitense: superare l'impianto societario tradizionale, ammettendo forme di organizzazione d'impresa volte anche al perseguimento di finalità di beneficio comune. In particolare vengono previsti due differenti tipi di benefici: uno generale, l'altro specifico. Tuttavia, la previsione del secondo non è necessaria, a condizione che lo statuto preveda il perseguimento del beneficio comune generale. Quest'ultimo è necessario affinché il raggiungimento degli interessi legati al fine di lucro della società non prevalga sugli scopi di pubblica utilità<sup>66</sup>. È diversa la soluzione adottata nel Delaware, che prevede che lo statuto debba contenere l'indicazione di uno o più *specific public benefit*<sup>67</sup>.

Tuttavia l'ampiezza del concetto giuridico di beneficio comporta una eccessiva vaghezza. Sebbene permetta una grande elasticità dell'istituto favorendone la circolazione, oltre a poter ricomprendere tra le finalità delle imprese gli interessi più vari<sup>68</sup>, solleva notevoli problematiche interpretative e applicative, inficiando l'efficacia dello strumento. Non appare infatti semplice attribuirvi un significato oggettivo<sup>69</sup>, né è in grado di dettare agli amministratori le linee guida per effettuare il contemperamento degli interessi disomogenei e spesso confliggenti dei terzi beneficiari<sup>70</sup>. Anzi, permette un utilizzo del modello societario meramente strumentale al profitto per i soci<sup>71</sup>, riconducendo l'istituto nell'alveo delle dinamiche tradizionali del diritto societario.

I punti di maggiore ostacolo in termini di efficacia dell'istituto, che non sembra essere capace di realizzare una effettiva *Corporate Social Responsibility*, possono identificarsi (i) nella mancata enucleazione degli *stakeholders* con conseguente impossibilità di mettere ordine nella categoria; (ii) nell'assenza di un'azione di responsabilità nei confronti dell'impresa da parte dei terzi nel cui interesse essa è chiamata ad attuare il beneficio comune.

Con riferimento al primo punto, l'espressione "terzi portatori di interesse nei confronti del soggetto impresa" si rileva infatti tanto generica da poter essere ricondotta ad una mera clausola di stile, utilizzata dal legislatore per incontrare la sensibilità sociale e tacere su una rivisitazione del soggetto impresa.

Con riferimento al secondo rilievo, resta esclusivamente la possibilità dei soci di proporre una *derivative action*: gli spazi di una tutela diretta da parte degli *stakeholders* risultano quasi inesistenti. Sul punto, non costituisce presidio sufficiente il presunto controllo del perseguimento del beneficio comune che, sia negli Stati Uniti che in Italia, spetta ai privati

---

<sup>66</sup> W.H. Clark Jr, *The Need and Rationale for the Benefit Corporation: Why it is the legal form that best addresses the needs of Social Entrepreneurs investors and ultimately the public*, B-Lab white paper, 2013, spec. 17; L. Ventura, *Benefit corporation e circolazione di modelli*, cit., 1044 ss.

<sup>67</sup> La medesima soluzione è stata adottata anche in Colorado.

<sup>68</sup> J.H. Murray, *Social enterprise innovation: Delaware's public benefit corporation law*, cit., 353.

<sup>69</sup> J.W. Callison, *Putting New Sheets on a Procrustean Bed: How Benefit Corporations Address Fiduciary Duties, the Dangers Created, and Suggestions for Change*, in 2 *American University Business Law Review*, 2012, 98 ss.

<sup>70</sup> L. Ventura, *Benefit corporation e circolazione di modelli*, cit., nota 58. Per l'ordinamento italiano, sono stati rintracciati sintomi di incompatibilità della disposizione con il diritto societario, cfr. G. Riolfo, *Le società "benefit" in Italia: prime riflessioni su una recente innovazione legislativa (seconda parte)*, in *Studium Iuris*, 2016, nota 33.

<sup>71</sup> S. Corso, *Le società benefit nell'ordinamento italiano: una nuova «qualifica» tra profit e non profit*, in *Le Nuove Leggi Civili Commentate*, 2016, 1009.

interessati, attraverso gli istituti preposti all'applicazione del principio di trasparenza che permette, *rectius* dovrebbe permettere, “a tutti” di verificare la condotta dell'impresa. Anche in questo campo, la *disclosure* si manifesta come una garanzia meramente formale<sup>72</sup>. Nessuna delle normative esclude, poi, la vigenza della *business judgement rule*<sup>73</sup>, con il fine di conferire agli amministratori una posizione di sicurezza rispetto ad un ruolo intrinsecamente contraddittorio, dal momento che essi sono chiamati a contemperare interessi tra loro confliggenti. Essa non può subire condizionamenti e pressioni provenienti dai destinatari del beneficio ed impone, quale unico correttivo ai consueti parametri di diligenza, lealtà e correttezza, il rispetto del canone aggiuntivo di una gestione equilibrata degli opposti interessi. Per questa ragione, le decisioni in tema di bilanciamento degli interessi sono sottratte al sindacato giurisdizionale qualora siano scelte compiute in maniera motivata e informata, sul convincimento di rappresentare il migliore interesse per la società e in assenza di conflitto di interessi<sup>74</sup>. Si compie, dunque, una perfetta equiparazione nell'esonero da responsabilità per le scelte informate sia che riguardino il *business*, sia che riguardino attività *benefit*<sup>75</sup>.

Ciò posto, non può negarsi che l'istituto societario in commento abbia definitivamente spezzato la dicotomia tra impresa speculativa e non speculativa, intaccando l'approccio tradizionale<sup>76</sup> e facendo registrare un inizio di contaminazione del sociale con i fini economici<sup>77</sup>. Tuttavia, giova sottolineare che l'«idea che la responsabilità sociale delle imprese possa supplire alle carenze crescenti dell'azione pubblica costituisce un gravissimo errore»<sup>78</sup>.

È necessario, dunque, ammettere la fragilità dell'intero sistema di responsabilità sociale d'impresa rispetto alla sua effettiva capacità di far coincidere enunciazioni di principio e azione, relegando tutto all'orientamento valoriale del governo dell'impresa<sup>79</sup>. Si manifesta l'inefficienza grave dell'unico modello legislativo di impresa *benefit*, nelle declinazioni statunitense ed italiana, che, nonostante sia strumento di *hard law*, fa sì che la responsabilità sociale d'impresa sia un potere, che non si traduce né in un dovere, né in una responsabilità giuridica<sup>80</sup>, ma in spazio di irresponsabilità per gli amministratori. Da questo punto di vista, nonostante la creazione di un modello di società apposito per perseguire finalità *benefit*, la

<sup>72</sup> M. Squeglia, *Il welfare aziendale tra CSR e trasformazioni d'impresa*, cit., 82.

<sup>73</sup> Chiaramente evidenziata la problematicità relativa all'ambito operativo della *business judgement rule* in D. Corapi, *Dalla benefit corporation alla società benefit. Note conclusive*, in B. De Donno, L. Ventura (a cura di), *Dalla benefit corporation alla società benefit*, cit., 114 e 115.

<sup>74</sup> S. Corso, *Le società benefit nell'ordinamento italiano*, cit., 1023.

<sup>75</sup> C. Angelici, *La società per azioni e gli “altri”*, in Sacchi R. (a cura di), *L'interesse sociale tra valorizzazione del capitale e protezione degli stakeholders. In ricordo di Pier Giusto Jaeger*, Milano, 2010, 45 ss.; J. Chu, *Filling a nonexistent gap: Benefit Corporation and the myth of shareholder wealth maximization*, in 22 *Southern California Interdisciplinary Law Journal*, 2013, 155-190.

<sup>76</sup> G.D. Mosco, *L'impresa non speculativa*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 2017, 216 ss.

<sup>77</sup> G.F. Esposito e M.A. Ferri, *Impresa senza confini e marketing al futuro. Per un capitalismo civile e un'impresa socialmente responsabile*, New York, 2018, 142.

<sup>78</sup> M. Libertini, *Economia sociale di mercato e responsabilità sociale dell'impresa*, in *Orizzonti del diritto commerciale*, 2013, 26.

<sup>79</sup> G.F. Esposito e M.A. Esposito, *Impresa senza confini e marketing al futuro*, cit., 156.

<sup>80</sup> Secondo l'incisiva espressione usata in J.M. Coutinho de Abreu, *CSR – “responsabilità” senza responsabilità (legale)?*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 2019, 1088 ss.

*Corporate Social Responsibility* contemporanea appare alquanto conservatrice poiché lascia sostanzialmente intatta la forma giuridica dell'operatore economico<sup>81</sup>.

#### VII. RESPONSABILITÀ SOCIALE D'IMPRESA E DOVERI DEGLI AMMINISTRATORI: UN IDEALE "SPUNTATO"

Il diritto societario britannico ha tentato di porre rimedio al problema dell'irresponsabilità degli amministratori attraverso la *section 172* del *Companies Act 2006*, che ha configurato una responsabilità di tipo sociale dell'ente collettivo<sup>82</sup>.

Il testo prevede che gli amministratori debbano promuovere in buona fede il successo della società, e che, nel far ciò, debbano avere riguardo per l'impresa nel loro complesso. Siamo in presenza della trasposizione normativa del cosiddetto *enlightened shareholder value*, che recepisce la tradizione di *common law* anglo-gallese<sup>83</sup>. Centrale è la valutazione della buona fede dell'amministratore, intesa in senso soggettivo ed interpretata in maniera molto blanda sia in dottrina<sup>84</sup>, che in giurisprudenza<sup>85</sup>, con il risultato di aver mandato esenti da responsabilità anche gli amministratori della *Royal Bank of Scotland* per il suo collasso del 2008<sup>86</sup>. Si è anche tentato di ricostruire la buona fede degli amministratori qualificandola come soggettiva e spezzandone l'equivalenza con la buona fede della persona comune<sup>87</sup>. Con riferimento alla responsabilità sociale dell'ente collettivo, la norma fornisce una serie di parametri a cui le valutazioni degli amministratori devono rifarsi nell'operare le scelte strategiche. Per quanto di rilievo, un espresso richiamo alla comunità e all'ambiente è contenuto nella lett. d)<sup>88</sup>, nonché nella necessità di valutazione delle ricadute delle scelte manageriali nel lungo periodo (lett. a)<sup>89</sup>, non essendo il breve periodo un parametro sufficiente per verificare l'impatto dell'operatore economico nel contesto sociale: ciò fa

---

<sup>81</sup> P. Ireland, *Limited liability, shareholder rights and the problem of corporate irresponsibility*, in 34 *Cambridge Journal of Economics*, 2010, 853, secondo cui «contemporary CSR is a rather conservative notion, which seeks only to ameliorate [...]; contemporary CSR, with its emphasis on voluntary self-regulation, leaves untouched the shareholder oriented model of the corporation and the corporate legal form as presently constituted».

<sup>82</sup> P. De Gioia Carabellese, *Corporate Social Responsibility e Common Law*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 2019, 1042 ss.; A. Al-Hawamdeh, I. Chiu, M. Goergen, C. Mallin, E. Mitleton-Kelly, *The interpretation of the director's duty under section 172 Companies Act 2006: insights from complexity theory*, in 4 *Journal of business law*, 2013, 417 ss.

<sup>83</sup> D. Fisher, *The Enlightened shareholder – Leaving stakeholders in the dark: will section 172(1) of the Companies Act 2006 make directors consider the impact of their decisions on third parties?*, in 20 *International company and commercial law review*, 2009, 10 ss.

<sup>84</sup> D. French, S. Mayson, C. Ryan, *Company law*, Oxford, 2015, 488.

<sup>85</sup> Un caso emblematico è *Regentcrest plc v Cohen* [2001] 2 BCLC 80.

<sup>86</sup> P. De Gioia Carabellese, *Corporate Social Responsibility e Common Law*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 2019, 1044 ss.

<sup>87</sup> P. De Gioia Carabellese, *Corporate governance of British banks and duties of directors: practical implications of the Royal Bank of Scotland's demise*, in 3 *Law and economics yearly review*, 2014, 134 ss.

<sup>88</sup> *Sec. 172 (1) A director of a company must act in the way he considers, in good faith, would be most likely to promote the success of the company for the benefit of its members as a whole, and in doing so have regard (amongst other matters) to – ... (d) the impact of the company's operations on the community and the environment.*

<sup>89</sup> *Sec. 172 (a) the likely consequences of any decision in the long term.*

parlare di un'apertura della regolamentazione delle imprese verso il sociale e il sostenibile<sup>90</sup>. Un ulteriore profilo di valutazione deve essere rivolto ai terzi titolari di interessi con la previsione di un' indefinita categoria di "altri"<sup>91</sup>: la gamma di portatori di interessi rilevanti si presenta molto ampia. Nonostante ciò, nella concezione plasmata dalla legge britannica, il primato continua ad appartenere agli interessi dei soci<sup>92</sup>.

La previsione della *section 172* non sembra, dunque, scalfire la tradizione del diritto societario, anche perché essa non effettua alcuna graduazione di tipo gerarchico per le ipotesi di conflitto tra parametri.

Un limite ulteriore della normativa è la non vincolatività per gli amministratori dei suddetti parametri: anche essa appare un'arma spuntata, non essendo dotata né di prescrittività, né di tutelabilità in giudizio<sup>93</sup>. Invero, l'obbligo gravante sugli amministratori è ritenuto assolto con riferimento ad una singola deliberazione presa in seno al consiglio di amministrazione di una società dal cui verbale risulti, anche in modo generico, che sono stati tenuti in considerazione tutti i parametri elencati dalla *section 172*: nessuna azione contro di essa potrà infatti essere intrapresa<sup>94</sup>. La previsione, che vorrebbe l'impresa britannica orientata verso forme di sviluppo sostenibile, dunque, si scontra con l'improbabilità che una norma in tema di doveri degli amministratori possa introdurre una forma di responsabilità sociale dell'ente<sup>95</sup>.

Con riguardo al risultato di una circolazione del modello proposto dal *Company Act* del Regno Unito, in riferimento all'inserimento di una qualche forma di responsabilità negli altri ordinamenti, se ne rileva una dubbia utilità dal momento che non ha apportato nessun cambiamento sostanziale nell'approccio del diritto societario<sup>96</sup>. Tuttavia, esso mostra che la *Corporate Social Responsibility* costituisce un livello di regole che punta a fondersi con il preesistente sistema giuridico. Come affermare che, ai fini di una declinazione effettiva della responsabilità sociale d'impresa, è necessario che essa scompaia come idea, talché i suoi principi possano emergere nel nuovo diritto societario<sup>97</sup>.

---

<sup>90</sup> In dottrina diverse sono le voci che hanno analizzato le implicazioni di *corporate social responsibility* della *section 172(1)* del *Companies Act 2006*, sul punto de P. Gioia Carabellese, *Corporate Social Responsibility e Common Law*, cit., nota 28.

<sup>91</sup> *Ivi*, 1045 ss.

<sup>92</sup> L. Talbot, *Critical Company Law*, Londra, 2016, 79; P.L. Davies, S. Worthington, *Principles of modern Company law*, Mytholmroyd, 2012, 557-558.

<sup>93</sup> B. Hanningan, *Company law*, Oxford, 2018, 225 ss.

<sup>94</sup> P.L. Davies, S. Worthington, *Principles of modern Company law*, cit., 508. Anche con riferimento alla giurisprudenza già consolidata prima dell'emanazione della normativa in questione, come nel caso *Edge v Pensions Ombudsman* [2000] Ch. 602.

<sup>95</sup> P. De Gioia Carabellese, *Corporate Social Responsibility e Common Law*, cit., 1060.

<sup>96</sup> Così in R. Williams, *Enlightened shareholder value in UK Company law*, in 35 *University of New South Wales Law Journal*, 362, secondo cui «It is argued here that *ESV* does not represent any substantive change in the approach of UK company law to stakeholders, and as such the model of the UK Companies Act is of doubtful usefulness to other jurisdictions in seeking to enhance social responsibility in their company law». In *Re West Coast Capital Ltd* [2008] CSOH 72, si legge «[S. 172 did] little more than set out the pre-existing law».

<sup>97</sup> J. Zhao, *Corporate Social Responsibility in Contemporary China*, Cheltenham, 2014, 261-262.

Anche l'articolo 64 del codice delle società portoghese<sup>98</sup> prevede, alla lettera b), che gli amministratori devono osservare doveri di lealtà, nell'interesse della società, tenendo conto degli interessi a lungo termine dei soci e ponderando gli interessi degli altri soggetti rilevanti per la sostenibilità dell'impresa. Dunque, la disposizione richiede di perseguire, a livello prevalente, l'interesse sociale comune a tutti i soci; a livello secondario, gli interessi dei terzi: la tutela e il perseguimento di questi ultimi, dunque, non implica necessariamente l'abbandono della massimizzazione del profitto<sup>99</sup>.

La norma inserisce il lungo termine nell'orizzonte del giuridicamente rilevante; tuttavia, la mancata o insufficiente ponderazione degli interessi dei non soci non ha sanzione. I terzi non hanno alcuno strumento per potere annullare una decisione pregiudizievole per i loro interessi, né per ritenere responsabili gli amministratori che non hanno considerato detti interessi nelle scelte effettuate<sup>100</sup>. Anche in questo caso, è prevalso il riconoscimento di spazi di insindacabilità delle decisioni agli amministratori<sup>101</sup>.

In definitiva, anche gli ordinamenti dotati di una disposizione in materia di responsabilità degli amministratori, con riferimento alla responsabilità sociale d'impresa, lasciano un ampio spazio discrezionale all'organo esecutivo nel ponderare gli interessi in gioco<sup>102</sup>. D'altra parte, il dovere degli amministratori di tener conto degli interessi dei terzi sussiste esclusivamente nei confronti della società: invero gli *stakeholders* non possiedono nessuna legittimazione a farne valere l'eventuale violazione. Si è, dunque, in presenza di un ideale spuntato<sup>103</sup>.

#### VIII. LA LEGITTIMAZIONE DEGLI *STAKEHOLDERS* E L'INSUFFICIENZA DELLA TRADIZIONE CULTURALE GIURIDICA NELL'ESPERIENZA CANADESE

Esempio peculiare è quello proveniente dal Canada in cui si è riconosciuto alle corti la facoltà di ammettere azioni derivative di non azionisti attraverso la *section 238(d)* del *Canadian Business Corporation Act* del 1985. La disposizione prescrive che il tribunale può riconoscere la legittimazione ad agire nei confronti dell'impresa per ogni soggetto che, nella sua discrezione, ritiene appropriato per presentare domanda giudiziale rispetto all'applicazione della legge. Il quadro della presenza di *Corporate Social Responsibility* nella legislazione esaminata si completa con la previsione di cui alla *section 241(a)* che permette

<sup>98</sup> Art. 64 *Deveres fundamentais, Código das Sociedades Comerciais. Decreto-Lei n.º 262/86. Diário da República n.º 201/1986, Série I de 1986-09-02.*

<sup>99</sup> R. Costa, *La business judgement rule nel diritto societario portoghese tra autonomia degli amministratori e razionalità imprenditoriale*, in D. Caterino, I. Ingravallo (a cura di), *L'impresa sostenibile alla prova del dialogo dei saperi*, Torino, 2020, 327 ss.

<sup>100</sup> J.M. Coutinho de Abreu, *Curso de direito comercial, vol. II - Das sociedades*, 6 ed., Almedina, 2019, 285-292; J.M. Coutinho de Abreu, *CSR – “responsabilità” senza responsabilità (legale)?*, cit., 1088 ss.

<sup>101</sup> C. Angelici, *Divergenze sulla “responsabilità sociale” d'impresa*, in *Rivista delle Società*, 2018, 16; M. Libertini, *Impresa e finalità sociali*, cit., 23.

<sup>102</sup> H. Fleischer, *La definizione normativa dello scopo dell'impresa azionaria: un inventario comparato*, in *Rivista delle Società*, 2018, 803 ss.

<sup>103</sup> Secondo un'espressione di A.A. Berle Jr., *For Whom Corporate Managers Are Trustees: A Note*, in *42 Harvard Law Review*, 1932, 1367.

alla stessa tipologia di soggetti di agire con i cosiddetti *oppression remedies*<sup>104</sup>, azioni poste a presidio delle minoranze i cui interessi vengono lesi da chi detiene il controllo dell'impresa. Inizialmente appannaggio dei soli azionisti, dal *leading case BCE Inc. v. 1976 Debentureholders*<sup>105</sup>, essi sono strumento di tutela anche degli *stakeholders*. Così, la Suprema Corte ha formalmente riconosciuto la dimensione del *best interest* dell'impresa e la posizione dei soggetti *non shareholders*<sup>106</sup>.

Sono, quindi, i tribunali ad avere la facoltà di determinare l'appropriatezza di qualsiasi soggetto per invocare i citati rimedi. Le corti, nel fare ciò, possono fare leva sul concetto di interessi inserito nelle disposizioni che permette un approccio interpretativo estensivo, rispetto al concetto di *rights* tradizionalmente utilizzato<sup>107</sup>. Secondo quanto affermato dalla Corte Suprema canadese nelle sentenze *People*<sup>108</sup> e *BCE*<sup>109</sup>, lo *statute* pone in capo al soggetto economico il dovere di proteggere e favorire gli interessi dei terzi.

Tuttavia, la portata normativa e applicativa non si è tradotta in un regime capace di proteggere effettivamente gli interessi delle *constituencies* terze all'attività d'impresa. Anche in questo caso, il maggiore impedimento al funzionamento della normativa è l'applicazione della *business management rule*<sup>110</sup>. Inoltre, l'analisi della giurisprudenza canadese mostra la difficoltà nel contemperamento degli interessi per l'aspetto amorfo di quelli appartenenti agli *stakeholders* rispetto agli strumenti e alle tecniche che gli operatori del diritto sono abituati a maneggiare. Il concetto appare problematico a livello giuridico, in quanto non riesce a risolversi in qualcosa di più concreto delle dichiarazioni generali e di principio<sup>111</sup>. In definitiva, nonostante il carattere innovativo della disciplina canadese, i tribunali, con le loro tradizioni, non sono apparsi attrezzati, o forse disposti, ad esercitare gli ampi poteri loro assegnati. Invero, applicando la *business judgement rule*, essi si astengono dal lambire nel merito le strategie e le politiche economiche su cui sono chiamati a giudicare.

<sup>104</sup> Sul tema si veda B. Heape, *Oppression Proceedings and Trust Remedies: What are the limits?*, in 31 *Company & Securities Law Journal*, 2013, 325 ss; M. May, *Oppression in the context of corporate trustees*, in 87 *Australian Law Journal*, 2013, 271 ss.

<sup>105</sup> 2008 SCC 69 (CanLII), [2008] 3 SCR 560.

<sup>106</sup> Si legge in una famosa pronuncia: «*We accept as an accurate statement of law that in determining whether they are acting with a view to the best interests of the corporation it may be legitimate, given all the circumstances of a given case, for the board of directors to consider, inter alia, the interests of shareholders, employees, suppliers, creditors, consumers, governments and the environments*». *Peoples Department Stores Inc (Trustee of) v Wise*, 2004 SCC 68 at para 42, [2004] 3 SCR 461.

<sup>107</sup> P.M. Vasudev, *Corporate Stakeholders in Canada—An Overview and a Proposal*, in 45 *Ottawa Law Review*, 2013, 149 ss.

<sup>108</sup> *Peoples Department Stores Inc (Trustee of) v Wise*, 2004 SCC 68, [2004] 3 SCR 461.

<sup>109</sup> *CE Inc v 1976 Debentureholders*, 2008 SCC 69, [2008] 3 SCR 560.

<sup>110</sup> Secondo la definizione giurisprudenziale: «*The law as it has evolved in Ontario and Delaware has the common requirements that the court must be satisfied that the directors have acted reasonably and fairly. The court looks to see that the directors made a reasonable decision not a perfect decision. Provided the decision taken is within a range of reasonableness, the court ought not to substitute its opinion for that of the board even though subsequent events may have cast doubt on the board's determination. As long as the directors have selected one of several reasonable alternatives, deference is accorded to the board's decision*». [1999] 42 OR (3d) 177, (*sub nom* *Pente Investment Management Ltd v Schneider Corp*) [1999] 44 BLR (2d) 115 (Ont CA) [*Maple Leaf* cited to BLR].

Sul punto, si v. P.M. Vasudev, *Corporate Stakeholders in Canada*, cit., 156 ss.

<sup>111</sup> E. Waitzer, J. Jaswal, *Peoples, BCE, and the Good Corporate 'Citizen'*, in 47 *Osgoode Hall Law Journal*, 2009, 456.

In maniera interessante è stato osservato che l'ostacolo all'applicazione dell'*Act* da parte delle corti è costituito dall'inquadramento delle vicende nel «*legal idiom*»<sup>112</sup>, nella cultura giuridica. Gli organi giudicanti sembrano inibiti dagli *standard* giuridici e trovano difficoltà nel tutelare gli interessi dei *non-shareholder*. In dottrina si è concluso che il sistema giuridico, con i suoi strumenti convenzionali, è apparentemente sopraffatto dalle complessità del modello di *stakeholders governance* e, dunque, incapace di formulare risposte efficaci e significative<sup>113</sup>.

L'assunto può essere esteso ad ogni giurisdizione. Invero, revisionare le decisioni del soggetto impresa può avere importanti implicazioni politiche e ideologiche, che sembrano lasciare sia il legislatore, sia gli organi giudiziari in una sorte di palude poiché non si riesce a fare breccia nei meccanismi propri dell'applicazione del diritto e, dunque, nel ragionamento giuridico. La questione non è solo tecnica. Non si tratta solo di trovare una soluzione in grado di fornire risultati, ma anche di conciliare la libertà di iniziativa economica, con il diritto di proprietà, la tutela dei soggetti terzi<sup>114</sup>, nonché con il valore che si potrebbe esprimere in termini di sostenibilità economica dell'ordine sociale.

Si resta insomma alla ricerca di uno statuto epistemologico per lo sviluppo di istanze di giustizia sociale nel governo dell'economia, ma la scienza giuridica appare lungi dall'essere consapevole del suo ruolo in questa fase di transizione.

#### IX. IL DIRITTO COMPARATO ALLA RICERCA DEL *FIL ROUGE* NEL CAOS DELLA RESPONSABILITÀ SOCIALE D'IMPRESA

Nonostante la pressione urgente in termini di sostenibilità, la responsabilità sociale d'impresa resta avvolta in una nube di incertezza: manca ancora una regola giuridica che trasformi le istanze etiche in comportamenti giuridicamente vincolanti. Le posizioni assunte dagli ordinamenti appaiono viziate da ambiguità e contraddizioni, legate ad una concezione utilitaristica della funzione sociale dell'impresa<sup>115</sup> e strumentale al mercato, che ne fa uno strumento di *greenwashing*<sup>116</sup>.

In un panorama così differenziato e caotico, colpisce la convergenza degli ordinamenti verso la soluzione per cui la cura degli interessi degli *stakeholders* rientra nella discrezionalità gestionale degli amministratori<sup>117</sup>. Accanto alla valenza universale della *business management rule*, rileva la centralità del volontarismo, dal momento che è solo la volontà di chi

---

<sup>112</sup> P.M. Vasudev, *Corporate Stakeholders in Canada*, cit., 160 ss.

<sup>113</sup> *Ivi*, 177 ss.

<sup>114</sup> Sul punto, si segnala un recentissimo scritto di P.M. Vasudev, *Beyond Shareholder Value. A Framework for Stakeholders Governance*, Cheltenham, 2021.

<sup>115</sup> M. Squeglia, *Il welfare aziendale tra CSR e trasformazioni d'impresa*, cit., 61.

<sup>116</sup> L. Gatti, P. Seele, L. Rademacher, *Grey zone in – greenwash out. A review of greenwashing research and implications for the voluntary-mandatory transition of CSR*, in 4 *International Journal of Corporate Social Responsibility*, 2019, 6.

<sup>117</sup> In tal senso, D. Katelouzou, P. Zumbansen, *The Transnationalization of Corporate Governance; Law, Institutional Arrangements, & Corporate Power*, in 38 *Arizona Journal of International and Comparative Law*, 2021, 52; M. Libertini, *Economia sociale di mercato e responsabilità sociale dell'impresa*, cit., 16.

amministra che può permettere all'impresa di considerare il suo impatto sulla comunità di riferimento.

L'interrogativo che si pone riguarda la tipologia dell'intervento di politica legislativa necessario perché il diritto disegni un soggetto impresa come idealtipo diverso da quello delineato dalle teorie economiche.

Nessuno degli strumenti tracciati sembra sufficiente a ricondurre la responsabilità sociale dell'impresa nell'alveo della responsabilità giuridica. Al fine di conseguire questo fine, potrebbe, però pensarsi ad una combinazione di strumenti giuridici esistenti. In particolare, la previsione plasmata dalla *sec. 172 del Companies Act* del 2006 si configura come un'arma spuntata, dal momento che gli obblighi stabiliti per legge in capo agli amministratori delle imprese nei confronti dei terzi portatori di interesse, non sono affiancati da uno strumento di azionabilità della pretesa. Dunque, appare ragionevole ipotizzare un innesto di questa disposizione all'interno di ordinamenti giuridici che contengono una clausola generale di responsabilità civile e viceversa<sup>118</sup>. Così, la combinazione di una disposizione specifica di diritto societario con la norma generale in tema di responsabilità extracontrattuale, imperniata su un sistema di atipicità, fornirebbe una soluzione alla responsabilità dell'impresa.

