

Responsabilità delle imprese transnazionali e ‘Risoluzione Ecuador’ delle Nazioni Unite: uno strumento per la costituzionalizzazione del diritto internazionale?*

Angelo Jr Golia**
(29 maggio 2015)

Il 14 luglio 2014 il Consiglio dei Diritti Umani delle Nazioni Unite ha approvato, dopo accesi dibattiti e un percorso particolarmente travagliato, una risoluzione sulla *Elaboration of an international legally binding instrument on transnational corporations and other business enterprises with respect to human rights* (d’ora in avanti: “Risoluzione Ecuador”, dal paese primo firmatario della proposta)¹, che potrebbe rappresentare una novità di particolare rilievo nel processo di regolamentazione, a livello globale, delle condotte delle imprese transnazionali.

Si tratta di una risoluzione² dal contenuto essenziale, incentrata, come si evince dallo suo stesso oggetto, sulla futura elaborazione di uno “strumento internazionale giuridicamente vincolante sulle imprese transnazionali in relazione ai diritti umani”.

A tal proposito, il preambolo richiama alcuni dei principali documenti internazionali in materia di diritti umani, e in particolare (considerando nn. 2 e 3) la Dichiarazione universale dei diritti umani del 1948, il Patto internazionale sui diritti civili e politici, il Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali (entrambi del 1966), e la Dichiarazione sul diritto allo sviluppo del 1986. Il preambolo ricorda inoltre (considerando nn. 5 e 6) le più recenti iniziative adottate in ambito ONU in questo settore (v. *infra* par. 1). Passando alla parte operativa, quest’ultima ruota intorno alla clausola n. 1, che istituisce un “open-ended intergovernmental working group”, cioè, letteralmente, un gruppo di lavoro in cui siano rappresentati gli Stati membri, senza un mandato temporalmente predeterminato, con il compito di preparare i negoziati dello “strumento giuridicamente vincolante”: a tal fine, le clausole 2, 3 e 4 fissano una prima scadenza temporale, secondo la quale i lavori dovrebbero svolgersi nel periodo immediatamente successivo alla formazione del *working group*. Per quanto riguarda il metodo dei negoziati, è da sottolineare che la risoluzione favorisce (clausola n. 5) un approccio che coinvolga, oltre agli Stati stessi, tutti i “portatori d’interessi” (c.d. *stakeholders*) in relazione alla materia oggetto dello strumento da negoziare, e afferma altresì l’importanza di fornire al gruppo di lavoro “independent expertise” e “expert advice” (clausola n. 6).

Come emerge quindi da questo primo sguardo d’insieme, la ‘Risoluzione Ecuador’ rappresenta il punto di partenza di un progetto che solleva molteplici questioni da un punto di vista sia dogmatico-giuridico sia politico, come cercheremo di mostrare con alcune rapide note.

* Dottorando di ricerca in “Internazionalizzazione dei sistemi giuridici e diritti fondamentali” presso il Dipartimento di Giurisprudenza della Seconda Università di Napoli.

¹ A/HRC/RES/26/9, adottata con votazione espressa e non per *consensus*, con 20 voti a favore (tra i quali quelli di Cina, Cuba, Federazione Russa, Venezuela, Vietnam), 14 contrari (tra i quali quelli degli Stati Uniti e della gran parte dei paesi dell’Unione Europea) e 13 astensioni (tra le quali Brasile, Messico, Arabia Saudita, Emirati Arabi Uniti). V. il testo in http://ap.ohchr.org/documents/dpage_e.aspx?si=A/HRC/26/L.22/Rev.1.

² In quanto tale – lo si ricorda solo *en passant* – non giuridicamente vincolante per gli Stati membri dell’ONU.

1. - Volendo ripercorrere brevemente – almeno nell’ambito delle Nazioni Unite – il percorso che ha preceduto la ‘Risoluzione Ecuador’, ricordiamo che la prima iniziativa in tal senso fu presa alla fine degli anni ’70, con la negoziazione di un *Draft Code of Conduct on Transnational Corporations* (d’ora in avanti: ‘Draft Code’), che tuttavia non vide mai la luce, e fu definitivamente abbandonato nel 1992; un altro strumento, in questo campo, è rappresentato dal c.d. ‘Global Compact’ del 1999, iniziativa presa dall’allora Segretario Generale Kofi Annan, e che consiste in un complesso di dieci principi di condotta ai quali le imprese aderiscono su base volontaria. Si tratta comunque di uno strumento, insieme ad altri simili ad esso³, che non ha efficacia giuridicamente vincolante (c.d. *soft law*), e manca di effettivi meccanismi rimediali e di monitoraggio, e che perciò ha sollevato numerose critiche.

Il primo vero tentativo di imporre obblighi giuridicamente vincolanti alle imprese transnazionali è stato compiuto solo nel 2003, quando la Sottocommissione delle Nazioni Unite per la Promozione e Protezione dei Diritti Umani adottò le *Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations and other Business Enterprises with Regard to Human Rights*⁴ (d’ora in avanti, semplicemente ‘Norme del 2003’). In quel caso, il mandato della Sottocommissione consisteva nel codificare gli obblighi esistenti per le imprese transnazionali in base al diritto internazionale, ma l’allora Commissione per i Diritti Umani (l’attuale Consiglio dei Diritti Umani) delle Nazioni Unite respinse le ‘Norme’, a causa dell’acanita opposizione a un progetto che, lungi dal “codificare” semplicemente obblighi già vigenti, innovava il tessuto normativo e, con un sostanziale salto qualitativo, rendeva per la prima volta le imprese transnazionali destinatarie dirette di norme vincolanti di diritto internazionale⁵.

2. - Dopo questa breve introduzione, ci sembra opportuno chiarire quale sia la rilevanza, anche per gli studiosi di diritto costituzionale, di una questione che, come appare evidente, è approfondita soprattutto dalla dottrina internazionalistica⁶. Si vuole cioè sottolineare come, in un contesto globalizzato, in cui la maggior parte degli Stati non è in grado o semplicemente non è disposta a garantire il rispetto di alcuni diritti fondamentali nel

³ I più importanti codici di condotta a livello internazionale sono senza dubbio la *Tripartite Declaration Concerning Multinational Enterprises and Social Policy* dell’Organizzazione Internazionale del Lavoro (OIL), la cui ultima modifica risale all’agosto 2014; e le *Guidelines for Multinational Enterprises* dell’Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico (OCSE), la cui ultima modifica risale al maggio 2011. Per quanto riguarda i codici di condotta prodotti dalle organizzazioni non governative che si occupano di diritti umani, vale la pena ricordare le *Amnesty International Human Rights Guidelines for Companies*.

⁴ UN Doc. E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2.

⁵ V. DECAUX, « La responsabilité des sociétés transnationales en matière de droits de l’homme », in *Revue de science criminelle et de droit penal comparé*, 2005, p. 789; WEISSBRODT, *Human Rights Standards Concerning Transnational Corporations and Other Business Entities*, 23 *Minnesota Journal of International Law*, 135 (2014).

⁶ In dottrina italiana, v. in particolare FASCIGLIONE, *Diritti umani e responsabilità sociale d’impresa*, Napoli, 2010; e BORGIA, *La responsabilità sociale delle imprese multinazionali*, Napoli, 2007.

proprio territorio⁷, la questione della loro violazione da parte delle imprese transnazionali assuma un particolare rilievo dal punto di vista costituzionalistico. Lo strumento giuridico cui fa riferimento la risoluzione, se adottato, potrebbe infatti risultare particolarmente rilevante nell'ambito di quel più ampio processo di 'costituzionalizzazione del diritto internazionale', processo per il quale sarebbe possibile, secondo alcuni Autori⁸, trasferire a livello di diritto internazionale alcune funzioni di limitazione del potere e di garanzia dei diritti – tradizionali ragioni d'essere del costituzionalismo – almeno per quelle forme di potere che, ormai "liberate" dai processi di globalizzazione, sfuggono oggi ai tradizionali strumenti coercitivi degli Stati-nazione. Riferendo tale approccio ai problemi posti dalle imprese transnazionali, la rilevanza della 'Risoluzione Ecuador' consiste quindi nel fatto che essa rappresenta il punto di partenza di un percorso che potrebbe portare finalmente a "imbrigliare" nelle maglie del diritto (in questo caso, internazionale) il potere di tali enti, regolandolo e limitandolo in modo non dissimile da quanto avviene con il potere esercitato dagli Stati-apparato negli ordinamenti costituzionali interni.