Ciò che appare evidente è che le singole norme, introdotte al fine di imporre la rilevanza degli interessi degli *stakeholders*, hanno determinato effetti asimmetrici, riducendo il rischio di responsabilità per gli amministratori, con un ampliamento dello spazio di discrezionalità privo di sanzioni, senza, però, un apprezzabile miglioramento in termini di sostenibilità<sup>119</sup>. Resta, dunque, da chiedersi se la riflessione non debba avere una portata più ampia rispetto a quella relativa a singoli aspetti del diritto societario da manipolare e combinare per ottenere una forma di responsabilità sociale dell'impresa. Allo stato, invero, nonostante tutte le differenze di disciplina, in nessuno degli ordinamenti esaminati l'introduzione di una definizione normativa di scopo dell'impresa, di un modello di *business*, di obblighi di responsabilità o di legittimazione ad agire da parte degli *stakeholders* ha prodotto effetti rilevanti, né ha sollecitato pronunce giurisprudenziali. Una possibile ragione di ciò può rintracciarsi nella sedimentata cultura giuridica, sicuramente influenzata dallo sviluppo economico e dal mito dell'autoregolazione del mercato<sup>120</sup>. Emerge pertanto la necessità del ruolo della cultura critica, carattere distintivo del diritto comparato, per svelare l'immaginario colonizzato dalla scienza economica che consegna immagini distorte della realtà, falsando ogni tipo di considerazione che su di essa si fonda<sup>121</sup>.

Ed invero la questione di diritto societario, nella prospettiva illustrata, è sintomo di un portato ben più complesso, che vuole segnare il passaggio da una concezione della collettività e della persona incentrata sulla razionalità economica e mutuata dall'idealtipo *homo oeconomicus*, alla considerazione di un soggetto più ricco e complesso, con crescenti

---

<sup>118</sup> Soluzione paventata tra le righe in M. Libertini, *Economia sociale di mercato e responsabilità sociale dell'impresa*, cit., 16.

<sup>119</sup> H. Fleischer, *La definizione normativa dello scopo dell'impresa azionaria*, cit., 816.

<sup>120</sup> J.E. Stiglitz, *Popolo, potere e profitti*, cit., specialmente 45 ss.; A. Somma, *Voce Capitalismo*, in *Enciclopedia Treccani*, Roma, 2020, 217 ss.

<sup>121</sup> U. Mattei, *Beni comuni. Un manifesto*, Roma-Bari, 2011, XVII.

livelli di socialità<sup>122</sup>. Proprio questo tipo di attenzione relativa al *background* economico ha portato parte della dottrina straniera ad utilizzare un approccio diverso nello studio del problema, rivolgendo la propria attenzione anche alla politica economica degli ordinamenti e alla legislazione sociale<sup>123</sup>. Gli studi diventano, pertanto, multidisciplinari, sottolineando la necessità di un ripensamento dell'impresa rispetto al settore pubblico economico. Cionondimeno essa viene prevalentemente intesa come attore privato, governata dalla disciplina contrattuale<sup>124</sup>.

#### X. SUPERARE IL CONCETTO DI RESPONSABILITÀ SOCIALE D'IMPRESA: ALCUNE CONSIDERAZIONI FINALI

Un diritto societario plasmato dalle leggi del mercato mostra il suo limite. È necessario richiamare antiche intuizioni per cui le relazioni di mercato si presentano come rapporti di mutua assistenza e fiducia<sup>125</sup>. Ed invero quest'ultima risiede nell'impalcatura di diritti e obbligazioni disciplinate da regole che non sono di natura economica, ma si basano su principi e valori "vestiti" dal diritto. Detti principi non possono che essere fissati dal legislatore, dal momento che il potere pubblico non può rinunciare al governo dei mercati. Il diritto, dunque, dovrebbe superare l'equivalenza tra economia e la sua forma di mercato<sup>126</sup>. Questo rappresenta un aspetto della società ed è uno strumento da costruire<sup>127</sup>. La suggestione è quella di superare i discorsi introno alla responsabilità sociale d'impresa, dal momento che essa ha naturalizzato un certo tipo di capitalismo, nascondendo pratiche irresponsabili e spolticizzando la ricerca di un'economia responsabile<sup>128</sup>.

In questa prospettiva, è necessario riscrivere l'istituto giuridico dell'impresa, riconoscendone la responsabilità nei confronti della collettività, invertendo la prospettiva: la sostenibilità sociale non deve essere identificata come conseguenza del successo economico, ma un presupposto dell'agire economico<sup>129</sup>.

Come dire, dunque, che il modello *benefit* e il fine che persegue non sia più solo un istituto *transitorio*, che rappresenta un modo di declinazione dell'organizzazione dell'attività d'impresa, ma diventi la struttura dell'impresa: l'unità di base del diritto commerciale.

<sup>122</sup> G.F. Esposito e M.A. Ferri, *Impresa senza confini e marketing al futuro*, cit., 175.

<sup>123</sup> M.J. Roe, M. Vatiero, *Corporate Governance and Its Political Economy*, in 56 *The Oxford Handbook Of Corporate Law and Governance*, 2018.

<sup>124</sup> «Corporate leaders who have discretion to do so should still not be expected to benefit stakeholders beyond what would be necessary for shareholder value maximization» cfr. L.A. Bebchuk, R. Tallarita, *The Illusory Promise of Stakeholders Governance*, cit., 91-178.

<sup>125</sup> A. Genovesi, *Delle Lezioni di commercio o sia d'economia civile*, 1765, Napoli, 2019.

<sup>126</sup> A. Caillé, *Il sofisma economicista. Intorno a Karl Polanyi*, Milano, 2011, 89.

<sup>127</sup> T. Piketty, *Capitale e ideologia*, Milano, 2020; L. Bruni, *L'ethos del mercato*, Milano, 2010; L. Campiglio, *Tredici idee per ragionare di economia*, Bologna, 2002; J.K. Godbout, *Lo spirito del dono*, Torino, 2002.

<sup>128</sup> M. Sandoval, *From CSR to RSC: A Contribution to the Critique of the Political Economy of Corporate Social Responsibility*, in 47 *Review of Radical Political Economics*, 2015, 608 ss.

<sup>129</sup> Per una rifondazione etica del capitalismo, P. Collier, *Il futuro del capitalismo*, cit.

Un'impresa fattore di sviluppo e incivilimento<sup>130</sup> che, costitutivamente, risponde alle autorità pubbliche e agli agenti privati in merito alle conseguenze economiche, sociali e ambientali delle proprie attività<sup>131</sup>. Un'impresa come organo della società, non fine a sé stessa, ma strumento per contribuire alla sostenibilità sociale del sistema economico<sup>132</sup>; il cui oggetto sociale prevede il riconoscimento di doveri e diritti in capo ad ogni portatore di interesse<sup>133</sup>, correttamente identificato e distinto nella sua dimensione soggettiva, oggettiva e teleologica. Ritenere che siffatte istanze possano essere frutto di isolati atti normativi, clausole statutarie o sporadici incentivi, riflesso della sensibilità etica o ecologica del momento contingente, non sembra coerente con l'assunto per cui la politica deve conciliare interesse individuale e generale<sup>134</sup>. La responsabilità sociale d'impresa, dunque, ha una funzione ultima che risiede nella creazione di regole di strutturazione del mercato e non può essere pensata come un orpello dell'unità di base produttiva, ma deve esserne parte costitutiva.

È evidente il cambio di paradigma politico-istituzionale che tutto ciò richiede: il legislatore deve fornire un quadro di riferimento in cui l'impresa sia capace di alimentare uno sviluppo serio e sostenibile<sup>135</sup>. Riscrivere la definizione giuridica di impresa significa ampliarla per ricomprendervi un interesse sociale caratterizzato dall'emersione della dimensione temporale di lungo periodo giuridicamente rilevante, dalla intergenerazionalità dell'operatore economico e dalla sua stabilità nel contesto sociale, da cui deriva un'integrazione della responsabilità sociale nell'istituto dell'impresa, che può essere chiamata a rendere ragione delle conseguenze del proprio operato.

Il percorso per lo sviluppo di un organismo economico di tal fatta potrebbe passare attraverso un'istanza di diritto commerciale<sup>136</sup>, prevedendo (a) una nuova conformazione dell'interesse sociale per ogni attività economica organizzata, con l'inclusione in esso delle istanze degli *stakeholders* e la riscrittura di un piano assiologico di riferimento per l'esercizio dell'attività economica; (b) l'introduzione di una dimensione temporale giuridicamente rilevante nell'organizzazione produttiva, vale a dire il *longtermism* attualmente lasciato nei contorni nebulosi della *business judgement rule*.

Restano poi le questioni propriamente giuridiche che, forse, si arrestano dove la tecnica incontra motivazioni di cambiamento più profonde<sup>137</sup>. In particolare, il diritto deve

<sup>130</sup> Secondo le direttive individuate in G. Dioguardi, *Natura e spirito dell'impresa*, Roma, 2007

<sup>131</sup> M. Vitale, *L'impresa responsabile*, cit., 170-172.

<sup>132</sup> Secondo gli studi di Drucker. Una sintesi della sua visione si trova in P. Drucker, *Il management, l'individuo, la società*, Milano, 2001.

<sup>133</sup> L'originalità della proposta normativa di Sacconi risiede nella struttura neo-contrattualistica dell'impresa che ingloba la responsabilità sociale. Cfr. L. Sacconi, *A Rawlsian view of Csr and the Game theory of its implementation*, in AA. VV. (a cura di), *Corporate Social Responsibility and Corporate Governance, The Contributions of Economic Theory and related disciplines*, Londra, 2011.

<sup>134</sup> A. Addante, *Autonomia privata e responsabilità sociale d'impresa*, Napoli, 2012, 315

<sup>135</sup> M. Vitale, *L'impresa responsabile*, cit., 170 – 173.

<sup>136</sup> U. Tombari, *Corporate purpose e diritto societario: della "supremazia degli interessi dei soci" alla libertà di scelta dello "scopo sociale"?*, in *Rivista delle società*, 2021, 1 ss., spec. 11 ss.

<sup>137</sup> «Nel rinnovato quadro, dominante a livello accademico ma anche mediatico, non è più il diritto a dettare le regole ed i limiti dell'attività economica valutandone (in chiave di giustizia) l'ammissibilità. È piuttosto il criterio di compatibilità del diritto con le esigenze dell'attività economica (efficienza) a determinarne

occuparsi (a) dell'individuazione dei beni e delle utilità che l'impresa deve includere nel suo oggetto sociale, oltre il tradizionale scopo di lucro; (b) dell'identificazione dei soggetti beneficiari dell'azione dell'impresa, a cui l'impresa deve rispondere in caso di pregiudizio; (c) della determinazione della natura delle regole la cui violazione comporta responsabilità per le imprese; (d) della delimitazione dei comportamenti socialmente responsabili e della enucleazione dei parametri di diligenza; (e) della predisposizione di strumenti di tutela per le posizioni degli *stakeholders*<sup>138</sup>.

Sembrerebbe, dunque, da accogliere la concezione che riecheggia l'idea della *purpose*, definita per legge, e da declinare nei singoli statuti in modo particolareggiato e concretamente rispondente al contesto in cui l'impresa per il suo oggetto sociale e le sue dimensioni si trova ad operare. L'interesse sociale<sup>139</sup> debitamente esplicitato includerebbe, così, gli interessi degli *stakeholders* negli scopi da perseguire a livello della direzione, che sarebbero da subito noti agli azionisti ed entrerebbero nell'impalcatura dell'ente al pari degli interessi economici e suscettibili di eguale *enforcement*. Inoltre, nello statuto societario, l'interesse sociale allargato sarebbe la risultante della ricostruzione della mappa degli *stakeholders* e dei loro interessi<sup>140</sup>. Seguendo le intuizioni di Mayer, il legislatore potrebbe prevedere che l'oggetto sociale sia la risoluzione di problemi per le comunità di riferimento, realizzando profitti durante questo processo. Di guisa che l'impresa si limiti a raggiungere il proprio scopo e non si preoccupi di riallineare i vari interessi in gioco<sup>141</sup>. Accanto a ciò, è necessario riconoscere un potere dei terzi beneficiari di intervenire laddove l'impresa agisca a loro discapito.

L'idea non è peregrina. Ad esempio, la recente riforma belga, nell'art. 1:1 del nuovo codice della società e delle associazioni, ha chiarito che lo scopo di lucro è scopo necessario, ma non esclusivo dell'attività d'impresa organizzata in forma societaria<sup>142</sup>. Ugualmente, il nuovo art. 1833 *Code Civil* francese prevede che «*Toute société doit avoir un objet licite et être constituée dans l'intérêt commun des associés. La société est gérée dans son intérêt social, en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité*». La riforma modifica anche gli articoli sui doveri degli amministratori della *société anonyme*. Le disposizioni attribuiscono rilevanza alle problematiche sociali ed ambientali connesse alle attività d'impresa,

---

l'accettabilità. Nella locuzione di moda oggi, che echeggia anche nel discorso pubblico degli economisti-opinionisti di casa nostra, il diritto deve essere «*market friendly*», amico del mercato». Cfr. U. Mattei, *Beni comuni*, cit., 6.

<sup>138</sup> G. Conte, *L'impresa responsabile*, Milano, 2018, 57-58; V. Buonocore, *Le nuove frontiere del diritto commerciale*, Napoli, 2006, 189-192.

<sup>139</sup> Per un'analisi del tema dell'interesse sociale cfr., per tutti, C. Angelici, *Note sul «contrattualismo societario»: a proposito del pensiero di Francesco Denozza*, in *Rivista del diritto commerciale*, 2018, 191 ss.; P. Montalenti, *L'interesse sociale: una sintesi*, in *Rivista delle società*, 2018, 303 ss.; G. Cottino, *Contrattualismo e istituzionalismo (Variazioni sul tema da uno spunto di Giorgio Oppo)*, in *Rivista delle società*, 2005, 693 ss.; P.G. Jaeger, *L'interesse sociale (quarant'anni dopo)*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2000, 795 ss.

<sup>140</sup> M. Sciarelli, *Il governo dell'impresa per uno sviluppo sostenibile*, in G. Palmieri (a cura di), *Oltre la pandemia. Società, salute, economia e regole nell'era post Covid-19*, Napoli, 2020, 223.

<sup>141</sup> C. Mayer, *Prosperity*, cit., 109 e 225 ss.

<sup>142</sup> E.J. Navez, A. Navez, *Le code des sociétés et des associations. Présentation et premier commentaires*, Bruxelles, 2019, 30.

introducendo anche la nozione di *raison d'être* dell'impresa<sup>143</sup>. Lungi dal configurarsi come una clausola di eterodestinazione dei risultati o di elencazione di obiettivi, con l'oggetto sociale statutario i soci scelgono di programmare stabilmente l'iniziativa economica secondo una gestione volta al bilanciamento tra i loro interessi e gli altri *stakeholders*<sup>144</sup>. D'altra parte, l'idea di promuovere un interesse sociale in questa guisa si concilia con l'intuizione accennata di introdurre tra gli strumenti di governo societario un dispositivo di democrazia diretta volto ad interrogare i soci sulle questioni di maggiore rilevanza sociale che, attraverso la loro partecipazione all'attività economica, sarebbero disposti a perseguire.

Con riferimento al lungo termine nell'ottica dell'impresa, questo si identifica con il valore attuale dei guadagni futuri<sup>145</sup>. La valorizzazione giuridica di questa dimensione temporale mira a superare una delle maggiori debolezze del capitalismo moderno: vale a dire l'approccio operativo e fiscale a breve termine, definito anche come capitalismo trimestrale<sup>146</sup>. La tirannia del breve termine incide negativamente sulla sostenibilità delle imprese e sul sistema economico<sup>147</sup>, d'altra parte esso si ricava dalle norme che regolano il bilancio, le retribuzioni dei direttori, le transazioni finanziarie e i rilievi fiscali. Intervenire su questi aspetti scuote<sup>148</sup> il sistema economico ossessivamente orientato a forme di rendita a breve termine, privilegiando operazioni finanziarie, piuttosto che la produzione di beni e servizi reali<sup>149</sup>.

Dunque, la riforma dei processi di governo delle imprese e le loro responsabilità non può essere scissa da questioni strutturali e macropolitiche, quali i modelli di liberalizzazione, tassazione ed esternalizzazione di costi; i modelli di consumo; il potere delle grandi imprese<sup>150</sup>.

Riscrivere l'istituto impresa, a partire dai ragionamenti sulla responsabilità sociale d'impresa, richiede un passo ulteriore, riconoscendo che la generazione di profitti massimizza la ricchezza privata a scapito del benessere sociale generale<sup>151</sup>. Tuttavia il

---

<sup>143</sup> P.H. Conac, *L'article 1833 et l'intégration de l'intérêt social et de la responsabilité sociale d'entreprise*, in *Revue des Sociétés*, 2019, 570 ss.; S. Schiller, *L'évolution du rôle des sociétés depuis la loi pacte*, in *Revue des Sociétés*, 2019, 517 ss.

<sup>144</sup> A. Cetra, *Impresa sociale vs. impresa socialmente responsabile: prove di avvicinamento tra terzo e secondo settore*, in G. Palmieri (a cura di), *Oltre la pandemia*, cit., 252.

<sup>145</sup> R.B. Reich, *Supercapitalism. The Transformation of Business, Democracy, and Everyday Life*, New York, 2008, 40.

<sup>146</sup> D. Barton, *Capitalism for the Long Term*, in *Magazine of Harvard Business Review*, Marzo 2011.

<sup>147</sup> Chunghee R. Kim, *Rethinking corporate social responsibility under contemporary capitalism: Five ways to reinvent CSR*, in 31 *Business Ethics, the Environment & Responsibility*, 2022, 346 ss., spec. 348 ss.

<sup>148</sup> Per tutti, «Massimizzare il profitto per gli azionisti è la parola d'ordine della nostra fede societaria. È un imperativo che nasce dalla struttura legale della grande impresa americana e dalle regole del diritto societario. Ma è un imperativo tanto distruttivo quanto semplice, perché porta manager e azionisti a concentrarsi sul breve termine. E un management con orizzonti di breve termine è un management irresponsabile: porta a licenziamenti, chiusura di impianti, lavoratori alienati, prodotti insicuri, un ambiente inquinato e investimenti troppo scarsi in formazione e ricerca e sviluppo». L.E. Mitchell, *Corporate Irresponsibility: America's Newest Export*, Yale, 2002.

<sup>149</sup> F. Debenedetti, *Fare profitti*, cit., 54 ss.; J.E. Stiglitz, *Popolo, potere e profitti*, cit., 105 ss.; L. Gallino, *L'impresa irresponsabile*, cit., 16.

<sup>150</sup> J. Martens e J. Schürkes (a cura di), *Human Security and Transnational Corporations. The entanglement of transnational corporations in wars, human rights violations and tax evasion*, Bonn, 2004, 56.

<sup>151</sup> M. Sandoval, *From CSR to RSC*, cit., 619.

profitto privato si nutre dei beni comuni della collettività – risorse naturali, di conoscenza, forza lavoro – trasformandole in proprietà privata. È necessario, dunque, recuperare al beneficio comune la ricchezza privata. In questa prospettiva, ripensare alla forma giuridica dell'impresa sottende una riforma del formante produttivo della società, tale per cui il profitto privato sia superato dal conseguimento di una ricchezza economica generale. Al diritto societario spetta allora il compito di tentare di porre l'economia di mercato e l'impresa al servizio di una società democratica in cui non può mancare un ruolo di primo piano per lo Stato.



# ENVIRONMENTAL PROTECTION THROUGH THE GREEN PRINCIPLE IN THE CIVIL CODE OF THE PEOPLE'S REPUBLIC OF CHINA

*Davide Clementi\**

## TABLE OF CONTENTS:

I. INTRODUCTION: FROM THE *SICK MAN OF ASIA* TO THE *POLLUTED MAN OF ASIA*; II. PUBLIC INSTRUMENTS TO DISRUPT AND PROTECT THE ENVIRONMENT IN THE FIRST DECADES OF THE PEOPLE'S REPUBLIC OF CHINA; III. POLITICAL NORMATIVITY ON THE ENVIRONMENT FROM THE *MODERATELY PROSPEROUS SOCIETY* TO THE *ECOLOGICAL CIVILIZATION*; IV. THE *GREEN PRINCIPLE* IN THE FIRST CIVIL CODE OF THE PEOPLE'S REPUBLIC OF CHINA; V. CONCLUSIONS: GREENING THE CIVIL LAW, OR THE UMPTEENTH ATTEMPT OF SOCIALIZING CIVIL LAW?

*Environmental protection and sustainability have become among the main focal points of regulatory intervention by public authorities, including those of the People's Republic of China, which has rapidly evolved, in the past forty years, both the first country by output and by total carbon dioxide emission, with dire consequences on the environment and collective health.*

*Through the amalgamation of indigenous cultural elements and the rediscovery of some Marxist leitmotifs, the Chinese legislature has been adopting or amending laws and regulations to promote a "tighter system of environmental control" within the "socialist rule of law with Chinese characteristics" which is often marked by regulatory gaps and the structural problem of "publicizing private law".*

*Within this framework of normative attention to tackling climate degradation, the introduction into the Chinese Civil Code, which came into force in 2021, of provisions soon known as the "green principle" is worth noting.*

*This paper aims to propose a comparative and problematizing analysis of the green principle in the recent Chinese codification, reconstructing, on the one hand, its value as a general regulatory principle of legal relations between parties and between parties and third parties, and on the other hand as an effective limitation on the bargaining autonomy of private parties. To assess the impact of the green principle, reflections in jurisprudence will be considered, including in light of China's emerging environmental doctrine.*

**Keywords:** People's Republic of China; Environmental Protection; Environmental Civil Law; Civil Code; Green Principle.

## I. INTRODUCTION: FROM THE *SICK MAN OF ASIA* TO THE *POLLUTED MAN OF ASIA*

Toward the end of the Second Opium War (1856-1860), Western powers began to affix the defeated and gunboat-bent imperial Qing China with the ignominious epithet of *sick*

---

\* Ph.D. Candidate in Private Comparative Law (PON 'Research and Innovation'), University of Macerata. Lecturer in Comparative Legal Systems, Roma Tre University. Adjunct Member, Center for Studies and Documentation on China and East-Asia, "Roma Tre University". Visiting Ph.D., Law School, Beijing Normal University and Italian Cultural Institute of Beijing." ([d.clementi1@unimc.it](mailto:d.clementi1@unimc.it); [davide.clementi@uniroma3.it](mailto:davide.clementi@uniroma3.it)). This paper was presented at the 2022 Conference of AIDC Young Comparativists 'Sustainability and Innovation: Comparative Law Perspectives', hosted by the University of Salerno on May 13<sup>th</sup>, 2021.

*man of Asia*<sup>1</sup>. This nickname, which had also been embedded in the self-consciousness of the Chinese people and is now being harshly re-evaluated as part of the anti-colonialist critique of the «Century of National Humiliation» (*Bainian Guochi* 百年国耻)<sup>2</sup>, reflected European perceptions of standing before not only a decaying Empire with old-fashioned customs and fierce laws, but also a swarming populace with poor sanitation habits, promiscuous with the nature and its illnesses.

The improvement of public health, as well as the sanitation of Chinese cities, was among the first goals of Mao Zedong's New China, which had been weakened by the Second Sino-Japanese War (1937-1945) and the civil war against the Guomindang (1945-1949). The *Patriotic Health Campaign* (1952) became the first policy adopted by the Chinese Communist government that, albeit indirectly, impacted the environment in a public health and national security context<sup>3</sup>.

At the same time, the Communist Party of China (CPC), under the banner of *Mao Zedong Thought*, implemented vast economic programs aimed at rapidly catching Western standards of industrialization, which, when not unsuccessful, nonetheless had extensive effects on the Nature, seen by Mao as something to «understand, overcome, and change»<sup>4</sup>. It was only in the height of the Cultural Revolution (1966-1976) that the Chinese government, especially in the first international *forum* devoted to environmental issues, began to value «the preservation and improvement of the human environment» as a «vital issue affecting the livelihood of the people and the economic development of all countries»<sup>5</sup>.

Following Mao's death (1976), the Party-State leadership set the People's Republic of China on the long and tumultuous path of breaking away from Maoist economic, social and legal policies to adopt those fall under the ideological banner of *Socialism with Chinese Characteristics* (*Zhongguo tese shehui zhuyi* 中国特色社会主义). In 1978, with the beginning

<sup>1</sup> See: Yi Hu, *The Double Meaning of "the Sick Man of East Asia" and China's Politics*. In: *Rural Health Care Delivery*. Berlin-Heidelberg: Social Sciences Academic Press (China) and Springer-Verlag, 2013, 3-9

<sup>2</sup> Without wishing to embark here on daring historical reconstructions, see on the topic: R. Yang, *Imaging National Humiliation: 'Sick Man of East Asia'*. In: *Modern Chinese Intellectual and Cultural History*, vol. 1, 2005; Yi Hu, *A Farewell to the "Sick Man of East Asia": The Irony, Deconstruction, and Reshaping of the Metaphor*. In: *Rural Health Care Delivery*, 2013, 127-38.

<sup>3</sup> Cfr. Yang, Nianqun, *Disease Prevention, Social Mobilization and Spatial Politics: The Anti Germ-Warfare Incident of 1952 and the 'Patriotic Health Campaign'*. In: *The Chinese Historical Review*, vol. 11, no. 2, 2004, 155-182.

<sup>4</sup> Cf. Mao Zedong, *Agricultural Reclamation*, no. 6, 1966, p. 44 cited by P. Ho, *Mao's War against Nature? The Environmental Impact of the Grain-First Campaign in China*. In: *The China Journal*, No. 50, 2003, 37-59.

<sup>5</sup> Tang Ke, *China's Stand on the Question of Human Environment*. In: *Peking Review*, June 16, 1972. The speech reported therein was delivered at the UN Conference on the Human Environment, held in Stockholm June 5-16, 1972.

---

of the *Reform and Opening up period* (*gaige kaifang* 改革开放), the central-planned economy was gradually replaced by a socialist market economy (*shehui zhuyi shichang jingji* 社会主义市场经济), paving the way for the abandonment of Maoist legal nihilism, the recognition of ownership states other than the political ones, and the attraction of foreign capitals and technologies.

While maintaining a firm grip on the commanding levers of political and economic structures, the CPC began to encourage technological exchanges, especially with Western countries, and a vibrant private sector, protected by a newfound «socialist legality» (*shehui zhuyi fazhi* 社会主义法治)<sup>6</sup>, all for the primary purpose of developing productive forces and thus making the PRC a modern socialist power.

Although the magnitude of PRC's economic growth is undeniable, at the same time the disastrous effects it has had on nature, ecosystems, and the quality of life and health in world's most populous country cannot be omitted<sup>7</sup>. China, factory of the world, fully integrated into global production and distribution chains, has become both the world's largest manufacturing power and the leading country in total greenhouse gas (GHG) emissions<sup>8</sup>, and the once *Sick Man of Asia* rapidly become the *Polluted Man of Asia*.

Not surprisingly, in those same years of strong economic expansion and re-establishment of the socialist legality through the adoption of laws and legal structures that could allow the operation of private and foreign market players, the Chinese legislature began to put in place a legal system for the protection of the environment. The purpose of this paper is to analyze the main changes in Chinese environmental law, with a particular focus on the adoption in 2021 of the first Civil Code of the People's Republic of China and the introduction of the *green principle* as a general principle of Chinese civil law.

---

<sup>6</sup> According to the *Communique of the 3<sup>rd</sup> Plenary Session of the 11<sup>th</sup> Central Committee of the CPC*. In: *Beijing Review*, no. 2 (January 12, 1979) «It is imperative to strengthen the socialist legal system so that democracy is systematized and written into law [...] There must be laws for people to follow, these laws must be observed, their enforcement must be strict, and lawbreakers must be dealt with».

<sup>7</sup> Just to give an index of the serious consequences that the deterioration of air quality has had on the health of the Chinese, the presence of particulates in the air led to an excess of mortality of 30.8 million people in the twenty-year period 2000-2020, See: Fengchao Liang et al., *The 17-y spatiotemporal trend of PM2.5 and its mortality burden in China*. In: *Proceedings of the National Academy of Sciences*, vol. 117, no. 41, 2020, 25601-25608.

<sup>8</sup> European Commission, *Emission Database for Global Atmospheric Research (EDGAR)*, <http://edgar.jrc.ec.europa.eu/overview.php?v=CO2ts1990-2014&sort=des9> (accessed on 22 July 2022).

## II. PUBLIC INSTRUMENTS TO DISRUPT AND PROTECT THE ENVIRONMENT IN THE FIRST DECADES OF THE PEOPLE'S REPUBLIC OF CHINA

The seizure of power by the Communist Party after the defeat of the Guomindang resulted in an unprecedented step back in the modernization of the Chinese Legal System<sup>9</sup>. The radical thought of Mao Zedong and his fellow comrades also prevailed in the legal field, reflecting the primacy of the revolutionary political leadership before the institutions of the State and law. The dominance of this line of legal theory and praxis was epitomized by some policies that directly impacted on human and natural environments. This is the case of the central planning system of regulation of the economy, but, above all, of economic campaigns such as the *Great Leap Forward*.

To «overcome reactionary conservatism»<sup>10</sup>, the Maoist leadership thought it could replicate the collectivization of the agriculture even in the industry. On September 24, 1959, the *Regulation for Improving the Planning Control System* was jointly promulgated by the CPC Central Committee and the State Council<sup>11</sup>, mandating that more than 100 million peasants would be relocated and employed in redevelopment projects of agricultural areas and wastelands in order to build and operate «backyard steel furnaces» (*tufa liangang* 土法炼钢) that were supposed to lead China to surpass (*chaoyue* 超越) Great Britain in the production of steel<sup>12</sup>.

In just three years of the *Great Leap Forward*, the backyard steelmaking plan not only failed to catch Great Britain, but also produced massive environmental damages throughout China: to build and operate homemade steel mills, entire forests were chopped down, leading to mass erosion of lands. In order to supplant lands now dedicated to the steel industry, the orders given to the People's peasant communes were to use dense cropping and deep plowing techniques, which left even agricultural soils vulnerable to erosion. The combination of wicked agricultural techniques and industrial policies unable to balance production needs and environmental well-being has caused a very serious famine – also

---

<sup>9</sup> With the complete abrogation and nullification of the previous legal system adopted by the Nationalists, the CCP agitated in ways quite equal to those seen during the French Revolution with the ancient regime or by the Bolsheviks with the Russian imperial legal system.

<sup>10</sup> People's Daily, September 10, 1958.

<sup>11</sup> See: Collection of Laws and Regulations of the People's Republic of China: July-December 1958 [*Zhonghua Renmin Gongheguo Fayuan Hubian* 中华人民共和国法规汇编: 1958年7月-12月], edited by the Legal Affairs Bureau of the State Council (Law Press, Beijing), 96-99.

<sup>12</sup> For an anatomy of the surpass theory in the history of the PRC, See: W. A. Callahan, *Surpass*. In: C. Sorace et al. (eds.), *Afterlives of Chinese Communism: Political Concepts from Mao to Xi*, ANU Press, 2019, 275-280.

recognized by the Communist leadership<sup>13</sup> – and environmental disasters, still completely underestimated and downplayed<sup>14</sup>.

The liquidation of the Party's faction loyal to the «primacy of politics over the State and the Law» in the upheavals of the Cultural Revolution and Mao's death paved the way to the promotion of a new economic developmental model, as well as major changes in the legal system: maintaining the structures of Socialist constitutions, which were essentially «action programmes to be translate into political practice»<sup>15</sup>, in 1978 the PRC enacted its third Constitutional charter, abrogating the one adopted during the «ten years of chaos»<sup>16</sup>. While perpetuating the technique of vast historical-programmatic preamble, in which the Party-State praised the role of «Chairman Mao Zedong», the guidance of his «Thought» (*sixiang* 思想), and even the «triumphant conclusion of the first Great Proletarian Cultural Revolution», the 1978 Constitution began to move away from Mao's economic, political, and ecological legacy<sup>17</sup>. It is precisely within the 1978 Constitution that the first traceable mention of an environmental legal awareness occurred: for the first time, the State is charged with «protecting the environment and natural resources and preventing and eliminating pollution and other hazards to the public»<sup>18</sup>. While it was not a fortuity that this provision was enshrined into an Article which stated in the opening paragraph that the goal of the State is to achieve «greater, faster, better and more economical results» and

---

<sup>13</sup> During the *Seven Thousand Cadres Conference* (*Qiqian ren dahui* 七千人大会) Mao himself underwent into a process of deep self-criticism, focusing on the issues of the Great Leap Forward which resulted in a limited period of economic policy change under the joint leadership of Liu Shaoqi and Deng Xiaoping.

<sup>14</sup> To an in-depth analysis of the consequences of the *Great Leap Forward*, See: D. Bachman, *Bureaucracy, Economy, and Leadership in China: The Institutional Origins of the Great Leap Forward*. Cambridge: Cambridge University Press, 1991; F. Dikötter, J. Wagner Givens, *Mao's Great Famine: The History of China's Most Devastating Catastrophe 1958-62*, London: Macat Library, 2017; Wei Li, Tao Yang, D., *The Great Leap Forward: Anatomy of a Central Planning Disaster*. In: *Journal of Political Economy*, vol. 113, no. 4, 2005, 840–77.

<sup>15</sup> K. Lowenstein, *Constitutions and Constitutional Law in the West and in the East*, In: *The Indian Journal of Political Science*, vol. 30, no. 3, 1968, 233, where the Author assesses that the functions of Socialist Constitutions are not merely the frame for the operation, by government, parliament, political parties, of the political process» but, *inter alia*, «they are instruments enjoining the actual power-holders to pursue the Socialist course and to implement the Socialist premises».

<sup>16</sup> 1978 Constitution of the People's Republic of China [*Zhonghua Renmin Gongheguo Xianfa* 中华人民共和国宪法], adopted at the 1st meeting of the of the 5<sup>th</sup> National People's Congress (hereinafter 'NPC') on March 5, 1978, and hereinafter referred to "1978 Constitution". See: K. Chin, T. G. Kearley, *The 1978 Constitution of the People's Republic of China*. In: *Hastings International and Comparative Law Review*, vol. 2 no. 2, 1979, 251-279.

<sup>17</sup> Mao's legacy on the environment has been described as "depressing" and of such magnitude to be "quite considerable" in term of "potential for further accelerated environmental degradation", See: V. Smil, *The Bad Earth: Environmental Degradation in China*, New York, M.E. Sharpe, 1984.

<sup>18</sup> Article 11, par. 3, 1978 Constitution.

to «continuously develop the productive forces»<sup>19</sup>, it also served as the legal basis for the enactment of the first environmental protection law of the People's Republic of China<sup>20</sup>, adopted in 1979, which could be signaled as the *Generation Zero* of China's Environmental Legal System. The 1979 EPL outlined a definition of environment (*huanjing* 环境) which encompassed but was not limited to «the atmosphere, water, land, minerals, forests, grasslands, wild animals, wild plants, aquatic organisms, scenic spots, scenic spots, hot springs, recuperation areas, nature reserves, living and residential areas»<sup>21</sup>.

The 法意 (*Fa Yi, the spirit of the Law*)<sup>22</sup> of the 1979 EPL reflects the spirit of a time in transition from a central planned economy toward a socialist, market-oriented one, still dominated by the urgent need to «ensure the rational use of the natural environment [...] and promote economic development in the socialist modernization»<sup>23</sup>. If the anthropocentric and productive-driven approach is evident already in the very opening of the law, it becomes crystal-clear when the 1979 EPL draws environmental protection plans subject to the principle of «turning harm into profit» (*hua hai wei li* 化害为利). In the same year, a law on forestry was also adopted by the Chinese legislative body<sup>24</sup> «principally for economic reasons»<sup>25</sup>.

Following the technique of the Forestry Law – which essentially targeted one environmental-related section or issue – a first generation of more precise but still vague and exhortative laws began to be adopted by China's legislative bodies<sup>26</sup>. All these laws

<sup>19</sup> Article 11, par. 1, 1978 Constitution.

<sup>20</sup> Environmental Protection Law of the People's Republic of China (for Trial Implementation) [Zhonghua Renmin Gongheguo Huanjing Baohu Fa (shixing) 中华人民共和国环境保护法 (试行)] adopted at the 11th session of the Standing Committee (hereinafter 'SC') of the 5th NPC with Order no. 2, on September 13, 1979, and hereinafter referred as "1979 EPL". Cf. Article 1, which states that the 1979 EPL was "formulated in accordance with Article 11" of the 1978 PRC Constitution.

<sup>21</sup> Article 3, 1979 EPL.

<sup>22</sup> We are quoting herein the first translation of Montesquieu's "*De l'esprit des lois*" into Mandarin by Yan Fu (严复), who is considered the father of modern translation of Western Classics into Mandarin. To learn more about Yun Fa's translation of Montesquieu's *magnum opus*, See: Zhang Chiyuan, *The Chinese Montesquieu in Yan Fu's Translation of The Spirit of Laws*. In: F. Cui et al. (eds.), *Medio-translatology. News Frontiers in Translation Studies*. Singapore: Springer, 2022, 111-123.

<sup>23</sup> Article 2, 1979 EPL.

<sup>24</sup> Forestry Law of the People's Republic of China (for Trial Implementation) [Zhonghua Renmin Gongheguo Senlin Fa 中华人民共和国森林法 (试行)] adopted at the 6th session of the SC of the 5th NPC. In the same act, March 12 was declared as the "National Arbor Day".

<sup>25</sup> B. L. Ottley, C. Valauskas, *China's developing environmental law: policies, practices and legislation*. In: Boston College International and Comparative Law Review, vol. 6(1), 81-132.

<sup>26</sup> Marine Environment Protection Law (1982); Water Pollution and Prevention Law (1984); Grassland Law (1985); Mineral Resources Law (1986); Prevention and Control of Atmospheric Pollution Law (1987); Water Law (1988).

were marked by a strong reliance on administrative instruments typical of commanding political systems.

This body of laws eventually culminated in the EPL's exit from trial in December 1989, when the official Environmental Protection Law was promulgated<sup>27</sup>. The 1989 EPL revised even the definition of environment, which thereafter is also described as «the totality of various and artificially modified natural factors that affect the survival and development of human beings»<sup>28</sup>. The most productivist sounding provisions were scrapped and in their place precise obligations have arisen for the State to incorporate the environment in the formulation of five-year plans<sup>29</sup>, to set national environmental quality standards, and to create national and provincial supervisory and control departments<sup>30</sup>.

The only obligation (*dìwù* 义务) formulated inside the 1989 EPL is for units (*dānwèi* 单位)<sup>31</sup> and individuals, which, on the one hand, «must protect the environment», on the other hand, have the right (*quán* 权) to report on or file charges against other units or individuals causing pollution or damaging the environment. In any case, the 1989 version maintains the reward system already devised in the trial version of ten years earlier, which provides prizes for units and individuals who achieve «outstanding achievements in protecting and improving the environment».

Even though the Constitution adopted in 1982 made more explicit the obligation for the State to «protect and improve the living environment for the people and the ecological environment»<sup>32</sup>, also by preventing and controlling pollution and other public hazards, the 1989 EPL did not outline any single, explicit obligation for governmental agencies and State-owned enterprises (SOEs) to comply with 1989 EPL provisions.

In 1988, the institution of the National Environmental Protection Agency (NEPA), «in charge of policy analysis, developing and implementing regulations, and monitoring

---

<sup>27</sup> Environmental Protection Law of the People's Republic of China [Zhonghua Renmin Gongheguo Huanjing Baohu Fa 中华人民共和国环境保护法] adopted at the 11<sup>th</sup> Session of the SC of the 7<sup>th</sup> NPC on December 26, 1989, and promulgated with Presidential Order No. 2, and hereinafter referred as “1989 EPL”.

<sup>28</sup> Art. 2, 1989 EPL.

<sup>29</sup> Art. 3, 1989 EPL.

<sup>30</sup> Artt. 10-15, 1989 EPL.

<sup>31</sup> Reference is made herein to: K. Lin, *Work Unit*. In: Sorace, C. et al. (eds.), *op.cit.*, 331-334.

<sup>32</sup> 1982 Constitution of the People's Republic of China [Zhonghua Renmin Gongheguo Xianfa 中华人民共和国宪法] adopted at the 5<sup>th</sup> Session of the 5<sup>th</sup> NPC on December 4, 1982, Article 26.

environmental management in the country»<sup>33</sup> indicated a new commitment of the PRC in the environmental law enforcement. Nonetheless, the process of sclerotization of the environmental regulation continued in the following decades, given the scarce engagement of China in the construction of a specialized and efficient *apparatus* responsible for multiple tasks solemnly proclaimed but not enforced by environmental regulators<sup>34</sup>.

### III. POLITICAL NORMATIVITY ON THE ENVIRONMENT FROM THE *MODERATELY PROSPEROUS SOCIETY* TO THE *ECOLOGICAL CIVILIZATION*

When Deng Xiaoping introduced market reforms in China, the CPC leadership began to emphasize the creation of a stable legal system to foster the building of a *Moderately Prosperous Society* (*xiaokang shehui* 小康社会). Rooted in the *Book of Rites*, one of the most famous Confucian classics compiled in the Han Dynasty, the concept of *Xiaokang* has been adapted to serve the will and propaganda of the Communist Party. Aware that in the late 70's China was not in a state of *Grand Unity*, or Confucian *Datong* (大同)<sup>35</sup>, comparable with Mao's achievement of communism, the People's Republic was then in a state of greater imperfection (or *Lesser Prosperity*, as *Xiaokang* is also translatable) where «[r]itual and righteousness are used to regulate the relationship between ruler and subject [...] to set up social institutions, organize the farms and villages, honor the brave and wise, and bring merit to the individual»<sup>36</sup>. Departing from the Confucian-Maoist *Datong* within the society, where there was no need for institutions, laws, and private property<sup>37</sup>, dengist leadership envisioned a socialist-oriented *Xiaokang*, where institutions and laws are needed to assist the quadruple modernization of China's economic structure.

Optimism on the «considerable potential» of market forces «to enhance the environment»<sup>38</sup> sparked in the late Eighties even among Western scholars, dazzled by the

<sup>33</sup> Li Chansheng, *China's Environment: A Special Report*. In: EPA Journal, vol. 15, no. 3, May/June 1989, 44-46.

<sup>34</sup> At the end of the Second Millennium, a new set of laws was enacted on solid waste (1995), environmental noise pollution (1996), and desertification (2001). See: E. W. Orts, *Environmental Law with Chinese Characteristics*. In: William & Mary Bill of Rights Journal, vol. 11(2), 2003, 545-567, where the Author lamented the danger “of having too many statutes and not enough wisdom”.

<sup>35</sup> A.H.Y. Chen, *The concept of 'Datong' in Chinese philosophy as an expression of the idea of the Common Good*. In: University of Hong Kong Faculty of Law Research Paper, No. 2011/020.

<sup>36</sup> W.T. De Bary, Chan Wing-tsit, Watson, B., *Sources of Chinese Tradition*, volume I. New York: Columbia University Press, 1960, 175-176.

<sup>37</sup> We are referring herein to late Confucian philosopher Kang Youwei's *Datong Shu*. For a comparative analysis of his thought, see: F. Brusadelli, *A Tale of Two Utopias: Kang Youwei's Communism, Mao Zedong's Classicism and the "Accommodating Look" of the Marxist Li Zehou*. In: *Asia Studies*, 1, 2015, 103-122.

<sup>38</sup> L. Ross, *Environmental Policy in China*, Bloomington, Indiana University Press, 1988, 1.

---

extraordinary possibilities of growth and profits of a China still unable to manage a modern state apparatus and environment-efficient organs of supervision. The building of dengist *moderately prosperous society* came at the expense of the environment: despite the approval of that body of environmental laws discussed above, a serious, law-based enforcement lacked behind.

Marketization and liberalization continued to speed up their run, and so environmental disruption: in 2001 – the year that marked the supposed triumph of market forces and opening up with the China's Accession to the World Trade Organization (WTO) – China ranked 129<sup>o</sup> in the environmental sustainability index, and acid rainfalls interested more than a quarter of Chinese cities for more than 60% of rainy days per years, «making it among the world's most severely affected countries»<sup>39</sup>.

Starting from the Eleventh Five-Year Plan, China has begun to realize that the building of «*Xiaokang* in an all-round way» was in a «critical period» (*guanjian shiqi* 关键时期) due to «some endured deep level development-restricting contradictions» (*maodun* 矛盾), such as the lack of farmland, freshwater, energy insufficiency, the vulnerableness of the ecological environment, and aggravated pollution<sup>40</sup>.

At the peak of what seemed to lead China into the *fifth modernization*<sup>41</sup>, the Party-State continued to use typical public instruments, conceptualizing the quasi-ideal *Xiaokang* into political documents, official statements, economic and development plans, assessing again the socialist nature of the Chinese state and downgrading the normative power of *Xiaokang* in favour of a ductile, elastic slogan which self-influenced policymakers throughout all levels of China's administration, rather than private parties and judges.

A change in the course rapidly occurred with Xi Jinping's rise to power (2012-2013). Since its early stage, Xi's leadership has been posing law (*fa* 法) as the main instrument to reaffirm the centrality of the Party's leadership in every corner of the Chinese society, creating a model of *authoritarian legality* that emanates from the Party – with himself at its

---

<sup>39</sup> For an examination in a macro-economic perspective of Chinese level of air, land, soil, and water pollution in the first decade of the New Millennium, See: J. Liu, J. Diamond, *China's environment in a globalizing world*. In: *Nature*, vol. 435, 2005, 1179–1186.

<sup>40</sup> Guidelines of the Eleventh Five-Year Plan for National Economic and Social Development, approved at the 4<sup>th</sup> Session of the 10<sup>th</sup> NPC on March 14, 2006. An outline of its environmental focus is available at: Cao Jing et al., *China's 11<sup>th</sup> Five-Year Plan and the Environment. Reducing SO2 Emissions*. In: *Review of Environmental Economics and Policy*, vol. 3(2), 2009, 231-250.

<sup>41</sup> The «Fifth Modernization» indicated the democratization of the Chinese society as an eventual result of the previous four (agriculture, industry, national defense, science and technology).

core (*hexin* 核心) – and interferes with and against economic operators, public authorities, courtrooms, public international powers, and also nature<sup>42</sup>. The unbreakable bond between the instrumental use of the law and the politization of environmental protection has been hallmarked by the promotion of the concept of Ecological Civilization (*shengtai wenming* 生态文明), enshrined within the framework of Xi Jinping’s Thought on Socialism with Chinese Characteristics for the New Era, incorporated as guiding political and military ideology into the Constitutions of the Party and the State<sup>43</sup>.

Coined in mid 2000s during Hu Jintao’s presidential term, Ecological Civilization rose up as a Chinese alternative to Sustainable Development, view as an exogenous model of environmental protection<sup>44</sup> that interferes, rather than cooperates, with the evolutionary way of imaging and narrating human civilization. In this regard, Ecological Civilization represents the next stage of human development<sup>45</sup>, in which a people-centered (*yi ren wei ben* 以人为本) approach is realized within a landscape full of «green waters and clear mountains» (*liushui qingshan* 绿水青山) that provide full prosperity forever – or «gold and silver hills» (金山银山) – to the humankind<sup>46</sup>.

---

<sup>42</sup> Many scholars have been tracing a comparison between Xi Jinping’s Thought on Rule of Law (*Xi Jinping de Fazhi Sixiang* 习近平的法治思想) and the Legist School (法加), emphasizing the proto-totalitarian nature of the latter and the authoritarian use of law of the former. The latest analysis on such topic has been conducted by Wang Shucheng, *Authoritarian Legality and Legal Instrumentalism in China*. In: *The Chinese Journal of Comparative Law*, Vol. 10(1), 2022, 154-162, where the Author affirms that «authoritarian legality focuses primarily on the instrument – rather than transcendental – facets of law, as is reflected in the theory of legal instrumentalism», which «has some resonance with historical Chinese legal traditions [...] both [in] the Confucian School and the Legalist School». From the same Author, *Law as an Instrument. Sources of Chinese Law for Authoritarian Legality*, Cambridge: Cambridge University Press, 2022. In a more propagandist and historical perspective, we refer to Li Cunpeng, *Xi Jinping Thought on the Rule of Law is the essence of the times of Chinese culture and spirit*, 2022, available in the website of the Law Institute of China Law Society, 2022-05-12, where the Author pointed out that Xi Jinping’s Thought on Rule of Law stresses the link between the strength of the law makes the country strong, as it was for the legists during the Spring and Autumn Period and the Warring States Period.

<sup>43</sup> See: Constitution of the People’s Republic of China (1982), as amended at the 1<sup>st</sup> Session of the 13<sup>th</sup> NPC on March 11, 2018.

<sup>44</sup> The concept of Sustainable Development was adopted in: United Nations, *Our Common Future (Brundtland Report)*, from A/42/427, 1987 as a «process of change in which the exploitation of resources, the direction of investments, the orientation of technological development, and institutional change are made consistent with future as well as present needs». Sustainable Development was also embodied in the China Agenda 21, adopted by the State Council in 1994.

<sup>45</sup> J.P.F. Oswald, *What Does Eco-Civilization 生态文明 Mean?*. In: *The China Story* (blog) 4 September 2014. <https://www.thechinastory.org/2014/09/what-does-eco-civilization-mean/>.

<sup>46</sup> Huang Haotao, *The rise of civilization follows the rise of ecological civilization. Systematically study the important discourse of Ecological Civilization by Party General Secretary Xi Jinping*. In: *Xuexi Shibao*, 3 March 2015.

Subsequent to the incorporation in the Party-State Constitutions, Ecological Civilization has been implemented into a broad range of laws, public instruments and institutions: since 2020, the reshuffled Ministry of Ecology and Environment (MEE)<sup>47</sup> has been conducting an *Ecological Civilization Construction Demonstration* project with more than 300 cases which serve to «deeply practice Xi Jinping Thought on Ecological Civilization»<sup>48</sup>; EPL and other environment-related laws and regulations was amended to include Ecological Civilization as the «*ratio legis*» according to which a specific law is formulated<sup>49</sup>.

#### IV. THE GREEN PRINCIPLE IN THE FIRST CIVIL CODE OF THE PEOPLE'S REPUBLIC OF CHINA

The paramount reflection of the normative power of the Ecological Civilization has to be searched into the first Civil Code adopted in 2020<sup>50</sup>. The CCC represents the ultimate stage in the modernization and accession of the Chinese Legal System into the Romano-Germanic legal *familia*, a process that is well rooted in time since the beginning of the Twentieth Century<sup>51</sup>. Indeed, from 1978 to 2014, a «*quasi civil code*» was experimented in mainland China: with the enactment of General Principles of Civil Law (GPCL) in 1986

---

<sup>47</sup> The Ministry of Environmental Protection, which was the former State Environmental Protection Bureau, was renamed and empowered with additional tasks by the *Plan for Deepening the Reform of the Party and State Institution*, adopted by 1st Session of the 13<sup>th</sup> NPC on March 17, 2018, Point no. 2.

<sup>48</sup> For information purposes only, the first *demonstrative case*, dated 04/07/2020, was quoted therein. According to the information available at the MEE website, heated by «the goal of striving to create a national ecological civilization construction demonstration zone and creating a model area for practicing Xi Jinping Thought on Ecological Civilization», the Miyun District in Beijing was affected by «breakthroughs [...] in reform of the law enforcement system» through the implementation of a «comprehensive law enforcement brigade» with more than 220 law enforcement powers of various departments. See: *Green development demonstration case (1) | national ecological civilization construction demonstration city and county - Miyun District, Beijing*, available at [https://www.mee.gov.cn/ywgz/zrstbh/stwmsfcj/202004/t20200407\\_773240.shtml](https://www.mee.gov.cn/ywgz/zrstbh/stwmsfcj/202004/t20200407_773240.shtml).

<sup>49</sup> Law on Prevention and Control of Environmental Pollution by Solid Waste [Zhonghua Renmin Gongheguo Gutu Feiwu Wuran Huanjing Fangzhi Fa 中华人民共和国固体废物污染环境防治法], as amended at the 17<sup>th</sup> Session of the SC of the 13<sup>th</sup> NPC on April 29, 2020, which is formulated in order to «protect and improve the ecological environment [and to] advance the construction of the Ecological Civilization» (Article 1).

<sup>50</sup> Civil Code of the People's Republic of China [Zhonghua Renmin Gongheguo Minfa Dian 中华人民共和国民法典], adopted at the 3rd Session of the 13<sup>th</sup> NPC on May 28, 2020, and entered into force on January 1, 2021 (hereinafter 'CCC')

<sup>51</sup> Although the Chinese Legal System has a dating history in codifications, its process of opening up to Western Legal Traditions, and in particular to the continental one, dates back to «clash of civilizations» that took place in the Opium Wars and to the late *Draft of the civil laws of the great Qing dynasty (Da Qing minliu cao'an 大清民律草案)*, drawn up on the basis of the German Civil Code (Bürgerliches Gesetzbuch, abbreviated BGB) and jointly written by Chinese and Japanese jurists trained in the West [cfr. F. R. Antonelli, *Il processo di modernizzazione del diritto cinese*. In: M. Scarpari (ed.), *La Cina. Verso la Modernità*, Vol. III, Torino, Einaudi, 399-442].

and ordinary civil legislation that has now been absorbed into the CCC<sup>52</sup>, the PRC tried to set down a coherent and comprehensive body of laws that eventually would result in the adoption of a modern Civil Code. Only in 2021, after decades of transplantations, experimentations and hearings from jurists<sup>53</sup>, the NPC condensed a Civil Code which is the synthesis of the Chinese legal tradition, legal transplants from the West, and legal modernity, all within ideological corollaries of the Chinese political structure<sup>54</sup>.

Inside this «civil constitution of modern society»<sup>55</sup>, Ecological Civilization translated into the *Green Principle* (*lǜsè yuánzē* 绿色原则), thereof introduced in Article 9 CCC, which states that «[w]hen conducting a civil activity, a person of the civil law (*minshi zhuti* 民事主体) shall act in a manner that facilitates conservation of resources and protection of the ecological environment».

*Green Principle* originated in the initial first draft of the General Provisions of Civil Law as a basic principle of the civil code. The first draft, redacted by the China Law Society<sup>56</sup>, and the following one both included a neater Green Principle, rubricated as «principle of Harmonious Development between Man and Nature»<sup>57</sup>. However, the third official draft moved the *Green Principle* out from «Basis Principles» (*jiben yuánzē* 基本原则) to the ‘Civil Rights’ (*Minsbi quanli* 民事权利) Chapter, stating that «the parties in civil legal relations, when exercising civil rights, shall contribute to the conservation of resources and the protection of the ecological environment, promote Chinese culture, and realize core socialist values»<sup>58</sup>. It is perspicuous that, according to Article 133 (Third Draft), the political and nationalist nuances outpace the ecological stance, fading the Green Principle away in order to the mere moment of exercising civil rights. This move encountered the

<sup>52</sup> While declaring that the CCC shall come into force on January 1, 2021, Article 1260 CCC repealed all the existing civil laws adopted (Marriage Law; Succession Law; GPCL; Adoption Law; Security Law; Contract Law; Real Rights Law; Tort Liability Law; General Provisions of Civil Law).

<sup>53</sup> Cf. Wang Liming, *The Modernization of Chinese Civil Law over Four Decades*. In: *Frontier of Law in China*, vol. 14(1), 2019, 39-72.

<sup>54</sup> Cf. D. Alayew, *China's recent civil law codification in the High-Tech Era*. In: *Tsinghua China Law Review*, vol. 13(1), 2020, pp. 151, where reported that «the CPC declared the codification of the CCC an important step in Chinese people's pursuit of a better life, as well as in the promotion of socialism with Chinese characteristics for a new era».

<sup>55</sup> Huo Zhengxin, *China Enters an Era with a Civil Code*. In: China Justice Observer website, 29/05/2020.

<sup>56</sup> China Law Society, *The Civil Code of the People's Republic of China. Experts Proposal on the General Provisions of Civil Law*. Available online: [https://www.chinalaw.org.cn/Column/Column\\_View.aspx?ColumnID=81&InfoID=14364](https://www.chinalaw.org.cn/Column/Column_View.aspx?ColumnID=81&InfoID=14364).

<sup>57</sup> See: Article 8, *Expert Suggestions on General Provisions of Civil Law (draft for comments)*, redacted by the China Law Society in April 19, 2015.

<sup>58</sup> Article 133, *General Provisions of the Civil Law (Third review draft)*, adopted by the SC-NPC and published by Zhang Suhua, 《民法总则》建议稿. Beijing, Beijing Book Co.Inc., 2017, 304.

opposition of Chinese jurists sensitive to environmental issues, abetting the *Green Principle* as «the basic value orientation of the Civil Code, and more comprehensively reflects the guiding and normative role of the *Green Principle* in various fields of civil activities such as the exercise of civil rights by civil subjects, the performance of civil obligations and the assumption of civil liabilities»<sup>59</sup>.

The definitive approval of the CCC made undoubtable that the *Green Principle* surged as «basic principle» for the Chinese legislator, according to whom it is «compatible with the national conditions of China»<sup>60</sup> and adopted in order «implement Xi Jinping Thought on Ecological Civilization»<sup>61</sup>. While the CCC makes explicit its commitment to serve «the needs for developing Socialism with Chinese characteristics, and carrying forward core socialist values»<sup>62</sup>, it nevertheless enshrines in a prominent position other civil principles which govern civil law relations. If the principles of equality, voluntariness, fairness, honesty, and good faith (*chenxin yuanze* 诚信原则)<sup>63</sup> represent evidence of the dialogue between Western legal *familiae* and the Chinese Legal System, the *Green Principle*, posed on an equal basis of value and enforceability among others, is the sign of a juridic maturity reached by the civil legislator, capable to produce innovative expression of civil law modernity in line with the environmental upheavals of our time.

The CCC's *Green Principle* neglects a dating legal doctrine which pioneered the «greening» of civil law, which suggested to target with specific environmental provisions subjects of civil law, as well as objects of civil law and modes of interaction between subjects and objects<sup>64</sup>.

---

<sup>59</sup> Wang Lei, quoted in Xing Bingyin, *Fourth Review of the draft General Provisions of the Civil Law: The 'Green Principle' deleted in the third draft is returned to basic principles*. In: The Paper website, 2017/03/09.

<sup>60</sup> Li Jianguo, *Explanation on the General Provisions of the Civil Law of the People's Republic of China (Draft)*, at the 5<sup>th</sup> Session of the 12<sup>th</sup> NPC on March 8, 2017, available at [ww.npc.gov.cn](http://ww.npc.gov.cn).

<sup>61</sup> Wang Chen, *Explanation on the Civil Code of the People's Republic of China (Draft)*, at the 3<sup>rd</sup> Session of the 13<sup>th</sup> NPC on May 22, 2020, available at [ww.npc.gov.cn](http://ww.npc.gov.cn).

<sup>62</sup> Article 1, CCC.

<sup>63</sup> Cf. Articles 3, 4, 5, 6, CCC.

<sup>64</sup> Reference is made herein specifically to Xu Guodong, an eminent Chinese jurist who also trained in Italy, who was among the first to envision a *green* Civil Code. See: Xu Guodong (eds.), *Green Civil Code (draft)*. Beijing, Social Science Literature Press, 2004, p. 7, where the A. defined the «green» as «the balance between man and resources, the description of the peaceful coexistence relationship between human beings and other living beings, and the expression of man's humble status». From the same A., See: Xu Guodong, *A serious analysis of the "Green" in the Green Civil Code (draft)*. In: Legal and Commercial Studies, No. 6, 2007 (hereinafter 'Xu's Green Civil Code'), where the A. stressed on the «channels of approach» (*fangshi de tujing* 方式的途径) even from an hermeneutical point of view (*jieshi xue* 解释学), but also on the importance of limiting subjects' (i.e. people) generation of desires that exceed the carrying capacity of resources, stating that the first and foremost legal way of applying green policy to civil law is to adopt a «green fertility principle», mandating the obligation for couples «to implement family planning». Secondly, a review of the standard of death must be conducted, shifting from the traditional cardiac and respiratory arrest to the «irreversible

Objects in particular are regulated within *iura in re*, designing a guiding, pre-eminent, proprietary role for the State and an ancillary, subsidiary remnant one for private individuals: the Civil Code affirms the State «encourages, supports, and guides the development of the non-public sector of the economy [...] consolidates and develops the public sector»<sup>65</sup>, which is the «mainstay»<sup>66</sup> (*zhubuti* 主体) of socialist economic systems.

Through the State Council, the State – «namely, the whole people», echoing a constitutional provision<sup>67</sup> - holds ownership rights over natural resources, mineral deposits, grasslands, waters, forests, radio-frequency spectrum resources, urban land, cultural relicts<sup>68</sup>. While it is unquestionable – also in the light of the constitutional provision that prescribes the impending obligation for the State to ensure the «rational use of natural resources» and the prohibition of their appropriation or damage «by whatever means»<sup>69</sup> – that the government continues to directly possess and use the vast majority of what is compassable under the definition of «environment» aforementioned in 2018 EPL, the CCC sanctioned specific obligations for owners of exclusive units of a building to «meet the requirements of conserving resources and protecting the ecological environment» when performing «relevant acts»<sup>70</sup>. Moreover, unit owners who impair the lawful rights and interests of others through acts against the environment such as discarding garbage or discharging pollutants or noises are subject to the right of owners' assembly or owners' committee to request the actor to discontinue such infringement, remove the nuisance, eliminate the danger, restore and compensate for the losses entailed<sup>71</sup>.

Given the peculiar property and ownership relations above indicated, usufructuary right has confirmed its centrality in the CCC. Described as «the right to possess, use, and benefit from the immovable or movable property owned by another person in accordance with law»<sup>72</sup>, even from natural resources owned by the State or used by collectives, the

---

necrosis of brain tissue» (Article 12, Xu's Green Code); Thirdly, a clear compression on the exercise of real rights is operated in order to restrict behavioral capacity of subjects with «abnormal desire [to wasteful conducts]» (cf. Xu's Green Civil Code Articles 30, 35 and 208).

<sup>65</sup> Article 206, para. 2, CCC.

<sup>66</sup> Article 206, para. 1, CCC.

<sup>67</sup> Article 246, CCC, and Article 9, para. 1, 1982 Constitution (rev. 2018), which lists a series of natural resources which are constitutionally recognized as unalienable parts of State-owned properties.

<sup>68</sup> Cf. Articles 247-254, CCC. Natural and legal persons are under the obligation not to «misappropriate, loot, secretly distribute, intercept, or destroy» State-owned properties (Article 258 CCC).

<sup>69</sup> Cf. Article 9, para. 2, 1982 Constitution (rev. 2018).

<sup>70</sup> Article 286, para. 1, CCC.

<sup>71</sup> Article 286, para. 2, CCC.

<sup>72</sup> Article 323 CCC. There is no explicit provision that prescribes an economic destination obligation for the usufructuary, as in Article 981, Italian Civil Code.

usufructuary right, in addition to the obligation of conservation, protection and rational exploitation of the ecological environment<sup>73</sup>. The same provision is replicated for land use for real estate purposes<sup>74</sup>.

A dissemination of other Ecological Civilization provisions contributes to nourish the *Green Principle* in the Civil Code<sup>75</sup>. Reverberating the *Green Principle* as contemplated in the Third Draft it is prescribed a more peculiar obligation to perform any kind of contracts to avoid «wasting the resources, polluting the environment, and destroying the ecology»<sup>76</sup>. Confirming the obligation of environmental protection throughout the performance of contracts, there are specific provisions that, after the termination of claims and debts, parties shall pursue *bona fides* and abide to the obligation of recycling the used articles in line with trade practices<sup>77</sup>. Furthermore, the CCC stipulates for sales contracts that, after the expiration of an item's valid service time, the seller is under the obligation to recycle it by themselves or by an authorized third person, in accordance with the primary, secondary regulations or as agreed by the parties<sup>78</sup>.

Lastly, the 2020 Civil Code incorporates in Book VII on Tort Liability a specific Chapter dedicated to «Liability for Environmental Pollution and Ecological Damage», thus creating a mixed civil and public system of environmental protection<sup>79</sup>. Separate laws on

---

<sup>73</sup> Article 326 CCC. Moreover, it could not be mentioned that Article 325 stipulates the creation of a «system of compensation for the use of natural resources». Such a system is already in operation in China: according to the latest estimates, State-owned land account for more than 520'000 million hectares, with more than 3'000 million hectares allocated in State-owned construction land. See: Lu Hao (Minister of Natural Resources), *Special Report of the State Council on the management of State-owned natural resources assets in 2020*, at the 31th Session of the 13<sup>th</sup> SC-NPC, October 21, 2021.

<sup>74</sup> It shall be remembered here that the CCC persists in Chapter XII to separate the ownership right of State over the land and the right to use such land to construct – over or under – buildings, structures, and auxiliary facilities. See: Shigang Li, *La loi de la République populaire de Chine sur les droits réels: principes fondamentaux et notions de base*. In: *Revue Internationale de droit compare*, vol. 61(1), 2009, 73-90.

<sup>75</sup> Cf. Lü Zhongmei, *The Typological Structure of Green Provisions of the Civil Code and its convergence with the Environmental Code*. In: *Journal of Administrative Law*, no. 2, 2022, where the A. distinguishes between four types of green clauses: harmonization clauses (or convergence clauses); restrictive clauses; incentive clauses; remedial clauses; and expansive clauses.

<sup>76</sup> Article 509, para. 3, CCC.

<sup>77</sup> Article 558 CCC, as translated by Chen Lei., *The Civil Code of the People's Republic of China: English Translation*, Brill, 2021, 204.

<sup>78</sup> Article 625 CC. Besides that, Article 619 mandates even that, where there is no agreement between the parties on the packaging method, the item, in the absence of a general way for packaging, shall be packaged in a way that is sufficient to protect it and conducive to save resources and protect the environment.

<sup>79</sup> A wide debate among scholars more attentive to environmental issues on the necessity to distinguish between a unitary civil system and a public system of environmental protection, or a mixture of the two. Some have argued that for maximizing the relief for damages to the ecological environment, it is necessary to combine both environmental and civil law through the improvement of the Tort Liability Section of Civil Law and inserting environmental fragments into the more traditional legal framework and logic of private law [See: N. A. Robinson, *Ecological Civilization and Legal Norms for resilient environmental governance*. In: *Chinese Journal of Environmental Law*, vol. 4(2), 2020, 131-161]. Some others have insisted on the irreconcilable

environmental protection have already given similar but distinguishing definitions of damage<sup>80</sup>, which encompass injuries to persons, property damages, and environmental damages. Article 1229 enlarged the once narrower definition given before the crystallization operated by the Civil Code, stating that environmental tort liability arises when, through environmental pollution and detriment to the ecological system, the tortfeasor causes damages to others. From the conjunct analysis of public and private statements, two types of ecological damages cause by pollution or ecological destruction exist: the first one is the «absolute ecological damage», i.e. the damage which causes partial or total disruption of ecological environments without directly affecting personal health or individual property rights; the second one is the «relative ecological damage», i.e. an ecological damage that, aside from a pure disruption, produces its bare effects even on personal lives and properties. The latter one is subject to the environmental civil interest litigation system as well as to the public litigation system.

The reversal of the burden of proof is disposed: firstly, tortfeasors must prove that they should not be liable or that their liability could be diminished in accordance to relevant laws, and secondly that there is no causation<sup>81</sup>. Lastly, what must be pointed out is that the Civil Code, reverberating what is already provided for by the Law on Civil Procedure<sup>82</sup>, does not give the injured person an explicit power to file a lawsuit. While natural and legal persons hold the legitimate right to file a lawsuit against a damaging act against their personality or their properties, the State has absolute centrality and discretion on bringing

---

distinction between the damage to the ecological environment and the damage of private interests, which affects persons' private realm and conflicts with the public welfare and social nature of the ecological environment [See: D.S. Gangwar, S. Tyagi, S.K. Soni,, *A techno-economic analysis of digital agriculture services: an ecological approach toward green growth*. In International Journal of Environmental Science and Technology, vol. 19(5), 2021, 3859-3870]. As a final remark, it was advocated that since the civil tort liability system is insufficient to restore ecological damage, we should go beyond civil law concept and wisdom and make environmental law and civil law work synergistically [See: G.W. Dent, *Limited Liability in Environmental Law*. In: Case Western Reserve Faculty Publications, vol. 36, 1991, 151-182.

<sup>80</sup> *Id est*, Article 125 Air Pollution Prevention and Control Law (2018 Amendment) focus on the action of pollution («discharging of air pollutant which cause damages to the air»), rather than in a specific definition of air damage; Article 102 Water Pollution Prevention and Control Law defines water pollution as « the change of chemical, physical, biological, or radiological characteristics of water body due to the intervention of certain substances, thereby affecting the effective use of water, endangering human health or destroying the ecological environment, resulting in the deterioration of water quality»; In a very similar way to the last provision, Article 95 Marine Environmental Protection Law.

<sup>81</sup> Article 1230 CCC.

<sup>82</sup> Article 55, Law on Civil Procedure, stipulates that only «legal designated institutions and relevant organizations» may initiative a proceeding against acts jeopardizing public interests such as causing pollution to the environment or damaging the legitimate rights or interests of consumers at large. Moreover, the people's procuratorate could file an action to the People's Court when it finds any act that does harm to the protection of the environment and resources and when there is no organ or institution (or the organ/institution does not want) to file a lawsuit.

tortfeasors in front of People's tribunals: authorized governmental agencies or organizations authorized by the law have the right to request restoration within a reasonable period of time and to initiate the restoration process by themselves or by entrusting a third party at the expenses of the tortfeasor<sup>83</sup>. The State and relevant organizations also have the power to seek compensation for a series of losses enumerated by Article 1235, such as losses of service function during the period of time in which the effects of the damage take place<sup>84</sup>. The damaged person (*bei qinguan ren* 被侵权人) could only ask for the corresponding punitive damages (*chengfaxing peicheng* 惩罚性赔偿) or for compensation against the tortfeasor or a third party which by fault polluted or harmed the environment<sup>85</sup>.

#### V. CONCLUSIONS: GREENING THE CIVIL LAW, OR THE UMPTIETH ATTEMPT OF SOCIALIZING CIVIL LAW?

As we tried to delineate in previous paragraphs, the People's Republic of China has been undergoing into a deep process of greening (*libhua* 绿化) not only its public instruments, but even its new and late civil monument. While the Civil Code is recent and its passages from the *book* to the *action* are still underway, some conclusive remarks could be considered.

Firstly, the Civil Code posed the *Green Principle* in an outstanding rank among the other basic civil law principles. It not only serves as basis for value determination of civil cases, but, above all, could be seen as a general principle of the legal system, given the fact that it has been described by relevant scholars and judicial doctrine as a «loophole filling» principle with normative interpretation and selection functions<sup>86</sup>. The *Green Principle* has been applied even in the field of real rights, manifesting a tendency to expand its range of application while limiting ownership, possession, and use of properties<sup>87</sup>.

---

<sup>83</sup> Article 1234 CCC.

<sup>84</sup> Article 1235, para 1(1) CCC, which also prescribes compensation for (2) permanent damage; (3) expenses for investigation, appraisal, and assessment of the damage; (4) expenses of pollution removal and ecological remediation; (5) reasonable expenses incurred to prevent the occurrence and aggravation of damage.

<sup>85</sup> Cf. Articles 1232-1233 CCC.

<sup>86</sup> In this term, See: Zhu Xiao, *On the Normative Interpretation of the Green Principle and Judicial Application*. In: Chinese Journal of Jurisprudence, No. 4, 2021. From the same A., Zhu Xiao, *Green Principle Normative Interpretation of Actual Case Interpretation*. Beijing: China University Press, 2022, 120.

<sup>87</sup> In [(2018) 沪民初 3616 号] *Liu Li v. Shanghai Jing'an District Yijing Yuan Owners' Association*, the plaintiff installed clean energy vehicle charging piles in the underground garage of the community, and the defendant

Secondly, even contractual autonomy has been influenced by elements that constitute binding contractual green clauses<sup>88</sup>, causing in the end a restriction of the concept of freedom of contract recognized by the Code itself. Already in the first stages of crystallization of civil law, mandatory green clauses have been used in the legal praxis as the basis for determining the voidness of contracts in contrast with national public and social interests<sup>89</sup>.

Thirdly, according to the relevant provisions of the Civil Code, environmental pollution liability is included in the category of tort liability types. Including environmental pollution-related torts in the normative system of tort liability will undoubtedly play a huge role in promoting the development of civil judicial practice. Combined with the application of the *Green Principle* in tort liabilities, the responsibility for environmental pollution should be strengthened. At the same time, environmental rights, as a basic right, also have certain private conduct. Incorporating environmental rights into the field of civil rights and interests and taking environmental rights as part of the implementation of the *Green Principle* in the tort liability section of the Civil Code, can form a spontaneous supervision and prosecution system.

Lastly, it cannot be diminished the double helix that is complementarily constituted by the political ground base and the *Green Principle*. Having started from a perspective which primarily put profit before nature, since the introduction of Ecological Civilization into the public discourse, and the new emphasis posed on Common Prosperity (*gongtong fuyi*

---

believed that the plaintiff's behavior would bring about inconvenience in management and potential safety hazards. On the focal issue of whether community owners have the right to install car charging piles in private parking spaces without permission, the court's conclusion is that providing convenience for new energy vehicles can promote resource conservation and promote ecological protection.

<sup>88</sup> Western legal science has not been exempt from the inclusion of environmental sustainability issues within the regulation of legal relationships between individuals. See: S. Landini, , *Clausole di sostenibilità nei contratti tra privati. Problemi e riflessioni*. In: Rassegna di Diritto Pubblico, vol. 2, 2015, 611-634, where the A. stated that «the principle of sustainability has found a particular application in the area of private law or those rules that they build within the framework of the autonomy recognized by the legal system» and environmental indexes, once penetrated in the language of contract law, serve as a tool for giving objectivity to an often-abstract concept. From French scholars, it must be signaled Lequet, P., *L'ordre public environmental et le contrat de droit privé*. LGDJ, 2022.

<sup>89</sup> For example, in a civil dispute in Jilin Province, the plaintiff and the defendant signed a land contract management contract, but due to the government's policy of "returning farmland to grassland", the nature of the land in the contract was grassland, and continued cultivation was not in line with the state Regulations and contrary to national interests, therefore the contract was determined to be invalid. [See: (2018 吉民初 5483 号, *Liu Gui v. Liu Zhengfeng on Subcontracting of Land Contract Management Rights*] Another example is the case of a service contract dispute between a technology company and a catering company in Guiyang. The plaintiff and the defendant reached an agreement on the collection and transportation of waste oil and other solid waste, but violated the state's mandatory garbage classification and separate disposal, damage to the sustainable development of environmental resources and other major public interests and is invalid [See: (2018) 黔民终 5662 号, *Guiyang Belland Technology v. Tricon Global Restaurants on Service Contract Dispute*].

---

共同富裕)<sup>90</sup>, the Chinese Legal System is undergoing a process of turning red into green (*bua hong wei li* 化红为绿) but also green into red (*bua li wei hong* 化绿为红). While a turn back to old-fashioned socialism could be dismissed, the more tightening and centralizing control of the Party cannot, even over environmental policy, which now has in civil law a mechanism «superior to or at least necessary as a supplement to public enforcement»<sup>91</sup>. Due to an economic-political system that already confers powers and legitimacy in the hands of sole decision maker – the Communist Party – the introduction of public elements such as the *Green Principle* inside the collection of private rules and relations could deeply and mechanically influence the behaviors of natural persons and economic operators<sup>92</sup>, favoring both the environment and the tenure of the CPC. This ultimate «socialization of private law» could eventually be adopted on a much secure and law-based systems, without at the same time providing a new instrument of control and penetration into the spheres of autonomy of individuals.<sup>93</sup>

---

<sup>90</sup> Cf. Xin Sun, *Decoding China's "Common Prosperity" Drive*. LAW IDEAS Strategic Update, April 2022, who argues that «common prosperity has more to do with centralising and strengthening the Party's economic control than improving the welfare system».

<sup>91</sup> Zhai Tiantian, Chang Yen-Chiang, *The Contribution of China's Civil Law to Sustainable Development: Progress and Prospects*. In: *Sustainability*, 11(1), 2019.

<sup>92</sup> An advanced study in such field was conducted and report in Arundati R., H. Tri Sutiono, I., Agus Suryono, *Effect of ecological awareness, personal norms and ecological attitude to conservation behavior*. In: *Proceedings on Engineering Sciences*, vol. 2(2), 2020, 187–196.

<sup>93</sup> On the latest developments on the field of comparative private law and green Civil Codes, see S. Lanni, *Greening the Civil Codes: Comparative Private Law and Environmental Protection*, London, Routledge, 2023.



# LA SALVAGUARDIA DELLA NATURA NELLE NUOVE COSTITUZIONI ANDINE: DECLINAZIONI, TUTELE E PARTECIPAZIONE POPOLARE

Rosa Iannaccone

## SOMMARIO

I. LA QUESTIONE AMBIENTALE NEL COSTITUZIONALISMO CONTEMPORANEO. – II. IL “NUOVO COSTITUZIONALISMO LATINOAMERICANO”. – III. IL CATALOGO DEI DIRITTI. – III.I IL RUOLO DELLA “QUESTIONE INDIGENA”. – IV. LA DECLINAZIONE DELLA TUTELA DELLA NATURA IN ECUADOR E BOLIVIA. – IV.I LA PARTECIPAZIONE POPOLARE NELLE DECISIONI AMBIENTALI. – V. IL COSTITUZIONALISMO ANDINO COME MODELLO.

*È evidente quanto questioni quali la tutela della natura, lo sviluppo sostenibile e i cd. diritti delle generazioni future siano oggi di estremo interesse per le realtà ordinamentali e per la riflessione giuridica. Allo stesso modo, è chiara la necessità di formule più efficaci per la tutela giuridica dell'ambiente. Alla luce di ciò, questo contributo si propone di illustrare, nei suoi tratti fondamentali, quanto previsto in materia di tutela ambientale negli ordinamenti ecuadoriano e boliviano, ritenendo possano rappresentare un modello di riferimento.*

**Keywords:** tutela ambientale, diritti della Natura, Ecuador, Bolivia, partecipazione popolare.

## I. LA QUESTIONE AMBIENTALE NEL COSTITUZIONALISMO CONTEMPORANEO

È evidente quanto questioni quali la tutela della natura, lo sviluppo sostenibile e i cd. diritti delle generazioni future siano oggi di estremo interesse per le realtà ordinamentali e per la riflessione giuridica. Allo stesso modo, è chiara la necessità di formule più efficaci per la tutela giuridica dell'ambiente – imprescindibile per garantire uno sviluppo in grado di soddisfare i bisogni delle generazioni attuali senza compromettere quelli delle prossime – che vadano oltre la visione antropocentrica dell'esistenza di un diritto umano a un ambiente sano ed ecologicamente equilibrato.

Queste preoccupazioni, che hanno iniziato a concretizzarsi timidamente nel diritto internazionale negli anni '80 del secolo scorso, sono state accolte e, in qualche modo, risolte in alcuni recenti testi costituzionali e in particolare, nella subregione latinoamericana, in quelli di Ecuador e Bolivia. In questi, infatti, è evidente l'approccio “ecocentrico” e la peculiare definizione della natura come soggetto di diritti. Proprio con riferimento a ciò, Silvia Bagni<sup>1</sup> ha individuato il “Caring State” quale forma di Stato a sé stante, caratterizzata dall'incorporazione di valori comunitari tradizionali nelle costituzioni

---

<sup>1</sup> S. Bagni, *Dallo stato del bienestar allo Stato del buen vivir. Innovazione e tradizioni nel costituzionalismo latino-americano*, Bologna, Filodiritto, 2013.

e dall'assunzione di specifici doveri e obblighi di giustizia ambientale e sociale nei confronti dei membri della comunità. Si tratta, quindi, di una forma di Stato che supererebbe il *Welfare State* di origine borghese, portandolo a compimento, confermandone le conquiste e reinterpretando uno dei suoi principi di base vale a dire quello di autonomia<sup>2</sup>.

Questo contributo si propone di illustrare, nei suoi tratti fondamentali, quanto previsto in materia di tutela ambientale, o meglio della natura, negli ordinamenti ecuadoriano e boliviano che, per quanto geograficamente e istituzionalmente distanti dal nostro, si ritiene possano rappresentare un modello di riferimento al fine di incontrare spunti di riflessione circa la tutela della natura e il ruolo che dovrebbe assumere lo Stato e la popolazione tutta. Al fine di comprendere la portata del contenuto normativo in materia ambientale e la *ratio* che ne è a fondamento, appare imprescindibile illustrare l'ondata di costituzionalizzazione che ha condotto nell'area andina a queste nuove leggi fondamentali e una delle loro caratteristiche principali vale a dire un rinnovato catalogo dei diritti.

## II. IL “NUOVO COSTITUZIONALISMO LATINOAMERICANO”

La maggior parte degli Stati Latinoamericani non ha vissuto pienamente lo Stato sociale e le loro costituzioni fondatrici, vicine al liberalismo conservatore, non sono state il frutto di processi costituenti democratici, ma elitari. In America Latina, infatti, a partire dai processi di indipendenza, il costituzionalismo è stato un meccanismo di incorporazione di modelli stranieri e anche al termine della “lunga notte” delle dittature militari, le *élites* che condussero i nuovi processi costituenti, adottarono il costituzionalismo dello Stato sociale di tradizione europea, con alcuni elementi del modello costituzionale nordamericano. Questa importazione era però destinata al fallimento, tra le altre cose, in quanto il disegno costituzionale non fu accompagnato da un patto sociale di redistribuzione della ricchezza, come era avvenuto invece in Europa, e ciò ha prodotto una profonda frustrazione, seme di una risposta costituzionale autoctona<sup>3</sup>. In un momento storico descritto da Ferrajoli<sup>4</sup> come di crisi dello Stato di diritto e del costituzionalismo liberale, parte della dottrina ha

---

<sup>2</sup> S. Bagni, *Le forme di Stato in America Latina*, in S. Bagni S. – S. Baldin (a cura di), *Latinoamérica. Viaggio nel costituzionalismo comparato dalla Patagonia al Río Grande*, Torino, Giappichelli, 2021, 52 e ss.

<sup>3</sup> R: Viciano Pastor, *Presentación*, in Viciano Pastor R. (a cura di), *Estudios sobre el nuevo Constitucionalismo Latinoamericano*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, 9.

<sup>4</sup> Tra i vari contributi dell'Autore che trattano tale argomento si riportano *La sovranità nel mondo moderno*, Bari, Laterza, 1997; *La democrazia attraverso i diritti*, Bari, Laterza, 2013; *Iura paria. I fondamenti della democrazia costituzionale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2017; *La democrazia attraverso i diritti*, Bari, Laterza, 2013; *Il costituzionalismo oltre lo Stato*, Modena, Mucchi Editore, 2017.

Si rimanda al volume J. A. Pabón Arrieta, *La democracia en América Latina: un modelo en crisis*, Barcellona, Bosch Editor, 2019, che ha ad oggetto la peculiare realtà politica e istituzionale latinoamericana, analizzata attraverso la lente della teoria della democrazia costituzionale di Ferrajoli.

identificato una nuova ondata di costituzionalismo, definito appunto “nuevo constitucionalismo latinoamericano” (NCL), un “costituzionalismo senza genitori”<sup>5</sup>, il cui obiettivo principale è stato cercare di risolvere il problema della disuguaglianza sociale<sup>6</sup>. La normazione costituzionale che sta avvenendo in America Latina – iniziata secondo alcuni<sup>7</sup> con la Costituzione brasiliana del 1988, includendo quindi le esperienze di Costa Rica (1989), México (1992), Paraguay (1992), Perù (1993), secondo altri nel 1991 con l’entra in vigore della Costituzione colombiana, comprendendo quindi i testi costituzionali di Venezuela (1999), Ecuador (1998 e 2008) e Bolivia (2009)<sup>8</sup> – è stata descritta come il risultato di una lotta di classe, in cui sono stati presenti per la prima volta nuovi soggetti – i movimenti sociali, le donne e i popoli indigeni – che hanno agito per instaurare un nuovo ordine politico, economico e sociale, frutto di uno sforzo decolonizzatore e della volontà di recuperare la tradizione indigena e contadina<sup>9</sup>.

Le differenze tra il nuovo costituzionalismo e quello liberale risiedono fondamentalmente nel diverso contenuto che queste due correnti danno ai costrutti di nazione, diritti e cittadinanza e nelle differenti modalità di concepire e progettare il governo democratico. In termini epistemologici, e in opposizione al costituzionalismo liberale, i cambiamenti

---

<sup>5</sup> R. Viciano Pastor – R. Martínez Dalmau, *Presentación. Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano*, in AA. VV., *El nuevo constitucionalismo en América Latina*, Quito, Corte Constitucional del Ecuador, 2010, 20 e ss.

<sup>6</sup> R. Viciano Pastor, *Presentación*, in R. Viciano Pastor (a cura di), *Estudios sobre el nuevo Constitucionalismo Latinoamericano*, cit., 9.

<sup>7</sup> R. Uprimny, *Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafíos*, in Rodríguez Garavito C. (a cura di), *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, Buenos Aires, Siglo XXI.

Salazar Ugarte sottolinea a tal proposito che l’“aire de familia” identifica da Uprimny è in realtà troppo tenue e che le Costituzioni che egli include sono, al massimo, “lontane cugine”. Infatti, in alcuni casi si tratta di costituzioni che hanno subito profonde riforme, in altri di testi con modifiche parziali, altri ancora sono il risultato di veri e propri processi costituenti. Inoltre, guardando al contenuto e alla logica delle modifiche, è possibile trovare differenze rilevanti dal punto di vista ideologico e politico. È lo stesso Uprimny a riconoscere che solo in alcuni casi si tratterebbe di costituzionalismi veramente nuovi e trasformativi, mentre in altri le riforme o le nuove costituzioni avrebbero funzionato essenzialmente come meccanismi di rilegittimazione degli ordini sociali e politici esistenti, continuando ad essere diseguali ed esclusivi. P. Salazar Ugarte, *El nuevo constitucionalismo latinoamericano (una perspectiva crítica)*, in L. R. González Pérez – D. Valadés, *El constitucionalismo contemporáneo. Homenaje a Jorge Carpizo*, IIJ, UNAM, 2013.

<sup>8</sup> I maggiori sostenitori di questa linea sono R. Viciano Pastor. R. Martínez Dalmau, vedasi tra gli altri Viciano Pastor R. – Martínez Dalmau R., *Presentación. Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano*, cit. E R. Viciano Pastor – R. Martínez Dalmau, *Fundamento teórico del nuevo constitucionalismo latinoamericano*, in R. Viciano Pastor (a cura di), *Estudios sobre el nuevo constitucionalismo latinoamericano*, cit.

Anche Gargarella nella sua critica alla definizione di un “nuovo costituzionalismo latinoamericano”, che ritiene molto simile se non identico al precedente (vedasi, ad esempio, *Sobre el “nuevo constitucionalismo latinoamericano”*, in *Revista Uruguaya de Ciencia Política*, vol. 27, n. 1/2018) e Salazar Ugarte (*El nuevo constitucionalismo latinoamericano (una perspectiva crítica)*, cit.) trattano gli ultimi testi fondamentali di Colombia, Ecuador e Bolivia.

<sup>9</sup> R. Viciano Pastor, *Presentación*, in R. Viciano Pastor (a cura di), *Estudios sobre el nuevo Constitucionalismo Latinoamericano*, cit., 9.

attuati nelle costituzioni del NCL si sviluppano a partire da una filosofia e un'ideologia diversa, che non identifica come centro del suo universo normativo la sagoma di un individuo ideale, nominalmente uguale per capacità a tutti gli altri individui con i quali forma una mitica e omogenea "nazione", ma piuttosto ad una società variegata, che appare evidente quando si guarda alla realtà latinoamericana: una pluralità o multinazione di comunità diverse che, nel loro sforzo storico di coesistere e costruire uno Stato di diritto e giustizia, non sono state dotate dal costituzionalismo liberale degli strumenti giuridici adeguati<sup>10</sup>. Il NCL può essere descritto come un costituzionalismo dal basso, guidato dagli esclusi e dai loro alleati, con l'obiettivo di espandere il campo della politica oltre l'orizzonte liberale, attraverso una nuova istituzionalità (plurinazionalità), una nuova territorialità (autonomie asimmetriche), una nuova legalità (pluralismo giuridico), un nuovo regime politico (democrazia interculturale) e nuove soggettività individuali e collettive (comunità, nazioni, popoli, nazionalità)<sup>11</sup> e le costituzioni che derivano da questi processi costituenti sono state definite "transformadoras"<sup>12</sup> o "rupturistas"<sup>13</sup>.

In questi testi l'anima politica prevale sulla vocazione giuridica, di modo che elementi essenziali sono la garanzia di un processo partecipato, la costruzione di una legittimazione dal basso, la salvaguardia del potere costituente inteso nella sua complessità, come attività che plasma il corpo politico e la sua fisionomia<sup>14</sup>. Sono, inoltre, accomunati da quattro caratteristiche formali: l'originalità del loro contenuto; l'ampiezza; la complessità, derivante da elementi tecnicamente complessi ma formulati con un linguaggio accessibile; e la rigidità, caratterizzata dalla sostituzione della revisione costituzionale con il potere costituente popolare<sup>15</sup>. Dal punto di vista sostanziale, invece, presentano estesi cataloghi

---

<sup>10</sup> J. Doniush. – S. Inés, *El nuevo constitucionalismo y los rezagos de la ciencia del derecho constitucional latinoamericano*, Buenos Aires, Clacso, 2013, 23-24.

<sup>11</sup> B. De Sousa, *Refundación del Estado en América Latina. Perspectivas desde una epistemología del sur*, Buenos Aires, Atropofagia, 2010, 57

<sup>12</sup> B. De Sousa, *Refundación del Estado en América Latina. Perspectivas desde una epistemología del sur*, cit.

<sup>13</sup> R. Viciano Pastor (a cura di), *Estudios sobre el nuevo Constitucionalismo Latinoamericano*, cit.

<sup>14</sup> A. Mastromarino, *Il nuevo constitucionalismo latinoamericano: una lettura in prospettiva*, in *Dpce*, n. 2/2020, 329.

<sup>15</sup> R. Viciano Pastor – R. Martínez Dalmau, *Presentación. Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano*, cit., 13 e ss.

La Costituzione ecuadoriana conta 444 articoli e quella boliviana 411, senza considerare le disposizioni transitorie. Molti di questi articoli sono anche estremamente lunghi e contengono un gran numero di sotto-articoli. L'articolo 66 della Costituzione ecuadoriana, contenuto nel capitolo sui diritti di libertà, ad esempio, contiene 29 commi, alcuni dei quali hanno le proprie sotto-sezioni. L'estensione dei testi, che è strettamente connessa alla loro complessità, deriva da una decisione strategica del potere costituente vale a dire esprimere chiaramente la propria volontà e imporla ai poteri costituiti. D'altra parte, si è deciso di utilizzare un linguaggio simbolico al fine avvicinare il testo ai suoi destinatari, perché alleggerirebbe la lunghezza costituzionale e contrasterebbe la complessità tecnica dei documenti, presente soprattutto nella loro parte organica. Lo scopo di questa strategia sarebbe coerente con un obiettivo elementare di qualsiasi documento costituzionale: essere accessibile ai suoi destinatari o utenti. Salazar Ugarte rileva come, dal punto di vista di una teoria costituzionale che valorizza l'efficacia del diritto, questo tipo di disposizioni – a prescindere dal

dei diritti con una chiara indicazione dei soggetti deboli – donne, bambini, anziani, disabili – e dei gruppi emarginati come i popoli indigeni e gli afrodiscendenti; rafforzano la giustizia costituzionale; includono disposizioni sul tipo di economia da attuare al fine di rispondere alle esigenze di uguaglianza sociale ed economica; e prevedono molteplici dispositivi volti a promuovere la democrazia diretta e partecipativa<sup>16</sup>. Il modello di democrazia partecipativa è stato, infatti, espressamente incluso in queste carte fondamentali e uno dei tratti caratteristici più evidenti di questo “nuovo paradigma costituzionale”, oltre alla struttura e al contenuto del catalogo dei diritti, è la sostituzione dello schema della democrazia inorganica, tipico della tradizione liberale classica, con un modello di democrazia partecipativa che, senza rinunciare agli strumenti di partecipazione propri della democrazia rappresentativa, li integra e li approfondisce con meccanismi di democrazia diretta<sup>17</sup>.

---

loro significato e utilità politica – risultino problematiche in quanto mancano della chiarezza necessaria a generare certezza e sicurezza giuridica. Quindi, per quanto l'accordo politico che ha portato alla costituzionalizzazione di queste disposizioni può essere stato una soluzione pragmatica a un profondo disaccordo – superato dalla strategia di catturare le aspirazioni di tutte le parti interessate nel testo costituzionale –, ha posto le basi per futuri disaccordi. P. Salazar Ugarte, *El Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano...*, cit., 361 e ss.; R. Viciano Pastor, R. Martínez, *Presentación. Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano*, in Aa. Vv., *El nuevo constitucionalismo en América Latina*, cit., 18.

Infine, per quanto concerne la rigidità, come già accennato, consiste in procedure di riforma con la partecipazione del costituente originario. Le principali sono: l'iniziativa popolare come una delle modalità costituzionalmente previste per avviare la modifica; la protezione di alcuni contenuti da possibili emendamenti o riforme parziali, e in particolare le disposizioni in materia di struttura fondamentale della Costituzione e di carattere ed elementi costitutivi dello Stato; le procedure di approvazione aggravate ovvero la previsione della maggioranza qualificata per l'approvazione, di “periodi di raffreddamento” e di un referendum ratificatorio (artt. 242-246, Cost. Venezuela; art. 411 Cost. Bolivia e artt. 441-444 Cost. Ecuador). Villabella Armengol C. M., *Constitución y democracia en el nuevo constitucionalismo latinoamericano*, in IUS. *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C.*, n. 25/2010, 63

<sup>16</sup> R. Viciano Pastor – R. Martínez Dalmau, *Presentación. Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano*, cit., 13 e ss.

<sup>17</sup> P. Pazmiño Freire, *Algunos elementos articuladores del nuevo constitucionalismo latinoamericano*, in *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, n. 67/68, 27.

In Ecuador, la partecipazione è stata regolata in un capitolo speciale della Costituzione del 2008 e l'articolo 95 afferma che “i cittadini, individualmente e collettivamente, partecipano con un ruolo di primo piano nel processo decisionale, nella pianificazione e nella gestione degli affari pubblici, e nel controllo popolare delle istituzioni statali e della società, e dei loro rappresentanti, in un processo permanente di costruzione del potere cittadino. La partecipazione è guidata dai principi di uguaglianza, autonomia, deliberazione pubblica, rispetto delle differenze, controllo popolare, solidarietà e interculturalità. La partecipazione dei cittadini in tutte le questioni di interesse pubblico è un diritto da esercitare attraverso i meccanismi della democrazia rappresentativa, diretta e comunitaria”. L'articolo 11 della Costituzione boliviana e la legge sul regime elettorale riconoscono anche la “democrazia interculturale”, che si basa sulla complementarità della democrazia diretta e partecipativa, della democrazia rappresentativa e della democrazia comunitaria.

I meccanismi concreti di partecipazione previsti in questi ordinamenti sono, semplificando: il referendum (nazionale, dipartimentale e municipale), che può essere indetto sia dallo Stato che dalla cittadinanza; la revoca di mandato su iniziativa popolare; assemblee e consigli municipali formati per iniziativa dei cittadini, dalle organizzazioni della società civile e dalle organizzazioni delle nazioni e dei popoli indigeni e aborigeni contadini; e la consultazione previa obbligatoria prima di prendere decisioni riguardanti la realizzazione di progetti, opere o attività legate allo sfruttamento delle risorse naturali. La figura della democrazia

### III. IL CATALOGO DEI DIRITTI

In questa sede, come detto fin dal principio, l'elemento che si intende analizzare nel dettaglio è l'ampia codificazione dei diritti fondamentali, e in particolare di quelli ambientali, contenuta nei testi appartenenti al cd. nuovo costituzionalismo latinoamericano. In questi, infatti, ne viene prevista una nuova classificazione che supera quella generazionale, amplia il concetto di dignità umana e introduce nuovi diritti politici di partecipazione diretta, con l'obiettivo di generare un maggiore e migliore riconoscimento ed esercizio dei diritti da parte dei cittadini<sup>18</sup>. Nella Costituzione ecuadoriana del 2008 vengono utilizzati come sinonimi i concetti di diritti fondamentali e diritti umani, fermo restando che non vi è nessuna differenziazione tra diritti fondamentali e non fondamentali – basti pensare che i diritti del *buen vivir*, contenuti nel Titolo II, non sono disposti in ordine di priorità ma in ordine alfabetico<sup>19</sup>. In questi testi, infatti, l'uguaglianza gerarchica dei diritti è sancita costituzionalmente – nello specifico, negli articoli 6 e 11 della legge fondamentale ecuadoriana e 9, 13 e 109 del testo costituzionale boliviano<sup>20</sup>. Inoltre, la ricezione delle convenzioni internazionali sui diritti umani, la ricerca dei criteri di interpretazione più favorevoli agli individui e la previsione di azioni dirette di *amparo*<sup>21</sup>, accompagnano queste carte dei diritti che, in alcuni casi, riconfigurano il loro significato e, con esso, la loro nomenclatura<sup>22</sup>.

Questo ampio catalogo ha il suo nucleo nel concetto di dignità umana, in tutte le sue sfaccettature, e la lotta per la sua affermazione ha avuto a che fare con la fondazione e la trasformazione dei diritti esistenti e con l'elaborazione e la rivendicazione di nuovi, che

---

comunitaria, invece, consiste nel riconoscimento delle istituzioni delle nazioni e dei popoli indigeni contadini, e quindi di autorità, regole e procedure attraverso le quali i popoli originari esercitano il loro diritto all'autogoverno, e non richiede norme scritte per il suo esercizio, a meno che non vi sia una decisione in tal senso delle stesse nazioni o dei popoli indigeni e contadini. O. Colpari, *La nueva participación ciudadana en Ecuador y Bolivia. ¿Resultados de la lucha del movimiento indígena – campesino?*, in *Nómadas. Revista Crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas*, n. especial: América Latina/2011, 5-6.

<sup>18</sup> A. R. Sotillo Antezana, *La nueva clasificación de los derechos fundamentales en el nuevo constitucionalismo latinoamericano*, in *Ciencia y Cultura*, n. 35/ 2015, 163.

<sup>19</sup> R. Viciano Pastor – R. Martínez, *Presentación. Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano*, in AA. VV., *El nuevo constitucionalismo en América Latina*, cit., 36.

<sup>20</sup> A. R. Sotillo Antezana, *La nueva clasificación de los derechos fundamentales...*, cit., 178.

<sup>21</sup> L'*amparo*, il ricorso individuale di tutela, è stato contemplato per la prima volta nella Costituzione dello Stato di Yucatán del 1841 e poi in quella federale messicana del 1847. Questo istituto ha conosciuto uno straordinario successo in tutto il subcontinente e influenzò la configurazione dei sistemi di accesso individuale diretto a garanzia dei diritti e delle libertà introdotti in numerosissime costituzioni. (L. Pegoraro, *Alcune riflessioni sulle recezioni e l'esportazione di modelli nel costituzionalismo latinoamericano*, in *Revista General de Derecho Público Comparado*, n. 9/2011, 2 e ss.)

<sup>22</sup> R. Viciano Pastor – R. Martínez, *Presentación. Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano*, in AA. VV., *El nuevo constitucionalismo en América Latina*, cit., 35-36.

tutelassero necessità individuali e collettive altrettanto nuove<sup>23</sup>. Il regime di protezione giuridica rafforzata di cui godono i diritti si realizza attraverso garanzie normative o astratte, giurisdizionali o concrete e istituzionali. Nella *Constitución Política de la República Del Ecuador* (CRE) e nella *Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia* (CPB), sono previsti: una procedura di riforma costituzionale aggravata; la riserva del diritto ordinario o del diritto organico per la regolamentazione dei diritti costituzionali; l'obbligo per il legislatore di rispettare il loro contenuto essenziale; una serie di garanzie normative; politiche pubbliche, beni e servizi volti a rendere effettivi i diritti e la previsione del controllo cittadino; la vincolatività diretta di tutte le autorità pubbliche, senza la necessità di uno sviluppo legislativo preliminare; una procedura preferenziale e sommaria per la tutela giurisdizionale dei diritti, strumenti riparatori e che garantiscano l'effettivo rispetto delle sentenze e delle risoluzioni<sup>24</sup>; azioni volte a garantire diritti specifici<sup>25</sup>; la possibilità di promuovere un'azione straordinaria di tutela davanti alla Corte Costituzionale per la protezione dei diritti, il carattere obbligatorio della sua giurisprudenza in materia di garanzie e il suo potere di revisione<sup>26</sup>.

Bisogna tenere in considerazione, inoltre, che tutti i diritti godono di altre garanzie quali la protezione offerta dall'esistenza stessa di una Corte Costituzionale, competente ad operare il controllo di costituzionalità delle leggi; l'obbligo per i giudici e per i tribunali ordinari di rispettare i diritti e le garanzie costituzionali e, in particolare, l'interpretazione delle norme infracostituzionali a favore dei diritti costituzionali; e, infine, l'istituzione di organi quali la *Defensoría Pública*, la *Defensoría del Pueblo*, la *Fiscalía General del Estado* e il *Ministerio Público*<sup>27</sup>.

Per quanto riguarda, invece, la loro classificazione, negli ordinamenti considerati si dividono in *individuales*, *pluriindividuales* e *transindividuales*. I primi, denominati anche diritti di libertà, riconoscono, appunto, le diverse libertà dell'individuo e il rispetto della vita e

---

<sup>23</sup> J. Méndez J. – D. Cutie, *La participación popular y los derechos. Fundamentos y contenidos del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano*, in Viciano Pastor R. (a cura di), *Estudios sobre el nuevo Constitucionalismo Latinoamericano*, cit., 226-227.

<sup>24</sup> La disciplina dei suddetti elementi è rinvenibile rispettivamente agli articoli: 441 CRE e 411 CPB; 132 e 133 CRE e 109, sezione II, CPB; 11.4, CRE; 84 CRE; 85 CRE; 11.3, CRE e 410 CPB; 86 CRE e 128 e ss. CPB.

<sup>25</sup> La costituzione ecuadoriana li definisce protezione, *habeas corpus*, *habeas data*, non conformità e accesso alle informazioni pubbliche (artt. 88 e ss.) e quella boliviana libertà, protezione della *privacy*, popolare e conformità (artt. 125 e ss.).

<sup>26</sup> Si fa riferimento ai seguenti articoli: 94 CRE; 436.6, CRE; 202.6 CPB.

<sup>27</sup> Vedasi gli articoli: 191 e ss. e 214 e ss della CRE e 218 e ss. Della CPB; 194 e ss. della CRE; 225 e ss. della CPB. C. Storini, *Derechos y garantías en el nuevo constitucionalismo latinoamericano*, in *XV Encuentro de Latinoamericanistas Españoles*, Madrid, 2012, 645-646.

della dignità umana. I diritti *pluriindividuales*, invece, sono quelli sociali ed economici, che richiedono allo Stato di agire direttamente al fine di assicurare lo sviluppo integrale e il benessere dell'individuo. Infine, i cosiddetti diritti *transindividuales* sono collettivi e diffusi. Viene riconosciuto che le collettività hanno diritti inerenti la loro natura – si tratta, infatti, dei diritti dei popoli indigeni – e la loro violazione contravviene il principio di autodeterminazione<sup>28</sup>.

L'importanza dell'elemento dei diritti è evidente anche dall'analisi realizzata da Garagarella a proposito del nuovo costituzionalismo latinoamericano. Questi, infatti, nonostante affermi che piuttosto che di una nuova fase del costituzionalismo dovrebbe parlarsi di un rafforzamento di alcune caratteristiche già presenti nel quadro costituzionale latinoamericano, riconosce come caratteristica fondamentale delle più recenti riforme le novità introdotte nelle dichiarazioni dei diritti, che mirano a rimediare a tre grandi “carenze” storiche del costituzionalismo regionale: la mancata tutela dei “postergados entre los postergados” (“i lasciati indietro tra i lasciati indietro”), vale a dire le comunità indigene; il disinteresse per i diritti umani; e l'incapacità di garantire e far rispettare i diritti politici della maggioranza della popolazione, favorendo così la “cittadinanza attiva”<sup>29</sup>. Come già visto, in questi testi costituzionali sono stati sanciti nuovi diritti politici che si traducono nella previsione di strumenti di democrazia diretta, semi-diretta e perfino comunitaria. I più comuni sono: l'iniziativa legislativa e di riforma costituzionale; il referendum e il plebiscito; il potere di veto e di abrogazione popolare; la revoca del mandato dei rappresentanti e la loro responsabilità obbligatoria<sup>30</sup>.

Nelle norme fondamentali appartenenti al NCL gli impegni sociali assunti dal costituzionalismo dall'inizio del XX secolo vengono, quindi, estesi per raggiungere settori – principalmente i gruppi indigeni e le donne – e questioni – ossia i diritti di “terza e quarta generazione” – che non erano stati previsti dalla prima “ondata sociale” del costituzionalismo regionale. In questo modo, da una parte, coloro che non erano stati riconosciuti, quando le porte erano state aperte alla classe operaia, sono stati tutelati nelle costituzioni, che hanno acquisito un profilo “multiculturale” e hanno previsto l'attuazione di misure di discriminazione positiva<sup>31</sup>. Dall'altra, è riduttivo sostenere che sono stati semplicemente implementati i cd. nuovi diritti, tra i quali i diritti ambientali costituiscono

<sup>28</sup> A. R. Sotillo Antezana, *La nueva clasificación de los derechos fundamentales...*, cit., 179.

<sup>29</sup> R. Garagarella, *Sobre el “nuevo constitucionalismo latinoamericano”*, cit., 115.

<sup>30</sup> C. M. Villabella Armengol, *Constitución y democracia en el nuevo constitucionalismo latinoamericano*, in *IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C.*, n. 25/2010, 67 e ss.

<sup>31</sup> R. Garagarella, *Sobre el “nuevo constitucionalismo latinoamericano”*, cit., 115.

---

sicuramente una tipologia emblematica, in quanto ci troviamo davanti ad un aspetto che è consustanziale al NCL, per alcuni autori a tal punto da essere considerato quintessenza dello stesso<sup>32</sup>. È evidente, come già detto, la tendenza a estendere la proprietà dei diritti non solo agli individui ma anche a un ampio insieme di soggetti collettivi, e in particolare ai popoli originari, e ad entità astratte come la “natura”<sup>33</sup>, diritti che saranno maggiormente approfonditi nel seguente paragrafo.

### III.I *Il ruolo della “questione indigena”*

Per quanto riguarda la tutela e i diritti specifici delle comunità indigene è opportuno ricordare che, negli ultimi due decenni l’America Latina è stata attraversata da un movimento costituzionale di riconoscimento di questi popoli che ha riguardato, oltre i paesi fatti rientrare da parte della dottrina nel nuovo costituzionalismo latinoamericano, Nicaragua, Colombia, Paraguay, Perù, Messico, Brasile, Guatemala e Panama, nelle cui costituzioni è stato introdotto il diritto all’identità etnica e culturale<sup>34</sup>. Il cosiddetto *nuevo constitucionalismo latinoamericano* è stato, però, caratterizzato da un elemento innovativo e peculiare che conferisce tutta un’altra centralità alla “questione indigena”<sup>35</sup>. Si tratta del fatto che questi popoli hanno fatto ingresso nei processi costituenti stessi, rivendicando un ruolo paritario rispetto agli altri gruppi, per cui la tradizione etnonimia è necessariamente penetrata nella scrittura del testo costituzionale e nella selezione dei suoi contenuti<sup>36</sup>. Il protagonismo delle comunità indigene nel dibattito politico ha portato al riconoscimento non solo della loro soggettività, attraverso il concetto di Stato plurinazionale, il principio di interculturalità e il pluralismo giuridico, ma anche della loro cosmovisione, caratterizzata dalla concezione che l’uomo non è al centro del creato, ma parte di un Tutto che lo include e da cui dipende la sua sopravvivenza. Ciò, oltre ad aver prodotto il riconoscimento di diritti collettivi specifici, ha favorito una svolta ecocentrica nel diritto, con la

---

<sup>32</sup> A. Mastromarino, *Il nuevo constitucionalismo latinoamericano...*, cit., 337.

<sup>33</sup> P. Salazar Ugarte, *El Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano...*, cit., 358.

<sup>34</sup> X. A. Cujabante Villamil, *Los pueblos indígenas en el marco del constitucionalismo latinoamericano*, in *Revista Análisis Internacional*, n. 1/2014, 212.

<sup>35</sup> La “questione indigena” pone un problema che si è spostato nel terreno della marginalità morale e giuridica. Dal punto di vista della visione ufficiale dello Stato e della legge, i diritti di questi popoli e comunità sono stati visti come estranei o contrari alla forma istituzionale del modello repubblicano. Il carattere omogeneo della nazione ha finito per escludere ed annullare la diversità dei popoli e delle comunità indigene. (G. Gonzales Mantilla, *Notas Sobre el futuro de los derechos fundamentales en América Latina*, in M. Labanca Corrêa de Araújo – R. Romboli (a cura di), *Il futuro dei diritti fondamentali*, Pisa University Press, Tirant lo Blanch, 2020, 191-193)

<sup>36</sup> A. Mastromarino, *Il nuevo constitucionalismo latinoamericano...*, cit., 338.

proclamazione della natura come un soggetto di diritti, e la riscoperta dei valori di condivisione di una vita comunitaria<sup>37</sup>. Ad essere particolarmente avanzate da questo punto di vista sono le costituzioni ecuadoriana e boliviana in quanto hanno, tra l'altro, assorbito i precetti della "Dichiarazione dei Popoli Indigeni", adottata dalle Nazioni Unite nel 2007, che ha precisato i diritti individuali e collettivi di queste comunità, stabilendo norme minime – su questioni quali l'identità culturale, l'istruzione, l'occupazione e la lingua – e, al contempo, ha garantito il loro diritto alla diversità.

La Costituzione boliviana sancisce uno Stato plurinazionale, affermando i principi del pluralismo in tutti gli ambiti; considera le lingue delle minoranze etniche come lingue ufficiali e ordina ad ogni governo dipartimentale di comunicare in almeno due lingue; definisce come principi morali fondamentali quelli relativi al "buen vivir"; include, all'interno della forma di governo, quella definita comunitariamente dalle nazioni e dai popoli indigeni; considera, tra i diritti fondamentali, quelli relativi all'autodeterminazione dei popoli e alla conservazione dell'ambiente e del patrimonio culturale; si impegna a "decolonizzare" l'educazione; riconosce i territori contadini indigeni originari e ne organizza la giurisdizione; tutela le forme di organizzazione comunitaria, determinando l'obbligo dello Stato a controllare i settori strategici dell'economia e affermando la proprietà popolare delle risorse naturali<sup>38</sup>. Anche la legge fondamentale ecuadoregna mostra importanti progressi in quest'ambito, in particolare: riconosce l'identità interculturale e plurinazionale dell'Ecuador; sancisce il diritto dei popoli indigeni ad utilizzare la propria lingua; prevede una varietà di diritti collettivi, tra i quali il diritto a mantenere il possesso delle terre e dei territori ancestrali, a partecipare all'uso, al godimento, all'amministrazione e alla conservazione delle risorse naturali rinnovabili che si trovano nelle loro terre e il diritto alla consultazione libera, preventiva e informata su piani e programmi di prospezione, sfruttamento e commercializzazione di quelle non rinnovabili; prevede la proprietà collettiva della terra; gli riconosce il diritto ad esercitare funzioni giurisdizionali, sulla base delle loro tradizioni ancestrali e della loro legge; e definisce regimi speciali per l'organizzazione del territorio<sup>39</sup>.

---

<sup>37</sup> S. Bagni, *Le forme di Stato in America Latina*, in Bagni S. – Baldin S. (a cura di), *Latinoamérica. Viaggio nel costituzionalismo comparato dalla Patagonia al Río Grande*, cit., 52 e ss.

<sup>38</sup> Gli articoli della Costituzione Politica Boliviana a cui si fa riferimento sono rispettivamente: 1; 5; 8; 11; quelli del titolo II, 272; 78 e 190; 307 e 348.

<sup>39</sup> Si tratta dei seguenti articoli della Costituzione della Repubblica dell'Ecuador: 1; 2; 51; 60, 171. R. Gargarella, *Nuevo constitucionalismo latinoamericano y derechos indígenas. Una breve introducción*, in *Boletín Onteakien*, n. 15/2013, 27-28

In particolare, riguardo l'organizzazione del territorio, la centralità della cd. "questione indigena" nei processi costituenti analizzati ha avuto conseguenze evidenti anche sull'assetto dei rapporti tra centro e periferie,

---

#### IV. LA DECLINAZIONE E TUTELA DELLA NATURA IN ECUADOR E BOLIVIA

Nelle costituzioni di Ecuador e Bolivia, con la concessione di diritti alla natura, non solo viene abbandonata la tradizione liberale, ma sono superate anche altre tradizioni proposte come alternativa ad essa, come le teorie comunitarie o multiculturaliste, e si pone fine al concetto di diritti soggettivi come rivendicazioni o aspettative, positive o negative, attribuite da una norma giuridica a un soggetto specifico. Vengono così mescolati elementi di varie tradizioni teoriche consolidate con complesse correnti di pensiero contemporanee – come l'indigenismo e l'ambientalismo – e con altri movimenti e tradizioni indigene – il culto della *Pacha Mama*; i valori e le tradizioni ancestrali; il *sumak kawsay* in quechua e il *suma qamaña* in aymara, ossia il *buen vivir* nella versione castigliana<sup>40</sup>.

I testi fondamentali andini sono attraversati dal concetto del *buen vivir*, che non può essere accostato all'idea occidentale di benessere. Letteralmente l'espressione *suma qamaña* indica anima buona o vita degna, mentre *sumak kawsay* si traduce con esistenza bella. Con una perifrasi, l'idea sottesa è l'equilibrio fra ragione, sentimenti e istinti per vivere appieno l'esistenza. *Buen vivir*, in una dimensione lata, indica la vita in armonia con la collettività e la natura, dove la sfera privata e quelle comunitaria, e la sfera materiale e quella spirituale,

---

disegnando modalità relazionali inedite volte a garantire e ad implementare i “nuovi” diritti contenuti in queste costituzioni.

In America Latina le tipologie di tipo di Stato adottate dai vari ordinamenti si sono orientate verso il tipo di Stato federale e unitario. È però possibile affermare che entrambe le tipologie hanno assunto caratteristiche proprie e sviluppato tendenze opposte, che senza portali a confondersi li hanno allontanati, rispettivamente, dal modello degli Stati Uniti d'America e da quello Francese risalente al periodo napoleonico. Infatti, la tendenza all'accentramento negli Stati federali segue traiettorie diverse da quelle che hanno caratterizzato il centralismo degli Stati unitari e le tendenze centrifughe registrate negli Stati Unitari guardano a forme di autonomia diverse da quelle riconosciute agli Stati membri degli Stati federali, puntando sulla garanzia di una partecipazione che avvicini sempre di più i cittadini ai loro territori. Gli ordinamenti ecuadoregno e boliviano rientrano in quest'ultima tendenza e le loro previsioni costituzionali rappresentano un conflitto semantico in quanto seppur definiscono la forma di stato unitaria, prevedono forme di decentramento connesse alla centralità assunta nel disegno costituzionale delle popolazioni indigene. L'articolo 1 della Costituzione boliviana recita che la Bolivia è un *Estado unitario/plurinacional comunitario; unitario/decentralizado y con autonomías*, mentre il corrispondente della norma fondamentale dell'Ecuador lo descrive come un *Estado independiente/unitario/intercultural, plurinacional, que se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada*. G. Pavani., *Stato unitario e Stato federale in America Latina: due categorie in evoluzione*, in S. Bagni – S. Baldin (a cura di), *Latinoamérica. Viaggio nel costituzionalismo comparato dalla Patagonia al Río Grande*, cit., 65 e ss. Come anticipato, tale apparente paradosso deriva dal ruolo svolto della comunità indigene, tra gli elementi più significativi dei processi di decentralizzazione, e dalle esigenze di inclusione sociale e di partecipazione alla realizzazione della giustizia sociale. Come si è visto, nei testi costituzionali in analisi, vi è stato il riconoscimento dei diritti delle popolazioni originarie, comprensivi di quello all'autodeterminazione territoriale, e con l'affermazione dello Stato interculturale, si è prodotta una rottura con il modello unitario di integrazione assimilationista di stampo francese e l'organizzazione territoriale che si è affermata risulta basata sull'asimmetria. D'Andrea A., *Decentramento, pluralismo, comunità indigena e potere popolare in America Latina tra Stati unitari e Stati federali*, in S. Bagni – S. Baldin (a cura di), *Latinoamérica. Viaggio nel costituzionalismo comparato dalla Patagonia al Río Grande*, cit., 85

<sup>40</sup> P. Salazar Ugarte, *El Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano...*, cit., 358.

sono interdipendenti. Nel sistema di pensiero andino il benessere è possibile solo all'interno della comunità e nel rispetto della *Pacha Mama* e, mentre l'idea di sviluppo rappresenta la modalità occidentale per una vita buona, che comprende il vivere meglio, il *buen vivir* contempla l'esistenza armoniosa e designa il rapporto tra natura e società in termini di processo evolutivo, in cui entrambe interagiscono nel tempo e non è possibile comprendere l'una senza l'altra, essendo integrate. Si prende così atto che gli ecosistemi e le comunità naturali non sono delle merci, oggetti di cui si può disporre a proprio piacimento, bensì entità con un autonomo diritto di esistere e di prosperare<sup>41</sup>. Pertanto, applicando il *buen vivir*, l'essere umano si inserisce nella relazione spazio-temporale, in modo armonico e in pienezza con tutto ciò che esiste. Ciò produce una vera e propria esplosione del principio di uguaglianza, incorporando così tre sue nuove espressioni: l'uguaglianza interculturale che implica la coesistenza di culture diverse che convivono nello stesso territorio; quella intergenerazionale, legata alla necessità di incorporare, su un piano di parità, le persone che compongono le società attuali con le altre generazioni, sia passate che future; e, infine, l'olistica che consiste nella relazione paritaria tra gli esseri umani e il resto della natura<sup>42</sup>.

La pervasività di tale principio e delle disposizioni che ne derivano è evidente nella Costituzione dell'Ecuador, quando – nel capitolo dedicato ai “Diritti del buen vivir” – riconosce il diritto della popolazione a vivere in un ambiente sano ed ecologicamente equilibrato, che garantisca la sostenibilità e il *buen vivir*, oltre a dichiarare di interesse pubblico la preservazione dell'ambiente e la conservazione degli ecosistemi (art. 14). Inoltre, specifica che la politica economica deve essere finalizzata a una relazione dinamica ed equilibrata fra società, Stato e mercato in armonia con la natura e ha per obiettivo garantire la produzione e la riproduzione delle condizioni materiali e immateriali che rendano possibile il *buen vivir* (art. 283). Pertanto, è previsto che la produzione e il consumo non comportino processi predatori delle risorse naturali. Per di più, bisogna considerare che in questa categoria di diritti sono compresi anche diritti strettamente connessi con la natura come il diritto all'acqua, all'alimentazione, ad un ambiente sano e alla salute.

---

<sup>41</sup> S. Baldin., *La tradizione giuridica contro-egemonica in Ecuador e Bolivia*, in *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n. 143/2015, 483 e ss; Baladin S., *Il buen vivir nel costituzionalismo andino. Profili comparativi*, Torino, Giappichelli, 2019, 68 e ss.

<sup>42</sup> H. Tórtora Aravena, *El “Buen Vivir” y los derechos culturales de naturaleza colectiva en el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano Descolonizador*, in *Revista de derecho* (Coquimbo), vol. 28/2021, 8-9

---

Anche in Bolivia, la Costituzione prevede esplicitamente il diritto a un ambiente salubre, protetto ed equilibrato, che si estende alle comunità, alle generazioni presenti e future, e che deve permettere lo sviluppo di tutti gli esseri viventi (art. 33).

Come già detto, tra gli elementi di maggiore interesse di questi ordinamenti vi è il considerare la natura un soggetto di diritti. I contenuti delle tradizioni culturali indigene vengono, infatti, incorporati nell'ordinamento giuridico attraverso un'originale operazione di costituzionalizzazione che si realizza nel riconoscimento della natura, non più come mero oggetto di un diritto costituzionale, ma come soggetto specifico meritevole di tutela giuridica; così, l'elemento di rottura con il costituzionalismo classico consiste nella diversa declinazione giuridica che caratterizza l'endiadi uomo-natura<sup>43</sup>. Inoltre, il rafforzamento costituzionale della personalità giuridica della natura costituisce una cesura nella storia del diritto costituzionale contemporaneo, non solo per quanto riguarda la sua protezione, e quindi quella dell'ambiente, ma anche rispetto ai soggetti dei diritti<sup>44</sup>.

Il testo costituzionale dell'Ecuador, a differenza di quello della Bolivia, riconosce esplicitamente i "Diritti della Natura", affermando che è soggetto dei diritti che le riconosce la Costituzione stessa (art. 10), che le sue pretese sono equiordinate a quelle degli esseri umani ed è dovere dello Stato rispettare e far rispettare i diritti costituzionalmente garantiti (art. 11). Tali diritti sono ricompresi in un apposito capitolo del testo costituzionale, il VII (artt. 71-74). Così la Natura o *Pacha Mama* ha diritto a che si rispettino integralmente la sua esistenza e la rigenerazione dei suoi cicli vitali (art. 71), ha diritto alla sua restaurazione (art. 72) e ogni persona, comunità o nazionalità può esigere il compimento non solo dei suoi diritti, ma anche di quelli della Natura (art. 71).

Il nuovo modello ecologico introdotto dall'attuale legge fondamentale ecuadoriana è stato immediatamente ripreso dalla Repubblica Plurinazionale di Bolivia, la cui Costituzione del 2009 fa anch'essa riferimento alla Natura. Nello specifico, nel Preambolo dichiara che la Bolivia era stata rifondata "in conformità con il mandato dei popoli, con la forza della *Pachamama* e grazie a Dio". All'articolo 33 afferma che "i popoli hanno diritto a un ambiente sano, protetto ed equilibrato" e che l'esercizio di questo diritto deve consentire agli individui e alle collettività, delle generazioni presenti e future, così come agli altri esseri

---

<sup>43</sup> A. Iacovino., *Constitucionalismo ecológico en América Latina: de los derechos ambientales a los derechos de la naturaleza*, in *Cultura Latinoam.*, vol. 31, n. 1/2020, 286

<sup>44</sup> M. P. Melo, *O patrimônio comum do constitucionalismo contemporâneo e a virada biocêntrica do "novo" constitucionalismo Latino-Americano*, in *Estudos Jurídicos*, n. 18(1)/2013, 43

viventi, di svilupparsi in modo normale e permanente<sup>45</sup>. In Bolivia, però, posizioni di soggettività della Natura sono riconosciute solo implicitamente a livello costituzionale e esplicitamente attraverso fonti di rango ordinario e in particolare nella *Ley de derechos de la Madre Tierra* del 2010, il cui fondamento è l'articolo 33 su menzionato. Questa legge enuncia i diritti della Natura nonché gli obblighi e i doveri dello Stato e della società per garantire il rispetto di tali pretese. Anche in questo testo, è previsto il principio di armonia in base al quale le attività umane devono perseguire un equilibrio dinamico con riguardo ai cicli e ai processi inerenti la natura (art. 2).

Inoltre, la Costituzione dell'Ecuador ha stabilito, altresì, un parametro nel caso in cui i diritti umani e quelli della natura entrino in collisione, stabilendo che in caso di dubbio sulla portata delle disposizioni legali in materia ambientale, queste saranno applicate nel senso più favorevole alla protezione della natura (art. 395.4). Questo principio "pro natura" è stato previsto anche dalla Legge boliviana n. 071 del 2010, sui diritti della Madre Terra, che stabilisce che l'esercizio dei diritti individuali è limitato dall'esercizio dei diritti collettivi nei sistemi di vita della Madre Terra e che qualsiasi conflitto tra i diritti deve essere risolto in modo da non compromettere in modo irreversibile la funzionalità dei sistemi di vita (art. 6.2). Così, alla natura – *Pacha Mama* o Madre Terra – è stata riconosciuta la possibilità di esigere dai poteri pubblici la tutela dei propri diritti, per i quali può essere rappresentata da qualsiasi persona, comunità, popolo o nazionalità; ammettendo così, anche per questi diritti, una sorta di "azione popolare" – espressamente prevista dagli articoli 11.1, 71 e 86.1 della costituzione ecuadoriana e dall'art. 34 di quella boliviana.

Sono state create anche istituzioni giuridiche specificamente preposte alla difesa di questa "nuova" categoria di diritti ossia la *Defensoría del Ambiente y la Naturaleza* in Ecuador e la *Defensoría de la Madre Tierra* in Bolivia<sup>46</sup>.

#### V.I *La partecipazione popolare nelle decisioni ambientali.*

Per la sua forte carica valoriale l'ambiente sollecita un elevato grado di responsabilità, da cui deriva la necessità di assumere scelte partecipate e condivise. In Ecuador e in Bolivia è prevista espressamente a livello costituzionale la partecipazione ambientale dei cittadini, sia senza distinzioni sia con esplicito riferimento alle comunità indigene. La vincolatività delle decisioni assunte cambia a seconda dell'oggetto della consulta e delle collettività

---

<sup>45</sup> D. F. Esborraz., *El modelo ecológico alternativo latinoamericano entre protección del derecho humano al medio ambiente y reconocimiento de los derechos de la naturaleza*, in *Revista Derecho del Estado*, n. 36/2016, 115

<sup>46</sup> *Ibidem*, 119

---

coinvolte ed è evidente la natura garantista delle consulte popolari, in quanto previste in caso di lesione della natura e dei diritti a essa correlati e la stretta relazione tra la determinazione territoriale e la comunità interessata. In questa sede non sarà possibile analizzare tutte le modalità previste a tal fine dai testi costituzionali, e ci si soffermerà sugli aspetti che si ritengono di maggior rilievo.

In Ecuador se ad essere oggetto di consulta è la deroga al divieto di estrazione delle risorse naturali in determinate aree ad essere interpellata è l'intera collettività, se lo sono le terre ancestrali e le loro risorse la consulta sarà allora limitata ai popoli indigeni. In questo caso emergono le difficoltà legate all'identificare le istituzioni rappresentative dei gruppi abilitati a partecipare al procedimento deliberativo e il fatto che ognuna di esse esercita il proprio diritto alla consulta secondo proprie regole comunitarie. Per quanto concerne la Bolivia, invece, particolarmente interessante è la previsione che la partecipazione, quale forma espressiva della democrazia, si eserciti, oltre che attraverso le consulte, anche tramite *cabildos* e assemblee. Questi sono strumenti partecipativi attivati dal basso e facoltativi, mentre le consulte previe sono promosse dall'alto e obbligatorie, e possono avere un'applicazione sia locale che nazionale. Nel caso delle assemblee e dei *cabildos* dato che il loro ambito materiale non è predefinito o limitato possono vertere anche su temi ambientali. I loro risultati, però, non sono vincolanti, ma le decisioni emerse da queste riunioni devono essere tenute in considerazione dalle autorità e dai rappresentanti nei corrispondenti livelli decisionali. Lo stesso non può dirsi per le riunioni indette nell'ambito delle organizzazioni e dei popoli indigeni. Per quanto riguarda la vincolatività, delle consultazioni preventive, invece, le conclusioni, gli accordi o le decisioni prese non hanno carattere vincolante, ma devono essere considerate dalle autorità e dai rappresentanti nei corrispondenti livelli decisionali<sup>47</sup>.

#### V. IL COSTITUZIONALISMO ANDINO COME MODELLO

Prendere a riferimento realtà come quelle di Ecuador e Bolivia può rappresentare un'occasione di peculiare interesse in quanto, come si è visto, la natura non solo è oggetto di tutela ma anche soggetto di diritti e sono stati adottati strumenti che coinvolgono la popolazione nelle scelte relazionate con la compromissione dell'ecosistema. Gli ordinamenti considerati in questo contributo, da una parte, mettono in discussione la

---

<sup>47</sup> S. Baldin, *Il «buen vivir» nel costituzionalismo andino. Profili comparativi*, cit., 173 e ss.

consolidata idea che solo gli esseri umani possano ragionevolmente essere considerati soggetti di diritti e, dall'altro, sfidano l'antropocentrismo implicito nei modi dominanti di interpretare la grammatica del costituzionalismo moderno<sup>48</sup>.

È, però, necessario tenere in considerazione che la codificazione, a livello costituzionale e legislativo, in questi Paesi è strettamente relazionata alla cosmovisione dei popoli indigeni. L'idea di "natura", infatti, è un costrutto sociale e, in quanto tale, viene intesa in modo diverso a seconda della società storicamente, geograficamente e culturalmente situata. La sua comprensione è determinata da fattori ideologici e spirituali, per cui le definizioni non sono del tutto oggettive, ma sono incorporate in parametri sociali e giudizi di valore e sono le concezioni del rapporto tra gli esseri umani e il loro ambiente a determinare le concezioni della natura.

È possibile individuare tre momenti storici in cui è stata costruita una propria concezione della natura. A partire dall'Illuminismo, la predominanza della ragione ha evidenziato la dualità tra esseri umani e natura, per cui i processi naturali sono stati studiati attraverso la logica; con l'industrializzazione, la natura è diventata un oggetto produttivo, un mezzo per generare lo sviluppo umano, senza barriere morali o limiti al suo sfruttamento; e, infine, l'evoluzionismo comprende che il mondo è in permanente trasformazione, con gli esseri umani al massimo grado di organizzazione biologica, per cui la natura sarà tutto ciò che è al di sotto della loro supremazia<sup>49</sup>.

È evidente come la concezione marcatamente "antropocentrica" ed "economicista/utilitarista", ereditata dalla modernità, abbia trasformato la natura esclusivamente in "ambiente", vale a dire "ciò che circonda" – come ovvio – gli esseri umani, che, nella maggior parte degli ordinamenti contemporanei, sono posti al centro, padroni e signori indiscussi. Una delle conseguenze che derivano da questa concezione è che solo la persona, sia essa fisica o giuridica, può essere "soggetto/proprietario" di un rapporto giuridico, mentre la natura può essere solo "oggetto" dello stesso e, pertanto, protetta nella misura in cui è direttamente collegata alla salute o al godimento dell'uomo. Attualmente, infatti, la tutela ambientale prevista nella maggior parte della legislazione costituzionale e ordinaria, in modo più o meno articolato, si configura principalmente come diritto umano a un ambiente sano ed ecologicamente equilibrato e non è stata in

---

<sup>48</sup> D. Bonilla Maldonado, *El constitucionalismo radical ambiental y la diversidad cultural en América Latina. Los derechos de la naturaleza y el buen vivir en Ecuador y Bolivia*, in *Revista Derecho del Estado*, n. 42/2019, 14-15

<sup>49</sup> D. Vela Almeida – E. Alfaro Reyes, *Componente Antropológico*, in Prieto Méndez J. M., *Derecho de la naturaleza: fundamento, contenido y exigibilidad jurisdiccional*, Quito, Corte Constitucional del Ecuador, 2013, 207-208

---

grado di eliminare completamente la depredazione della natura e l'applicazione del modello estrattivista delle sue risorse<sup>50</sup>.

Come si è visto, alcuni testi costituzionali, e in particolare quelli analizzati, delineano un modello alternativo allo sviluppo di matrice occidentale, adatto a contrastare gli effetti della globalizzazione neoliberista, di cui contestano le politiche socialmente irresponsabili e l'economia estrattiva<sup>51</sup>. Il legame tra la tutela dell'ambiente e il pluralismo culturale e multietnico, infatti, ha permesso l'elaborazione di un nuovo modello di sostenibilità socio-ambientale in grado di bilanciare l'uso delle risorse economiche, valorizzare le diversità storico-culturali e implementare una migliore qualità della vita<sup>52</sup>, tutelando innanzitutto la natura, che viene riconosciuta come soggetto costituzionale e diventa il *Tertium* necessario, insieme al binomio libertà-autorità, della dialettica costituzionale. La natura, quindi, non è più considerata materia prima ai fini della produzione, priva di diritti e di rappresentanza, ma protagonista costituzionale. Cessa così di essere un oggetto per diventare soggetto di situazioni giuridiche e apre una nuova pagina nella storia del diritto<sup>53</sup>.

Al fine di individuare il valore che il modello andino può avere per le nostre democrazie, si ritiene utile interrogarsi circa il legame esistente tra la popolazione e la terra che questa abita, considerando le identità minoritarie sia originarie sia derivanti dai diffusi fenomeni migratori, alla luce del fatto che, già a partire dagli anni '60, dalla prospettiva dell'ecologia, ideologia originaria dell'occidente, è stato messo in discussione il dualismo tra natura e esseri umani, proponendo una visione olistica e integrante, senza gerarchie ma con interrelazioni. La natura ha iniziato così, anche nel mondo occidentale ad avere un valore intrinseco trascendentale che va al di là di qualsiasi giudizio di valore<sup>54</sup>.

---

<sup>50</sup>D. F. Esborraz., *El modelo ecológico alternativo latinoamericano entre protección del derecho humano al medio ambiente y reconocimiento de los derechos de la naturaleza*, cit., 112-113

<sup>51</sup>M. Serio – L. Pegoraro, *Prefazione*, in Baldin S., *Il «buen vivir» nel costituzionalismo andino. Profili comparativi*, Torino, Giappichelli, 2019, 11

<sup>52</sup>A. Iacovino., *Constitucionalismo ecológico en América Latina: de los derechos ambientales a los derechos de la naturaleza*, cit., 272

<sup>53</sup>R. Zaffaroni, *La Naturaleza con Derechos. De la filosofía a la política*, Quito, Abya-Yal, 2011, 433

<sup>54</sup>D. Vela Almeida – E. Alfaro Reyes, *Componente Antropológico*, in Prieto Méndez J. M., *Derecho de la naturaleza: fundamento, contenido y exigibilidad jurisdiccional*, cit., 207-208.





SMART CONTRACTS:  
ECESSIVAMENTE “SMART” PER ESSERE “CONTRACT” O ANCORA TROPPO  
“CONTRACT” PER ESSERE “SMART”?  
UNA PROSPETTIVA COMPARATISTICA TRA ITALIA E USA.

*Claudia Masciopinto*

SOMMARIO:

I. DEFINIZIONE E CARATTERISTICHE PRINCIPALI DEGLI SMART CONTRACTS. – II. LA QUALIFICAZIONE DEGLI SMART CONTRACTS COME CONTRATTI. – III. LA DISCIPLINA NORMATIVA IN TEMA DI SMART CONTRACT: IL DIRITTO INTERNO, IL DIRITTO UE E IL DIRITTO STATUNITENSE. UN CONFRONTO A VALLE TRA LE DISCIPLINE. – IV. QUESTIONI GIURIDICHE CHE PONGONO GLI SMART CONTRACTS. V. CONCLUSIONI E SPUNTI DI RIFLESSIONE.

*Questo saggio si propone svolgere alcune riflessioni sull'integrazione degli smart contracts nel sistema giuridico italiano, traendo ispirazione dall'esperienza straniera e dimostrando che lo sviluppo di nuove tipologie di conclusione ed esecuzione del contratto sia in grado di mettere in luce la forza delle categorie tradizionali del diritto civile e non le loro fragilità.*

*Gli smart contracts, teorizzati per la prima volta nel 1994 da Nick Szabo, possono tradurre operazioni contrattuali in protocolli informatici che si auto-eseguono mediante algoritmi. Lo smart contract, dunque, è uno strumento che si inserisce nell'ambito del più ampio fenomeno delle operazioni economiche automatizzate, informatizzate o algoritmiche, in cui i contraenti perdono in tutto o in parte la signoria di cui tradizionalmente godono sulla gestione dello scambio. Il più ampio utilizzo di smart contracts si rinviene nei settori bancario, finanziario e assicurativo.*

*L'utilizzo dello smart contract garantisce che al verificarsi di determinate condizioni corrisponda un certo risultato, ossia l'esecuzione automatica di una determinata prestazione, secondo lo schema if this, then that. Gli smart contracts vengono non di rado associati alla blockchain, nonostante i primi possano operare a prescindere della seconda. Tuttavia, è innegabile che la sinergia tra queste due tecnologie innovative sia idonea a stimolare nuove opportunità sul piano degli scambi commerciali. Infatti, tale combinazione offre diversi vantaggi per le transazioni, quali: sicurezza; trasparenza; rapidità degli scambi ed economicità degli stessi, essendo elisi i costi di stipula del contratto e quelli legati all'intervento di terzi; immutabilità unilaterale; prevedibilità e quasi certezza dell'esecuzione. La questione principale su cui verte il dibattito dottrinale è quella relativa alla natura giuridica degli smart contracts. In particolare, ci si domanda se questi possano integrare la figura del contratto tradizionale e, in caso affermativo, si pongono alcune problematiche relative alla disciplina applicabile. Il primo riconoscimento normativo degli smart contract, nel nostro ordinamento, è avvenuto con l'art. 8-ter del d.l. 14 dicembre 2018, n. 135. La lettura combinata della disciplina generale sul contratto prevista all'interno del Codice civile e dell'art. 8-ter, comma 2 non rende agevole stabilire quale sia il rapporto che intercorre fra l'accordo delle parti e il protocollo che lo codifica. Pertanto, per proporre una soluzione ai quesiti suddetti è apparso utile condurre un'analisi comparatistica mediante un confronto con il sistema giuridico statunitense, in quanto diversi Stati federati hanno conferito rilevanza giuridica allo smart contract, equiparandolo al contratto tradizionale.*

**Key words:** smart contracts; blockchain; contrattazione algoritmica; rimedi contrattuali; contrattazione automatizzata.

## I. DEFINIZIONE E CARATTERISTICHE PRINCIPALI DEGLI SMART CONTRACTS.

Gli *smart contracts*, detti anche contratti “intelligenti”<sup>1</sup> o *self executing contract*, sono stati teorizzati per la prima volta nel 1994 da Nick Szabo<sup>2</sup> nel lavoro dal titolo “Smart Contracts”<sup>3</sup>, in cui li definisce come protocolli computerizzati finalizzati all’esecuzione di termini contrattuali, prendendo spunto dal funzionamento dei distributori automatici.

Lo *smart contract*, dunque, è un codice informatico che viene letto ed eseguito da un computer e, per questo, è caratterizzato per essere *self-executing*<sup>4</sup>. Proprio a tali connotati fa riferimento l’aggettivo “smart”. L’utilizzo del termine “contract”, invece, dà la stura ad una delle principali questioni giuridiche che pongono gli *smart contracts*, volendo sin da ora anticipare ciò che si dirà nel prosieguo di questa riflessione, ossia se integrano o meno fattispecie contrattuali.

Dunque, in origine gli *smart contracts* sono stati pensati solo come algoritmi processati da un *software* che avrebbero garantito l’esecuzione della prestazione contrattuale<sup>5</sup>. Successivamente si è ipotizzato potessero costituire un utile strumento per tradurre, in termini informatici, la volontà delle parti, costituendo, per la loro modalità di funzionamento, un’evoluzione del contratto concluso mediante distributore automatico e del contratto telematico.

Gli *smart contracts* si sviluppano mediante *coding*, ossia i termini della transazione vengono trasposti in codice informatico per risultare intellegibili da un *software* che processa uno o più algoritmi<sup>6</sup>. Tale configurazione dello *smart contract* comporta che tutte le possibilità di esecuzione dello stesso sono inserite nel codice, cosicché né i contraenti né terzi si devono provvedere all’esecuzione del contratto che avviene automaticamente<sup>7</sup>.

Si tratta di uno strumento il cui utilizzo è in notevole crescita, in particolare nei rapporti B2C e B2B, e si inserisce nell’ambito del più ampio fenomeno delle operazioni economiche automatizzate, informatizzate o algoritmiche che si svolgono senza necessità dell’intervento umano.

Ciò che accomuna in un unico *genus* tutte le tipologie di *smart contract* è l’automatizzazione, ossia al verificarsi di determinate condizioni corrisponde un risultato certo, alla stregua del

<sup>1</sup> Occorre mettere in evidenza che gli *smart contracts*, in quanto protocolli di transazione basati su algoritmi, rappresentano un fenomeno distinto da quello dell’intelligenza artificiale. È importante mettere in luce questa differenza perché è frequente, nella dottrina italiana, che la locuzione «smart contracts» venga tradotta come contratti intelligenti, ingenerando confusione circa l’impiego dei sistemi di intelligenza artificiale per il funzionamento degli *smart contracts*.

<sup>2</sup> Si tratta di un pseudonimo utilizzato da un computer scientist e giurista.

<sup>3</sup> N. Szabo, *Smart Contracts*, <https://www.fon.hum.uva.nl/rob/Courses/InformationInSpeech/CDROM/Literature/LOTwinterschool2006/szabo.best.vml.net/smart.contracts.html>.

<sup>4</sup> Più recentemente, alcuni autori e operatori legali hanno definito i contratti intelligenti come: istruzioni elettroniche auto-esecutive redatte in codice informatico; un pezzo di codice informatico in grado di monitorare, eseguire e far rispettare un accordo; un *software*, con cui il codice informatico lega due, o una moltitudine, di parti in vista dell’esecuzione di effetti predefiniti, e che è memorizzato su un libro mastro distribuito; contratti digitali che permettono termini contingenti al consenso decentralizzato che sono auto-applicativi e a prova di manomissione attraverso l’esecuzione automatica; un programma guidato da eventi che gira su un libro mastro distribuito, decentralizzato, condiviso e replicato (*blockchain*) e che può prendere in custodia e trasferire beni sul libro mastro; contratti che sono rappresentati in codice ed eseguiti da computer; una nuova generazione di contratti digitali; programmi che eseguono parte degli obblighi contrattuali, e possono contenere ed eseguire condizioni contrattuali, così come invocare rimedi fisici; il contratto legale intelligente è un accordo implementato in un *software*.

<sup>5</sup> N. Szabo, *The Idea of Smart Contracts*, in *Nick Szabo's Essays, Papers, and Concise Tutorials*, 1997; Id., *Smart Contracts*, in *Nick Szabo's Essays, Papers, and Concise Tutorials*, 1995.

<sup>6</sup> Sul tema si vedano S.A. Cerrato, *Appunti su smart contract e diritto dei contratti*, in *Banca Borsa Titoli di Credito*, 3, 2020, 371-372; D. Alessi, *Smart contract: disciplina giuridica e questioni aperte*, in *Diritto di internet*, 3, 84-85.

<sup>7</sup> Per una dettagliata illustrazione di come si sviluppa uno *smart contract* si veda S.A. Cerrato, *Appunti su smart contract e diritto dei contratti*, in *Banca Borsa Titoli di Credito*, 3, 2020, 371 ss.

giudizio ipotetico normativo se A, allora B. Il funzionamento degli *smart contracts*, pertanto, segue la logica condizionale *if this, then that*. Per tale caratteristica, vi è chi ha parlato di contratto necessariamente condizionato<sup>8</sup>, diversamente da quanto previsto nella disciplina codicistica sul contratto, in cui la condizione è un elemento accidentale.

Tuttavia, la ragione principale dell'effettiva ascesa dei contratti "intelligenti" è stata la loro interazione con le *distributed ledger technologies (DLT)*, ossia registri informatici geograficamente delocalizzati e sincronizzati, di cui il principale e più importante sottotipo è la *blockchain*<sup>9</sup>. In queste strutture si assiste ad un'elevata decentralizzazione che cresce proporzionalmente all'estensione del *network*.

Gli *smart contract*, dunque, non sono figli della *blockchain*, a cui non sono necessariamente collegati, potendo operare del tutto indipendentemente dalla stessa<sup>10</sup>. Infatti, l'automatismo di esecuzione delle pattuizioni contrattuali, al verificarsi di eventi predeterminati dalle parti e iscritti nel codice, non dipende dall'utilizzo della *blockchain*, ma è conseguenza della condivisione che le parti fanno di un sistema informatico automatizzato al quale rimettono l'esecuzione del rapporto contrattuale<sup>11</sup>.

Tuttavia, la combinazione delle due tecnologie (*smart contract* e *blockchain*) consente agli *smart contracts* di sfruttare tutto il loro potenziale di automazione, divenendo programmi informatici eseguiti da una *blockchain*, da cui ereditano le proprietà di affidabilità e decentralizzazione. Infatti, il programma informatico viene eseguito come è stato codificato e inserito nella *blockchain* e un singolo computer della rete non può sostituirlo o modificarne il funzionamento.

---

<sup>8</sup> D. Fauceglia, *Il problema dell'integrazione dello smart contract*, in *Contratti*, 5, 2020, 596 ss.

<sup>9</sup> La *blockchain* è tecnologia basata sulla condivisione da parte degli utenti di una rete telematica di un *data base* distribuito tra i medesimi, con l'obiettivo di consentire la gestione di transazioni tra questi mediante il succedersi di una catena di operazioni che avvengono tra diversi nodi della rete. In altre parole, attraverso l'uso di un registro (il *data base*) pubblico a cui gli utenti possono accedere, aggiornato automaticamente in forza del funzionamento dei soggetti che partecipano alla catena (c.d. nodi), si attribuisce certezza, verificabilità e conoscibilità a determinate fatti, senza necessità di ricorrere ad autorità, istituzioni o comunque a soggetti terzi e, quindi, senza alcuna intermediazione, e di operare a livello decentrato.

Più in dettaglio, il registro pubblico condiviso è strutturato in blocchi, ognuno dei quali rappresenta un numero di transazioni la cui provenienza e ora di esecuzione sono attribuite in modo indelebile e immutabile, rispettivamente, attraverso un meccanismo di crittografia a chiave asimmetrica e una marcatura temporale (il c.d. *time-stamping*). Ciascun blocco è collegato irreversibilmente a quello precedente tramite una particolare operazione algoritmica (la c.d. funzione di *hash*) e forma così una catena dei blocchi accessibile e consultabile da tutti i nodi della rete. Prima di essere aggiunto alla catena, ogni blocco è controllato, validato e crittografato da alcuni nodi (cc.dd. *miner*) tramite la soluzione di un'operazione matematica e risulta così a prova di manomissione. Al momento in cui un'informazione è inserita in un blocco ed è accettata da tutti i nodi diviene unilateralmente inalterabile e può essere modificata solo con il consenso della maggior parte dei partecipanti. Esistono tre tipi di *blockchain*: privata, consortili e pubblica (come *Bitcoin* o *Ethereum*).

La prima e più importante applicazione della tecnologia *blockchain* ha riguardato, a partire dal 2009, la moneta virtuale *Bitcoin*, che ha ad oggetto trasferimenti di valuta. Vi sono *blockchain* poi processano differenti linguaggi di programmazione, su cui operano gli *smart contracts* aventi ad oggetto beni digitali (*token*) che possono rappresentare ogni tipo di *asset*. Un esempio è *Ethereum*, nata nel 2014, che permette transazioni più complicate e la cui attività principale è quella di implementare gli *smart contracts*. Si tratta di una *blockchain permissionless*, in cui chiunque può accedervi e assumere il ruolo di nodo del *network* e, quindi, inviare transazioni, aggiornare il *ledger*, partecipare al procedimento di creazione dei blocchi e creare *smart contract*. I beni e i diritti codificati nella *blockchain* sono definiti "*smart properties*" e sono trasferibili attraverso lo *smart contract*.

<sup>10</sup> Come osserva M. Mageri, *Smart Contracts e disciplina dei contratti*, Bologna: il Mulino, 2021, 30.

<sup>11</sup> Tanto è vero che nella prassi solo una frazione delle operazioni economiche automatizzate realizzate in Internet, o comunque tramite strumenti telematici, si avvale della *blockchain*, mentre tutti gli altri *smart contracts* utilizzano altri congegni (la cui conformazione ed operatività dipende dalle scelte degli operatori interessati e dalle capacità dei sistemi tecnici coinvolti) per garantire la certezza della data, l'affidabilità e la verificabilità delle informazioni trattate in automatico, l'immodificabilità dei contenuti e più in generale la sicurezza dell'operazione.

Per questo motivo gli *smart contracts* operanti su tecnologie basate su registri distribuiti suscitano maggiore attenzione ed interesse da parte della dottrina<sup>12</sup>.

L'evento (*if this*), la cui verifica condiziona l'esecuzione dello *smart contract* si atteggia, se certo, come un termine iniziale o finale oppure, se incerto, come una condizione, interna al perimetro della *DLT* (ad esempio, l'accredito nel *wallet* collegato allo *smart contract* di un pagamento in criptovaluta) o esterna ad essa. In quest'ultimo caso, un fatto del mondo reale viene accertato da una fonte esterna identificata come affidabile, chiamata “oracolo”.

L'oracolo<sup>13</sup> si definisce come uno *script* che fa riferimento ad informazioni esterne e che verifica la sussistenza dei presupposti necessari per il realizzarsi della conseguenza programmata.

Esistono due diversi tipi di oracoli: *software* e *hardware*; *inbound* e *outbound*.

Gli oracoli *software* generalmente estraggono informazioni da fonti digitali, mentre gli oracoli *hardware* sono usati per raccogliere dati dal mondo fisico attraverso sensori. Gli oracoli in entrata sono impiegati per inserire informazioni nella *blockchain*, mentre gli oracoli in uscita sono usati per riflettere, nel mondo reale, uno stato della *blockchain*. Ad esempio, un oracolo *hardware* in uscita potrebbe far sbloccare automaticamente un armadietto intelligente non appena una parte esegue un pagamento attraverso la *blockchain*.

Data l'importanza del ruolo che svolgono gli oracoli, per evitare che un oracolo possa trasmettere informazioni non corrette sulla *blockchain* esistono alcune società che certificano l'autenticità dei dati a fronte del pagamento di un corrispettivo o, in alternativa, vengono utilizzati più oracoli, in modo tale che lo *smart contract* attivi il trasferimento solo quando un cambiamento di stato è confermato dalla maggioranza degli oracoli.

Le modalità di funzionamento dell'oracolo pongono tre questioni: in primo luogo, l'accordo dei contraenti deve necessariamente riguardare anche la scelta dell'oracolo; inoltre, la necessità di fare affidamento su oracoli e fonti di dati esterne sminuisce il carattere decentralizzato delle *blockchain*; infine, occorre considerare la possibilità di errore legata al funzionamento oracolo. Infatti, anche gli *smart contracts* più sicuri e ben sviluppati potrebbero produrre risultati – intesi come conclusione del contratto o esecuzione dello stesso – diversi da quelli desiderati dalle parti, quando, mediante un oracolo difettoso, vengano inserite informazioni sbagliate nella *blockchain*.

Alla luce delle premesse svolte finora, occorre menzionare i molteplici vantaggi derivanti dall'utilizzo degli *smart contracts*. Innanzitutto, il loro impiego garantirebbe un incremento della rapidità e dell'economicità degli scambi<sup>14</sup>, poiché sono elisi i costi di transazione legati alle trattative necessarie per addivenire alla stipula del contratto, quando gli *smart contracts* sostituiscono anche questa fase, all'intervento di terzi (notai, mediatori) e alla fase esecutiva. Ancora, la prevedibilità e quasi certezza dell'esecuzione, impedita solo dalla sussistenza di errori nel programma informatico utilizzato per dar vita allo *smart contract*, comporterebbe l'impossibilità per la parte di decidere unilateralmente di non adempiere e, pertanto, l'utilizzo massiccio degli *smart contracts* potrebbe ridurre il contenzioso relativo alla mancata esecuzione delle prestazioni contrattuali.

Tuttavia, l'impiego dello strumento innovativo oggetto di esame non è esente da pregiudizi per il rapporto contrattuale.

---

<sup>12</sup> Sul tema, ampiamente, V. Pasquino, *Smart contracts: caratteristiche, vantaggi e problematiche*, in *Diritto e Processo*, 2017, 243 ss.

<sup>13</sup> Per un'ampia disamina sul tema si veda M.T. Giordano, *Il problema degli oracoli*, in R. Battaglini, M.T. Giordano (a cura di), *Blockchain e Smart Contract*, Milano: Giuffrè, 2019, 255 ss.

<sup>14</sup> Il settore in cui queste operazioni economiche c.d. algoritmiche ha trovato recentemente la sua maggiore applicazione è quello finanziario. Sull'argomento si vedano: E. Battelli, E.M. Incutti, *Gli smart contracts nel diritto bancario tra esigenze di tutela e innovativi profili di applicazione*, in *Contratto e impresa*, 3, 2019; E. Battelli, *IA e smart contract nel diritto bancario e assicurativo*, in R. Clarizia (a cura di), *Internet contratto e persona. Quale futuro?*, Pisa: Pacini Giuridica, 2021, 55 ss.

Innanzitutto, l'opacità con cui opera l'algoritmo rende difficoltoso riconoscere difetti nella programmazione o nel funzionamento dello *smart contract*. Questo, insieme all'immutabilità che caratterizza lo *smart contract*, dà luogo anche a squilibri tra i contraenti. Infatti, laddove si verifici una circostanza imprevista o il contratto contenga informazioni non corrette, al contraente debole sarebbe materialmente impedito sciogliersi dal rapporto, in quanto le prestazioni sono sottratte alla signoria delle parti ed eseguite automaticamente.

Occorre osservare che proprio tale difficoltà, se non impossibilità, di governare gli effetti e le sopravvenienze, se da un lato costituisce una caratteristica vantaggiosa degli *smart contracts*, dall'altro pregiudica i contraenti anche fuori dei casi di rapporti asimmetrici, impedendogli di adattare il rapporto contrattuale alle circostanze del caso concreto.

L'unico modo per ovviare all'immodificabilità e irretrattabilità dello *smart contract*, una volta codificati ed attivati, è quello di provvedere preventivamente alla gestione del rischio, mediante la scelta di uno specifico tipo contrattuale e/o con l'inserimento di specifiche clausole.

Potrebbe accadere, inoltre, che il codice dello *smart contract*, il *dry code*, non rispecchia completamente il linguaggio naturale del contratto legale, il *wet code*. Da un punto di vista tecnico, questo potrebbe accadere perché il programmatore non è stato in grado di codificare tutte le informazioni riportate nel contratto legale. A volte il *wet code* non può essere completamente convertito in codice programmabile poiché, come si è già accennato, codificare tutte le sfumature delle clausole convenzionali è, talvolta, impossibile. Per superare questo problema sono state proposte diverse soluzioni. Vi è chi ha proposto di redigere direttamente lo *smart contract* senza un testo di riferimento in linguaggio naturale<sup>15</sup>. Questa soluzione impone che gli avvocati lavorino insieme ai programmatori, dando vita ad una commistione delle competenze. Secondo altri, gli avvocati devono redigere le clausole contrattuali in maniera tale da poter essere poi tradotte in codice, quindi, utilizzando un linguaggio giuridico logico, chiaro e non ambiguo<sup>16</sup>.

## II. LA QUALIFICAZIONE DEGLI *SMART CONTRACTS* COME CONTRATTI E LA QUESTIONE DELLA DISCIPLINA APPLICABILE

La questione principale ruota intorno all'inquadramento giuridico dello *smart contract* al suo rapporto con l'istituto del contratto<sup>17</sup>. Ci si domanda, infatti, se la locuzione «*smart contracts*» sia adatta a qualificare il fenomeno a cui essa fa riferimento o se sia fuorviante ai fini dell'operazione di inquadramento giuridico dello stesso.

Infatti, lo *smart contract* costituisce uno strumento difficilmente riconducibile ad una categoria giuridicamente unitaria<sup>18</sup>. Infatti, la locuzione *smart contract* si può riferire sia all'operazione finalizzata a costituire, regolare o estinguere un rapporto giuridico patrimoniale perfezionato ed eseguito integralmente da sistemi automatici sia a singole fasi di una complessa operazione economica sia, infine, ad una sola fase del rapporto contrattuale<sup>19</sup> sorto fuori dal circuito digitale. Dunque, uno *smart contract* non sempre integra

<sup>15</sup> M. Durovic, A. Janssen, *The Formation of Blockchain-based Smart Contracts in the Light of Contract Law*, in *European Review of Private Law*, 26, 6, 2019, 771, ritengono che, nel lungo periodo, dato che il mondo degli affari è guidato dall'efficienza, il sistema legale dovrebbe creare certezza giuridica in modo da evitare costosi ibridi "codice-contratto".

<sup>16</sup> E. Pernice, *Smart contract: software o contratto? Tentativo di applicazione delle norme sulla teoria generale del contratto*, in *Cyberspazio e diritto*, 23, 70, 1, 2022, 53.

<sup>17</sup> Si veda A. Zoppini, *Considerazioni generali su contratto e nuove tecnologie*, in R. Clarizia (a cura di), *Internet contratto e persona. Quale futuro?*, cit., 31 ss.

<sup>18</sup> L.H. Scholz, *Algorithmic Contracts*, in *Stanford Technology Law Review*, 20, 2017, 134.

<sup>19</sup> Confermano la citata incertezza, le diverse fattispecie che la dottrina classifica come *smart contract*. Un esempio è quello delle apparecchiature tecnologiche collocate a bordo delle vetture: il *software* usato dalla compagnia assicurativa riceve informazioni sul comportamento del conducente che possono influenzare i contenuti del relativo rapporto negoziale, in quanto possono fornire che attivano o disattivano clausole di vantaggio o svantaggio (o facendo aumentare il premio assicurativo). Nel caso di specie, l'apporto della

la fattispecie di un accordo volto a costituire, regolare o estinguere un rapporto giuridico patrimoniale tra le parti.

In dottrina, vi è chi fa rientrare nella fattispecie di cui all' art. 1321 c.c. solo gli *smart legal contracts*, nominati così perché conclusi ed eseguiti sulle *DLT*<sup>20</sup> e non gli *smart contracts* che costituiscono la mera esecuzione informatica di accordi conclusi tra le parti in maniera tradizionale.

Più in particolare, nella dottrina si sono registrate tesi divergenti<sup>21</sup>.

Secondo una prima tesi, non si tratta di contatti propriamente intesi<sup>22</sup>, anzi, proprio l'utilizzo dello *smart contract* sarebbe finalizzato a fuoriuscire dall'ambito del diritto per dar vita ad un'autoregolamentazione (c.d. *lex informatica*), alternativa al diritto dei contratti e dotata di maggiore flessibilità. Questa tesi si fonda sulla duplice idea secondo cui lo *smart contract* non presenta mai problemi di mancata esecuzione e che, in caso di vizi di invalidità, non può contare su un apparato rimediabile idoneo ad incidere in modo coercitivo sulla *blockchain*.

Secondo una tesi mediana, gli *smart contracts* costituiscono una forma di autotutela preventiva esecutiva, finalizzati non a sostituire il diritto contrattuale, ma a gestire il rischio derivante dal rapporto contrattuale, poiché l'esecuzione automatizzata ed immediata tutela il privato dall'inadempimento contrattuale di controparte<sup>23</sup>. Dunque, lo scopo del loro impiego sarebbe di garantire l'adempimento *ex ante*, diversamente dal diritto dei contratti che mira a regolare le doglianze che possono sorgere *ex post*<sup>24</sup>. Secondo questa tesi, pertanto, il corretto inquadramento della funzione del diritto contrattuale impedisce di affermarne la completa obliterazione nel caso di utilizzo degli *smart contracts*. Infatti, le esigenze che sono alla base del diritto contrattuale ritornano negli *smart contracts*, quando risulta necessario ricorrere ai rimedi tradizionali per risolvere eventuali controversie causate da risultati dello *smart contract* che divergono dalle originarie intenzioni delle parti per errori di programmazione o che contrastano con norme imperative.

Infine, secondo un'ulteriore teoria, gli *smart contracts* che girano su *DLT* sono contratti veri e propri<sup>25</sup>. Si ritiene, infatti, che tutte le evoluzioni tecnologiche finora impattanti sul diritto

---

tecnologia è limitato ad una piattaforma tecnologica che, sulla base delle pattuizioni negoziali in origine intervenute tra le parti, eventualmente anche con modalità del tutto tradizionali, concretizza gli effetti del contratto condizionati da quelle informazioni. Questa tipologia non crea particolari problemi sul piano giuridico, in quanto si possono applicare le tradizionali regole contrattuali, ma solleva questioni tecniche poiché è necessario garantire che i dati siano raccolti e comunicati in modo corretto e che la conseguente automatica modulazione degli effetti del contratto tra le parti corrisponda effettivamente a quanto in origine pattuito tra le stesse.

Un diverso tipo si ha quando a decidere se stipulare il contratto sono due o più *software* che, sulla base degli algoritmi con cui sono programmati, assumono decisioni autonomamente e cioè compiono determinate azioni al verificarsi o meno di circostanze prefissate.

<sup>20</sup> The Law Commission, *Smart legal contracts Advice to Government*, 2021: <https://www.lawcom.gov.uk/project/smart-contracts/>.

<sup>21</sup> In senso critico sulla «diffusione di “supercontratti”, davvero capaci di gestire in automatico la sconfinata pluralità di aspetti che possono caratterizzare il rapporto negoziale appare di difficile realizzazione» R. Pardolesi, A. Davola, «*Smart contract*: lusinghe ed equivoci dell'innovazione purchessia», in *Foro It.*, 4, 2019, 205. Gli AA. affermano «larga parte di ciò che va sotto il nome di *smart contract* si riduce, appunto, a una tessera digitale di un mosaico variegato; e non merita particolare attenzione», inoltre, escludono che, allo stato, esista una categoria *smart contract*, alla quale può applicarsi la disciplina del contratto.

<sup>22</sup> Così P. Cuccuru, *Blockchain ed automazione contrattuale. Riflessioni sugli smart contract*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1, 2017, 107 ss.

<sup>23</sup> Così affermano L.A. Di Matteo, M. Cannarsa, C. Poncibò, *Smart Contracts and Contract Law*, in *Iid.* (a cura di), *The Cambridge Handbook of Smart Contracts, Blockchain Technology and Digital Platforms*, Cambridge: Cambridge University Press, 2020, 4.

<sup>24</sup> Questo è quello che sostengono brillantemente K. Werbach, N. Cornell, *Contracts ex machina*, in *Duke Law Journal*, 67, 2017, 318.

<sup>25</sup> M. Maugeri, *Smart Contracts e disciplina dei contratti*, cit., 33, gli *smart legal contracts* sono idonei ad integrare accordi fra due o più parti volti a costituire un rapporto giuridico patrimoniale *ex art.* 1321 cc.

civile non hanno mai messo in dubbio la compatibilità delle nuove strutture contrattuali creati dalla prassi con il diritto dei contratti. Sempre in questa linea di pensiero, si inseriscono quegli studiosi del fenomeno<sup>26</sup> che identificano un collegamento contrattuale tra un contratto sottostante, di regola in forma scritta e completo dei requisiti per esso previsti dalla legge, e il codice dello *smart contract*, deputato alla gestione di alcune fasi del rapporto negoziale.

Volendo accogliere la tesi in esame, si potrebbe ritenere che così come il contratto tradizionale presenta i caratteri di irretrattabilità e immodificabilità di cui all'art. 1372 c.c., anche gli *smart contracts* sono immodificabili e intangibili perché vengono trascritti nella *blockchain* ed eseguiti automaticamente, senza possibilità di intervenire per modificarne gli effetti o sciogliere il rapporto. Tuttavia, diversamente dalla indissolubilità, irretrattabilità e immodificabilità del contratto che è solo relativa, in quanto può essere sciolto per mutuo consenso o per cause ammesse dalla legge *ex art.* 1372 c.c., lo *smart contract* è sottoposto ad un regime di assoluta immodificabilità e indissolubilità.

Inoltre, la qualificazione degli *smart contracts* come veri e propri contratti dà la stura a due quesiti: quali tipologie di contratti sono idonee ad essere configurate come *smart contracts* e quale disciplina è applicabile ad esse.

Per quanto concerne la prima questione, si deve tener conto che la necessità che le parti definiscano *ex ante* le regole operative e i risultati voluti richiede che le regole contrattuali siano abbastanza semplici, non potendosi tradurre in codice binario concetti giuridici indeterminati o clausole complesse, che prevedono diritti e obblighi non riducibili in termini codicistici. Inoltre, l'uso degli *smart contract* impone alle parti di definire esattamente il contenuto delle prestazioni e non sembrerebbe ammettere l'operatività di clausole generali, come la buona fede (artt. 1175, 1375 c.c.), data l'impossibilità di tradurle in codice binario. Entrambi gli aspetti si riverberano negativamente sulla funzionalità del rapporto sotteso allo *smart contract*. Infatti, per quanto riguarda le clausole generali, queste svolgono un ruolo fondamentale nei rapporti contrattuali tradizionali, intervenendo come regola di condotta tesa a valutare se i comportamenti delle parti siano conformi alla regola contrattuale. Invece, il valore che assume la parziale indeterminatezza del contenuto del contratto – grazie alla presenza di clausole contrattuali che, per la loro ambiguità, necessitano di un procedimento interpretativo per la determinazione del loro esatto ambito applicativo – si rinviene nella maggiore efficienza dei rapporti contrattuali, in quanto maggiormente adattabili alle circostanze concrete, nella logica del *rebus sic stantibus*.

Per quanto riguarda la questione relativa alla disciplina applicabile agli *smart contracts*, nel dibattito dottrinale si contendono il campo principalmente due tesi.

Secondo alcuni, deve estendersi agli *smart contracts* la normativa tradizionale sul contratto, secondo un approccio c.d. *Wait-and-see*, che consiste nel monitorare gli sviluppi delle nuove tecnologie senza intervenire con leggi, che incorrerebbero nel duplice rischio di diventare presso obsolete e di comprimere le potenzialità proprie di un tale strumento tecnologico innovativo.

Secondo altri, invece, è necessaria una disciplina *ad hoc*. Tra questi, vi è chi ritiene necessario l'intervento del legislatore, meglio se sovranazionale, e chi reputa più efficiente una *self regulation* da parte degli stessi operatori del mercato che utilizzano gli *smart contracts*, in quanto questi possono vantare una maggiore conoscenza del fenomeno.

---

<sup>26</sup> Così F. Di Ciommo, *Smart contract e (non-) diritto. Il caso dei mercati finanziari*, in *Nuovo dir. civ.*, 2019, 261. A.M. Benedetti, *Contratto, algoritmi e diritto civile transnazionale: cinque questioni e due scenari*, in *Rivista di diritto civile*, 3, 2021, 416, afferma che un negozio di configurazione integra «l'accordo sulla tecnica (cioè sulla struttura peculiare che si vuole conferire al contratto) che salva la natura negoziale del «prodotto» della tecnica stessa [lo *smart contract*]. Un contratto sul contratto, probabilmente avente natura di contratto quadro o normativo».

La Relazione del Parlamento Europeo recante raccomandazioni sulla legge sui servizi digitali<sup>27</sup> esorta la Commissione a adeguare le norme di diritto commerciale e civile per i soggetti commerciali che operano *online* e prevede testualmente che «le proposte dovrebbero avere come scopo il rafforzamento delle norme di diritto commerciale e civile applicabili ai soggetti commerciali che operano online in relazione ai servizi digitali, tra cui le aree in cui si riscontrino concrete lacune a seguito di una valutazione d’impatto completa, gli aspetti giuridici di diritto commerciale e civile delle tecnologie di registro distribuito e, in particolare, i contratti intelligenti. Le proposte dovrebbero altresì cercare di rendere più comprensibili le clausole e le condizioni contrattuali e fornire alle persone un’effettiva possibilità di non aderire a determinate clausole o di negoziare singoli termini»<sup>28</sup>.

Inoltre, gli *smart contracts* pongono il problema dell’applicabilità delle discipline volte alla tutela del contraente debole nei contratti tra parti diseguali<sup>29</sup>.

Si dubita, infatti, che a monte dell’utilizzo di uno *smart contract* possano essere rispettati gli obblighi di informazione, che hanno particolare importanza proprio nei contratti a distanza (come, di regola, sono gli *smart contracts*). Inoltre, è difficile rinvenire la sussistenza di una seria ed effettiva trattativa a monte di uno *smart contract*, idonea ad escludere il giudizio di vessatorietà *ex art. 33 e ss. cod. cons. (d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206)*. Infine, la facoltà di esercizio del diritto di recesso, sempre garantita al consumatore *ex art. 51 cod. cons.*, è quasi impraticabile negli *smart contracts*, in cui l’esecuzione della prestazione è sottratta al dominio delle parti.

Quest’ultimo argomento si collega anche all’ulteriore problematica, più generale, dell’inapplicabilità dei rimedi contrattuali – nullità, annullabilità, risoluzione – agli *smart contracts* a causa della loro immodificabilità.

### III. LA DISCIPLINA POSITIVA IN TEMA DI *SMART CONTRACT*: IL DIRITTO INTERNO, IL DIRITTO UE E IL DIRITTO STATUNITENSE. UN CONFRONTO A VALLE.

Una possibile soluzione alle questioni poste nel precedente paragrafo si può prospettare mediante un’indagine comparatistica tra i diversi ordinamenti giuridici che hanno conosciuto e affrontato il tema *smart contract*<sup>30</sup>, non solo perché gli altri ordinamenti possono essere fonte di ispirazione ma anche perché il fenomeno *smart contract* è per sua natura destinato a superare i confini nazionali. Infatti, la facilità con cui circolano i programmi informatici permette allo *smart contract* di essere uno strumento a vocazione transnazionale utilizzato negli scambi internazionali, idoneo anche a contribuire alla circolazione e all’armonizzazione dei modelli giuridici.

Pertanto, oltre ad analizzare l’orientamento del legislatore italiano, si esamina anche l’approccio adottato dalle legislazioni di alcuni Stati federati degli Stati Uniti, che sono state tra le prime a riconoscere valore giuridico agli *smart contracts*.

<sup>27</sup> *Relazione recante raccomandazioni alla Commissione sulla legge sui servizi digitali: adeguare le norme di diritto commerciale e civile per i soggetti commerciali che operano online* (2020/2019(INL)), [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-9-2020-0177\\_IT.html](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-9-2020-0177_IT.html).

<sup>28</sup> *Allegato alla proposta di risoluzione: raccomandazioni particolareggiate concernenti il contenuto della proposta richiesta, Raccomandazione 1 Scopo*, [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-9-2020-0177\\_IT.html](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-9-2020-0177_IT.html).

<sup>29</sup> Sulle principali questioni che pongono gli *smart contracts* nell’ambito dei contratti tra professionisti e consumatori, si veda M.P. Pignalosa, *Il consumatore calcolante*, ESI: Napoli, 2021, 27 ss. Si veda sul tema anche A. Stazi, *Smart Contracts and Comparative Law A Western Perspective*, Torino: Giappichelli, 2021.

<sup>30</sup> Si veda in particolare A. Stazi, *Automazione contrattuale e «contratti intelligenti»*. *Gli smart contracts nel diritto comparato*, Torino: Giappichelli, 2019.

Il primo riconoscimento normativo degli *smart contracts*, nel nostro ordinamento, è avvenuto con l'art. 8-ter<sup>31</sup> del d.l. 14 dicembre 2018 n. 135 recante "Disposizioni urgenti in materia di sostegno e semplificazione per le imprese e per la pubblica amministrazione" (d.l. Semplificazioni) convertito, con modificazioni, dalla legge 11 febbraio 2019, n. 12<sup>32</sup>.

Il comma 1 della disposizione definisce le tecnologie basate su registri distribuiti come «le tecnologie e i protocolli informatici che usano un registro condiviso, distribuito, replicabile, accessibile simultaneamente, architetturealmente decentralizzato su basi crittografiche, tali da consentire la registrazione, la convalida, l'aggiornamento e l'archiviazione di dati sia in chiaro che ulteriormente protetti da crittografia verificabili da ciascun partecipante, non alterabili e non modificabili». Il comma 2 della stessa norma qualifica lo *smart contract* come «un programma per elaboratore che opera su tecnologie basate su registri distribuiti e la cui esecuzione vincola automaticamente due o più parti sulla base di effetti predefiniti dalle stesse». La disposizione prosegue precisando che gli *smart contract* «soddisfano il requisito della forma scritta»<sup>33</sup> previa identificazione informatica delle parti interessate, attraverso un processo avente i requisiti fissati dall'Agenda per l'Italia digitale con linee guida da adottare entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto». Occorre precisare che, al momento in cui si scrive, tali linee guida non sono ancora state emanate.

Una lettura combinata della disciplina generale sul contratto del Codice civile e dell'art. 8-ter, comma 2 rende non agevole stabilire quale sia il rapporto che intercorre fra l'accordo delle parti e il protocollo che lo codifica<sup>34</sup>.

Infatti, la formulazione dell'art. 8-ter ricorda il testo dell'art. 1372, comma 1, primo periodo c.c., aprendo la strada alle tesi che affermano la natura contrattuale allo *smart contract*. Si potrebbe sostenere, infatti, che il legislatore si sia limitato a fornire una definizione rievocativa dello *smart contract*, senza disciplinarlo, in quanto ha ritenuto lo stesso riconducibile all'istituto tradizionale del contratto

Inoltre, ai sensi dell'art. 1321 c.c., il contratto viene definito come «l'accordo di due o più parti per costituire, regolare o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale» e, di regola, gli effetti del contratto si producono in virtù di una legittima manifestazione del consenso delle parti, ai sensi dell'art. 1376 c.c. L'art. 8-ter, invece, prevede che sia «l'esecuzione» dello stesso a vincolare automaticamente i contraenti sulla base di effetti predefiniti dalle stesse.

Pertanto, dal significato che si conferisce al lemma «esecuzione» dipende l'intero tenore della disposizione. L'esegesi svolta alla luce della disciplina codicistica, secondo cui il termine «esecuzione» si riferisce alla produzione degli effetti del contratto, non

<sup>31</sup> Articolo inserito dall'articolo 1, comma 1, della Legge 11 febbraio 2019, n. 12, in sede di conversione e rubricato Tecnologie basate su registri distribuiti e *smart contract*.

<sup>32</sup> Da tale norma possono ricavarsi «due nozioni legali di smart contract», secondo la brillante lettura di S. Orlando, *Profili definitivi degli "smart contracts"*, in R. Clarizia (a cura di), *Internet contratto e persona. Quale futuro?*, cit., 48 ss.

<sup>33</sup> Il meccanismo predisposto dal legislatore riprende quello previsto dall'art. 20 comma 1-bis, Codice dell'Amministrazione Digitale (CAD) di cui al d.lgs. 5 marzo 2005, n. 82, in cui è previsto che l'efficacia probatoria dei documenti informatici è la stessa della scrittura privata.

Secondo parte della dottrina tale norma sarebbe superflua, posto che lo *smart contract* già costituisce un documento informatico, come definito dall'art. 20, comma 1-bis CAD, il quale, se presenta determinate caratteristiche, integra il requisito della forma scritta e ha l'efficacia probatoria prevista dall'art. 2702 c.c. Altra tesi ritiene, invece, che per lo *smart contract* non sussiste un'espressa previsione circa la conformità dello stesso al requisito dell'immodificabilità, tipica documento informatico, che non può ritenersi sussistente quando il documento contiene semplicemente codici eseguibili, come nel caso del programma per elaboratore.

<sup>34</sup> In prospettiva critica nei confronti della definizione L. D'agostino, R. Piselli, *La definizione di tecnologia a registro distribuito e di smart contract nella legge di conversione del "decreto semplificazioni". Un primo commento critico, Blockchain e autonomia privata Fondamenti giuridici*, a cura di Nuzzo, Roma: Luiss University Press, 2019, 18, secondo cui «sarebbe forse stato più corretto inquadralo come vero e proprio contratto redatto in linguaggio computazionale, trascritto ed eseguito mediante tecnologie basate su registri distribuiti, con cui le parti concordano che, al verificarsi di alcune condizioni, si produrranno determinati effetti giuridici».

spiegherebbe perché le parti dello *smart contract* siano vincolate non già nel momento in cui hanno validamente prestato il proprio consenso, ma soltanto in un momento successivo, quello appunto dell'esecuzione. Per tale ragione, sembrerebbe più corretto riferire il termine «esecuzione» all'avvio del programma, ossia alla lettura da parte del *software* delle istruzioni (*recitius* clausole contrattuali) trasposte in codice e alla loro memorizzazione sulla *blockchain*. Il vincolo sancito dal legislatore parrebbe potersi riferire alla non modificabilità dei dati registrati dallo *smart contract* una volta avviato il programma in cui lo stesso si sostanzia.

Questa impostazione conduce ad affermare l'erroneità della tesi secondo cui gli *smart contracts* sono contratti reali, non venendo in rilievo, ai fini del perfezionamento del contratto, l'esecuzione, intesa come *traditio*<sup>35</sup>.

Diversamente da quanto avvenuto in Italia, in altri Paesi dell'Unione europea, come Francia, Germania e Spagna, solo la dottrina si è espressa sul tema *smart contract*, mentre i rispettivi legislatori sono rimasti finora silenti.

Anche l'Unione europea non è intervenuta specificamente per dettare una disciplina in tema di *smart contracts*. Concentrandosi, più in generale, sui benefici che possono derivare dall'implementazione e dall'utilizzo delle DLT e della *blockchain*<sup>36</sup>, ha affermato che, al momento, i «contratti intelligenti» (termine utilizzato nella traduzione italiana dell'atto dell'Unione) potrebbero non essere sufficientemente maturi per essere considerati giuridicamente vincolanti nel quadro di una qualsiasi normativa settoriale e che, pertanto, è necessaria un'ulteriore valutazione dei rischi derivanti dal loro impiego<sup>37</sup>. Tale statuizione consente di ritenere, argomentando *a contrario*, che nei settori in cui non si riscontrano particolari profili di rischio, possa essere riconosciuta agli *smart contract* rilevanza sul piano giuridico.

Inoltre, il Parlamento europeo, prendendo atto dell'aumento di transazioni basate sulle tecnologie a registro distribuito, ha chiesto alla Commissione di valutarne lo sviluppo, l'utilizzo, le questioni di legittimità ed esecuzione in situazioni transfrontaliere, di fornire orientamenti in materia per garantire la certezza del diritto per imprese e consumatori e di adottare iniziative legislative solo laddove siano individuate lacune a seguito di tale valutazione<sup>38</sup>. Dunque, l'UE ha preferito assumere un atteggiamento di *self restraint* rispetto al fenomeno *smart contract*, forse per evitare che i notevoli vantaggi insiti nel loro impiego negli scambi sovranazionali possano essere ridimensionati da un'eccessiva regolamentazione che vada a comprimere il potenziale della tecnologia avanzata che li connota.

<sup>35</sup> Questa tesi è sostenuta da M. Nicotra, *L'Italia prova a normare gli smart contract, ecco come: pro e contro*, in *Agenda Digitale*, 2019.

<sup>36</sup> *Risoluzione del Parlamento europeo del 3 ottobre 2018 sulle tecnologie di registro distribuito e blockchain: creare fiducia attraverso la disintermediazione* (2017/2772(RSP)): *considerando 77*: «l'Unione dispone di un'eccellente opportunità per divenire leader mondiale nel campo delle DLT ed essere un attore credibile nel guidarne lo sviluppo e i mercati livello globale, in collaborazione con i partner internazionali».

<sup>37</sup> *Risoluzione del Parlamento europeo del 13 dicembre 2018 sulla blockchain: una politica commerciale lungimirante* (2018/2085(INI)), [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2018-0528\\_IT.html](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2018-0528_IT.html). Al punto 29: «sottolinea i benefici che la *blockchain* potrebbe apportare alle PMI rendendo possibili la comunicazione *peer-to-peer*, fornendo strumenti di collaborazione e pagamenti sicuri, agevolando l'attività d'impresa e riducendo il rischio di mancato pagamento e i costi legati alla procedura giuridica per l'adempimento dei contratti tramite l'utilizzo di contratti intelligenti; riconosce la necessità di garantire che lo sviluppo della *blockchain* nel commercio internazionale includa le PMI».

<sup>38</sup> *Considerando 34 della Risoluzione del Parlamento europeo del 20 ottobre 2020 recante raccomandazioni alla Commissione sulla legge sui servizi digitali: migliorare il funzionamento del mercato unico* (2020/2018(INL)) in cui sottolinea anche l'importanza, ai fini dello sviluppo dei servizi digitali, dell'obbligo per gli Stati membri di garantire che il loro ordinamento giuridico consenta la conclusione di contratti per via elettronica, garantendo nel contempo un elevato livello di protezione dei consumatori e invita la Commissione a rivedere i requisiti esistenti in materia di contratti conclusi per via elettronica, anche per quanto riguarda le notifiche da parte degli Stati membri, e ad aggiornarli se necessario.

Inalcuni Stati federati degli Stati Uniti, invece, la validità dei contratti elaborati o eseguiti tramite un codice informatico di uno *smart contract* è espressamente riconosciuta dalle legislazioni di alcuni Stati, in particolare dalle leggi di Arizona, North Dakota, New York, Ohio, Florida, Tennessee, Wyoming, Arkansas California<sup>39</sup>.

Ad esempio, l'Arizona<sup>40</sup>, che ha ispirato la produzione legislativa degli altri Stati federati, ha equiparato gli *smart contracts* ai contratti tradizionali. In particolare, consente l'uso degli *smart contract* nel commercio – in un numero limitato di materie previste dalla norma stessa – e vieta che ad un documento relativo a una transazione venga negata efficacia legale, validità o esecutività per il solo fatto che contenga una clausola relativa all'utilizzo di uno *smart contract*.

Il confronto tra i sistemi di *civil law* e quelli di *common law* esaminati finora dà la stura a una duplice considerazione.

Negli ordinamenti degli Stati membri, come nel diritto dell'UE, non si è provveduto a regolamentare o a descrivere dettagliatamente il fenomeno *smart contract*. Il legislatore europeo, in particolare, ambisce a garantire la tutela del consumatore/utilizzatore più che a dettare una disciplina specifica del fenomeno *smart contract* in generale. Negli USA, invece, molti stati ammettono espressamente l'utilizzo dello strumento, delineandone i connotati. La *ratio* di tale divergenza è dovuta al differente valore che i Paesi hanno attribuito allo *smart contract*. Il timore che aleggia nei Paesi di *civil law*, secondo cui tale strumento potrebbe causare l'erosione della disciplina tradizionale del contratto, non si rinviene negli Stati federati precedentemente menzionati, in cui è stata valorizzato il proficuo impiego degli *smart contracts* e, proprio a tal fine, è stato conferito rapidamente un espresso riconoscimento normativo al fenomeno.

Il confronto tra i due sistemi giuridici lascia emergere comunque un'unitaria visione sul tema *smart contract*, che è così sintetizzabile: l'attivazione di transazioni, di fasi di transazioni, eseguite su una *blockchain*, può equivalere ad una proposta, a un'accettazione o a qualsiasi altra dichiarazione contrattuale laddove, a seconda della natura specifica dello *smart contract*, l'attivazione possa essere ragionevolmente intesa come una dichiarazione di volontà e sia attribuibile alla parte interessata.

In altri termini, al ricorrere di determinate circostanze, che dipendono dal caso concreto, uno *smart contract* può essere qualificato come contratto, se è suscettibile all'interno delle fattispecie che disciplinano il contratto previste dal diritto nazionale (*civil law* o *common law*) di riferimento nel caso di specie.

<sup>39</sup> Arizona House Bill 2417 del 29 marzo 2017, <https://legiscan.com/AZ/text/HB2417/2017>; North Dakota House Bill 1045 del 24 aprile 2019, <https://legiscan.com/ND/text/1045/2019>; New York Senate Bill 4142 del 1 marzo 2019, <https://legiscan.com/NY/text/S04142/id/1941061>; Nevada Senate Bill 398, <https://legiscan.com/NV/text/SB398/id/1568948>; Nevada Senate Bill 398 del 5 giugno 2017, <https://legiscan.com/NV/text/SB398/id/1626453>; Ohio Senate Bill 300 del 2017, Sec. 1306.06, <https://legiscan.com/OH/bill/SB300/2017>; Florida House Bill 1357 del 2018, <https://legiscan.com/FL/text/H1357/id/1676376>; TN SB 166 2 del 26 marzo 2018, <https://legiscan.com/TN/bill/SB1662/2017>; Senate Bill 125 del 26 febbraio 2019, <https://legiscan.com/WY/text/SF0125/2019>; 2019 Arkansas Code, Title 25 - State Government, Chapter 32 - Uniform Electronic Transactions Act, § 25-32-122. Signatures and Records Secured Through Blockchain Technology – Definitions, <https://law.justia.com/codes/arkansas/2019/title-25/chapter-32/section-25-32-122/>; California Civil Code, Section 1633.2, <https://legiscan.com/CA/text/AB2658/id/1776109>.

<sup>40</sup> Arizona Revised Statutes, Title 44 - Trade and Commerce, § 44-7061 *Signatures and records secured through blockchain technology; smart contracts; ownership of information; definitions* «C. Smart contracts may exist in commerce. A contract relating to a transaction may not be denied legal effect, validity or enforceability solely because that contract contains a smart contract term» 2. «E. For the purposes of this section: [...] “Smart contract” means an event-driven program, with state, that runs on a distributed, decentralized, shared and replicated ledger and that can take custody over and instruct transfer of assets on that ledger».

IV. LA COMPATIBILITÀ DELLO *SMART CONTRACT* CON LA DISCIPLINA DEL CONTRATTO

A seguito dell'analisi svolta finora, risulta chiara l'assenza di un intervento normativo finalizzato a regolare il fenomeno. Infatti, né il legislatore italiano né quello europeo hanno provveduto, per il momento, a dettare una disciplina organica o comunque ad indicare, tra le disposizioni normative esistenti, quelle applicabili agli *smart contracts*. Pertanto, nel silenzio della legge, non possiamo fare altro se non indagare sulla compatibilità dello *smart contract* con la disciplina del contratto, intesa in senso ampio, ossia inclusiva delle disposizioni dettate in materia di tutela del consumatore, di commercio elettronico, di documenti digitali. In prima battuta, si pone il problema dell'identificazione delle parti, che non è sempre agevole negli *smart contracts*, dove anzi è frequente che l'identità della persona fisica o giuridica sia celata con meccanismi di pseudonimizzazione. Ciò porta con sé tutta una serie di questioni, quali le modalità di verifica della sussistenza in capo alle parti della capacità di concludere il contratto (art. 2 c.c.), a cui si collega l'individuazione degli strumenti idonei a tutelare i soggetti considerati particolarmente vulnerabili dall'ordinamento. Il d.l. Semplificazioni, all'art. 8-ter, comma 2, seconda parte, prevedendo che «gli *smart contract* soddisfano il requisito della forma scritta previa identificazione informatica delle parti interessate, attraverso un processo avente i requisiti fissati dall'Agenzia per l'Italia digitale con linee guida» ha parzialmente contribuito a fornire una soluzione alla problematica, che potrà essere dipanata grazie alle linee guida che dell'AGID.

Inoltre, ci si interroga sull'adattabilità delle norme codicistiche che disciplinano i vizi del consenso. In particolare, occorre valutare se gli *smart contract* in cui il cui consenso di un contraente sia stato dato per errore, estorto con violenza o carpito con dolo possano essere annullati, alle condizioni di cui agli artt. 1427 ss. c.c. Secondo taluno, la disciplina del c.d. errore ostativo di cui all'art. 1433 c.c., consentendo l'annullamento del contratto quando l'errore riguarda non la formazione ma la comunicazione della volontà, porrebbe un rimedio per tutte quelle situazioni in cui il codice informatico non trasponga correttamente la volontà delle parti (ad esempio, a causa di errori di battitura del codice, cc.dd. *bug*)<sup>41</sup>.

Un ulteriore profilo problematico è quello relativo all'interpretazione dello *smart contract*, che sembrerebbe potersi ammettere<sup>42</sup>, in quanto la *ratio* dell'1362 c.c. non sta nell'uso delle parole, ma nella fruizione interpretativa del contegno delle parti, fruizione compatibile anche con l'uso di mezzi diversi dalla parola. Inoltre, l'esegesi di un contratto codificato evita tutte le complessità proprie dei testi scritti, prima tra tutte la polisemia, che connota un numero notevole di parole del linguaggio verbale.

Un'ultima questione concerne l'asserita certezza dell'esatto adempimento derivante dall'utilizzo di uno *smart contract*. Questo non è sempre vero a causa di *bug* nel funzionamento del *software*, errori nella programmazione del codice o la comunicazione di un'informazione errata da parte dell'oracolo. In altri termini, l'esecuzione del *code* potrebbe non corrispondere all'esatto adempimento del contratto.

In questi casi, l'irretrattabilità ed immodificabilità dello *smart contract*, in mancanza di una esplicita previsione convenzionale, fanno ricadere sulle parti le conseguenze dell'inesatto adempimento, nonostante questo non sia loro imputabile.

Infatti, i classici rimedi contrattuali sembrerebbero poco adatti, in quanto le caratteristiche degli *smart contract* e della *blockchain* limitano la possibilità di adeguare o modificare i termini contrattuali al fine di mantenere in vita la relazione contrattuale con qualche mutamento.

Tuttavia, questa criticità potrebbe essere superata dalla previsione della funzione cosiddetta *kill* o *kill code*, prevista da alcune *blockchain* più evolute per l'"autodistruzione" dello *smart*

<sup>41</sup> Così M. Proto, *Questioni in tema di intelligenza artificiale e disciplina del contratto*, in AA. VV. (a cura di), *Il diritto nell'era digitale. Persona, Mercato, Amministrazione, Giustizia*, Milano: Giuffrè, 2022, 184.

<sup>42</sup> Di contrario avviso, invece, G. Caldana, C. Colosio, *Smart Contracts: problemi interpretativi*, [https://www.academia.edu/61711548/Smart\\_contracts](https://www.academia.edu/61711548/Smart_contracts).

*contract*, capace di rimuovere definitivamente il blocco dalla catena. Tuttavia, la funzione *kill* è un rimedio puramente tecnico che non ha alcuna corrispondenza con l'apparato rimediabile tradizionale.

Un'altra soluzione proposta per rimediare ad un difetto fattuale (errori di codifica) o giuridico (vizi genetici o funzionali del contratto in versione *smart*), da ultimo accolta anche nel *Draft* redatto dall'*European Law Institute*<sup>43</sup>, è quella di predisporre una transazione invertita, tale cioè da neutralizzare gli effetti giuridici patrimoniali prodotti da quella che si desidera risolvere.

Nel caso in cui la *blockchain* non renda possibile la sua modificazione o una parte si rifiuti di creare di uno *smart contract* idoneo a eseguire una transazione inversa rispetto a quella precedente, sembrerebbe che gli unici rimedi che possono essere invocati sono quelli al di fuori della *blockchain*, di natura restitutoria o risarcitoria per equivalente.

Anche il recesso nei contratti *B2C*, come già accennato, risulterebbe problematico, perché distonico rispetto al funzionamento dello *smart contract* e alle ragioni che inducono i consumatori ad utilizzare tale strumento per le loro transazioni, ossia la riduzione dei costi e la maggiore velocità. Resterebbe, anche in questo caso, la possibilità per il consumatore di far valere il suo diritto di recesso al di fuori della *blockchain*. Questo, tuttavia, imporrebbe al consumatore di sopportare oneri eccessivi e andrebbe a discapito dell'efficacia dell'apparato rimediabile, che risulterebbe depotenziato e gravoso.

Inoltre, si osserva, in modo critico, che se i rimedi successivi e ripristinatori non creano attriti con il diritto dei contratti, quando il negozio è affetto da un vizio funzionale, lo stesso non può dirsi nel caso di sussistenza dei vizi genetici che costituiscono causa di nullità<sup>44</sup>. Infatti, secondo taluno, l'esecuzione automatizzata e irreversibile dello *smart contract* nullo contrasta con l'invalidità e l'inefficacia *ab origine* che connotano il contratto nullo.

Questa tesi, tuttavia, non merita di essere accolta, in quanto confonde l'efficacia giuridica dell'atto (*quid iuris*) dalla sua esecuzione (*quid facti*). È vero che il contratto nullo non produce alcun effetto giuridico, ma questo non significa che non possa essere materialmente eseguito. Può accadere, infatti, che un atto nullo ed inefficace venga in tutto o in parte attuato. Inoltre, nella disciplina della nullità (art. 1422 c.c.), è previsto espressamente il diritto alla restituzione delle prestazioni eseguite in attuazione del contratto nullo.

Più corretta sarebbe l'obiezione<sup>45</sup> secondo cui, l'esclusività del rimedio restitutorio (che spesso costituisce una scelta necessitata in ambito *smart contract*) creerebbe una notevole disparità tra le parti di contratti tradizionali e quelle di *smart contracts*, con riferimento all'azione di nullità, quest'ultima è a legittimazione assoluta (art. 1421 c.c.) ed imprescrittibile (art. 1422 c.c.), a differenza del rimedio restitutorio che è soggetto all'ordinario termine di prescrizione.

Per le ragioni esposte, sarebbe opportuno predeterminare, già all'interno del codice algoritmico, anche le conseguenze di malfunzionamenti che conducono ad un'inesatta esecuzione<sup>46</sup>. In tal senso, l'automazione dell'esecuzione dello *smart contract* parrebbe assimilabile ad un'autotutela preventiva, come quella prevista nel Codice civile agli artt. 1456

<sup>43</sup> L'Istituto ha emanato il *Draft* dei "Principles on Blockchain Technology, Smart Contracts and Consumer Protection", alla cui elaborazione ha cominciato a lavorare dal 2018, per fornire una guida pratica nel campo dello sviluppo giuridico delle nuove tecnologie nell'ordinamento europeo, nell'ottica di fornire soluzioni armonizzate almeno tra gli Stati membri e di rafforzare l'integrazione giuridica europea con riferimento all'utilizzo delle stesse. Il documento è disponibile al sito: [https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user\\_upload/p\\_eli/Publications/ELI\\_Principles\\_on\\_Blockchain\\_Technology\\_Smart\\_Contracts\\_and\\_Consumer\\_Protection\\_Council\\_Draft.pdf](https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/ELI_Principles_on_Blockchain_Technology_Smart_Contracts_and_Consumer_Protection_Council_Draft.pdf).

Per una disamina dei Principi si veda E. Stabile, *Gli ELI Principles on Blockchain Technology, Smart Contracts and Consumer Protection*, in *Persona e Mercato*, 3, 2022, 512-515.

<sup>44</sup> A. Stazi, *Automazione contrattuale e «contratti intelligenti»*. *Gli smart contracts nel diritto comparato*, cit., 121, 178, 186.

<sup>45</sup> Si vedano K. Werbach, N. Cornell, *Contracts ex machina*, in *Duke Law Journal*, 67, 2017, 164.

<sup>46</sup> D. Di Sabato, *Gli smart contracts: robot che gestiscono il rischio contrattuale*, in *Contratto e impresa*, 2, 2017, 398 ss.

Smart contracts: eccessivamente “smart” per essere “contract” o ancora troppo “contract” per essere “smart”? Una prospettiva comparatistica tra Italia e USA.

---

c.c. (clausola risolutiva espressa) e 1460c.c. (eccezione di inadempimento)<sup>47</sup>. Tuttavia, le criticità di tale ricostruzione si colgono facilmente: è difficile, se non impossibile, che le parti possano prevedere e codificare in anticipo, nel momento fisiologico della conclusione dello *smart contract*, qualsiasi eventualità patologica<sup>48</sup>; inoltre, i contraenti potrebbero non raggiungere l'accordo sulle modalità di gestione del rapporto inficiato da malfunzionamenti del *software*.

Alla luce di quanto esposto finora, è possibile affermare che i problemi giuridici sollevati dall'utilizzo degli *smart contracts* sono innumerevoli ed eterogenei e a ciò si aggiunge la totale assenza di norme finalizzate a disciplinarne l'utilizzo.

## V. CONCLUSIONI E SPUNTI DI RIFLESSIONE

L'avvento degli *smart contracts*, se accresce le opportunità per l'evoluzione del diritto contrattuale, rende fondamentale, al contempo, affrontare l'incertezza giuridica che connota la loro applicazione.

La prassi degli scambi ha dato vita a modelli di conclusione del contratto in cui è sempre più arduo rinvenire lo schema disegnato dal Codice civile agli artt. 1326 e ss. Tuttavia, il passaggio dai contratti per adesione, ai contratti conclusi attraverso distributori automatici fino ai contratti stipulati a distanza per telefono o con mezzi elettronici (via e-mail o c.d. *point and click*)<sup>49</sup> non ha mai posto in dubbio l'applicazione dei tradizionali istituti civilistici, nonostante le menzionate figure siano connotate da un alto tasso di standardizzazione, oggettivizzazione e disumanizzazione<sup>50</sup>.

Dunque, lo sviluppo di nuove tipologie di conclusione ed esecuzione del contratto dovrebbe dimostrare non le fragilità delle categorie del diritto civile, ma anzi la loro forza. Pertanto, nell'attuale situazione, di assenza di una disciplina *ad hoc*, le norme sul contratto potrebbero ritenersi idonee a regolare anche fenomeni come quello degli *smart contracts*, tenendone in considerazione le peculiarità<sup>51</sup>. Nell'affermare l'applicabilità agli *smart contracts* della normativa sul contratto non si fa riferimento solo al Codice civile ma anche alle norme contenute nel d.lgs. 9 aprile 2003 n. 70, che disciplina la conclusione del contratto con mezzi elettronici di elaborazione e archiviazione dei dati, collegati a una rete di telecomunicazioni, e, quando si tratta di contratti B2C, a quelle del Codice del consumo (d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206), con particolare riferimento agli obblighi informativi del professionista.

Inoltre, non sarebbe peregrino incentivare l'emanazione di strumenti di *soft law* (Principi UNIDROIT, i PECL e il DCFR) per regolare alcuni aspetti degli *smart contracts* che non

---

<sup>47</sup> Si veda, al riguardo L. Parola, P. Merati, G. Gavotti, Blockchain e smart contract: *questioni giuridiche aperte*, in *Contratti*, 6, 2018, 681 ss.

<sup>48</sup> Le parti potrebbero prevedere tutti i possibili eventi le correlate conseguenze, attraverso plurimi schemi causali “*if-this, then that*”, ma è probabile che alcuni *smart contracts* non siano ben progettati, anche se ogni parte si sia impegnata in tal senso. Infatti, anche i sistemi sofisticati basati su *software* possono presentare errori e *bug*. Si stima che la piattaforma di *smart contract Ethereum*, al suo interno, abbia 100 errori ogni 1000 linee di codice.

<sup>49</sup> Per una ampia disamina delle caratteristiche e della disciplina di tali contratti si vedano A. Catricalà, M.P. Pignalosa, *Manuale del diritto dei consumatori*, Dike: Roma, 2013; G. Alpa, A. Catricalà (a cura di), *Diritto dei consumatori*, Bologna: il Mulino, 2016.

<sup>50</sup> Tuttavia, alla disciplina tradizionale si sono affiancate normative speciali volte a fornire una consistente tutela all'utente/consumatore, in relazione al quale le asimmetrie informative – che già tipicamente connotano il contratto concluso tra professionista e consumatore – sono accentuate dallo strumento telematico utilizzato per addivenire alla stipula del contratto. Al riguardo, si vedano F. Trubiani, *I soggetti del commercio elettronico: limiti delle attuali definizioni legislative e prospettive future*, in A. Catricalà, M.P. Pignalosa (a cura di) *Saggi di diritto dei consumi*, Torino: Giappichelli, 11 ss.; A. Stazi, *Tutela dei contraenti deboli negli smart contracts*, *ivi*, 169 ss.

<sup>51</sup> *Contra* L.M. Tshibende, *Smart Contracts. Issues of Property and Security Rights*, in L.A. Di Matteo, M. Cannarsa, C. Poncibò (a cura di), *The Cambridge Handbook of Smart Contracts, Blockchain Technology and Digital Platforms*, cit., 240, secondo il quale si dovrebbe evitare – utilizzando un'espressione della Bibbia – di versare vino nuovo in otri vecchi.

trovano la loro disciplina nel diritto interno. In altri, termini, sarebbe auspicabile che gruppi di studio, a livello europeo o internazionale, dessero vita ad un insieme di norme modello sugli *smart contract*, come i PECL, i Principi Unidroit o la CISG (*Convention on Contracts for the International Sale of Goods*), idonee a fondare le decisioni dei giudici, nel dirimere le controversie delle parti.

Infatti, grazie all'elaborazione di *soft law* si potrebbe raggiungere un duplice scopo. In primo luogo, uno strumento di regolazione congiunto, a livello europeo o internazionale, costituito da un insieme di norme applicabili agli *smart contract*, risponderebbe a quelle esigenze di certezza, postulate da parte della dottrina e, talvolta, dagli operatori del mercato. Al contempo, trattandosi di una normativa non cogente, le parti che impiegano uno *smart contract* nelle loro relazioni di scambio sarebbero libere di scegliere se fare o meno riferimento alle norme modello. In caso negativo, lo *smart contract* sarebbe regolato dal diritto nazionale, in particolare, dalla disciplina sul contratto.

In conclusione, dinnanzi a questo nuovo fenomeno tecnologico, il giurista, non deve essere né eccessivamente entusiasta né troppo severo, ricusandone qualsiasi punto di contatto con gli istituti tradizionali, come il contratto. Il giurista, infatti, come afferma un maestro del diritto, è «tenuto a farsi testimone delle cose» ed è «chiamato a descrivere i fenomeni, quando accadono e come accadono»<sup>52</sup>.

---

<sup>52</sup> N. Irti, «È vero ma...» (Replica a Giorgio Oppo), in *Rivista di diritto civile*, 2, 1999, 273.