Da questo punto di vista, si vuole sottolineare un elemento che sembra di grande importanza: pur senza arrivare ad attribuire ad esse lo *status* di enti sovrani⁹, le grandi imprese transnazionali non possono essere più considerate come meri attori privati¹⁰ ma, al contrario, devono essere riconosciute come enti capaci di mettere in crisi, nell'arena globale, il ruolo stesso degli Stati-nazione, grazie all'espansione del mercato su scala mondiale, e al potere economico (e non solo economico) che esse hanno perciò raggiunto¹¹. In questo senso, e portando fino alle sue conseguenze quanto appena detto,

⁷ Non sembra il caso né la sede appropriata per approfondire le ragioni (politiche, economiche, giuridiche) di questa impotenza. A tal proposito, e sempre limitatamente al potere esercitato dalle imprese transnazionali, v. comunque DE SCHUTTER, « La responsabilité des États dans le contrôle des sociétés transnationales: vers une convention international sur la lutte contre les atteintes aux droits de l'homme commises par les sociétés transnationales », in DECAUX (ed.), *Droit et Justice*, n. 89, (*La responsabilité des entreprises multinationales en matière de droits de l'homme*), Bruxelles, 2010, pp. 25-44.

⁸ In dottrina italiana una rassegna delle varie teorie in tema di 'costituzionalizzazione del diritto internazionale' è proposta da BIFULCO, «La c.d. costituzionalizzazione del diritto internazionale: un esame del dibattito», in *Acta Philosophica*, 2014, p. 239 e in *www.rivistaaic.it*, n. 4 del 2014. Va ricordato comunque che alcuni importanti settori della dottrina costituzionalistica (sia italiana sia straniera) avversano tale processo, considerandolo inidoneo a soddisfare quella funzione di limitazione del potere che si ritiene tipica del costituzionalismo moderno, se si intende quest'ultimo in senso prescrittivo: v., *ex plurimis*, AZZARITI, *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?*, Roma-Bari, 2013; GRIMM, *The Achievement of Constitutionalism and its Prospects in a Changed World*, in DOBNER, LOUGHLIN (eds.), *The Twilight of Constitutionalism?*, Oxford, 2010, pp. 3-22. V. inoltre, per il diverso ma in qualche modo speculare processo di 'internazionalizzazione del diritto costituzionale', BARTOLE, *International Constitutionalism and Conditionality. The Experience of the Venice Commission*, disponibile su *www.rivistaaic.it*, n. 4 del 2014; DE BÚRCA, GERSTENBERG, *The Denationalization of Constitutional Law*, 47, 1 *Harvard International Law Journal*, 243 (2006).

⁹ V. le approfondite analisi di GARRETT, *The Corporation as Sovereign*, 60 *Maine Law Review*, 129 (2008); e di DANIELSEN, *How Corporations Govern: Taking Corporate Power Seriously in Transnational Regulation and Governance*, 46, 2 *Harvard International Law Journal*, 411 (2005). Sulle dinamiche della globalizzazione che influiscono sulla categoria della sovranità, cfr. l'ancora fondamentale LUCIANI, «L'antisovrano e la crisi delle costituzioni», in *Rivista di diritto costituzionale*, 1996, p. 124; così come ALLEGRETTI, *Diritti e Stato nella mondializzazione*, Enna, 2002, in particolare pp. 224-271.

¹⁰ Cfr. in generale ALSTON (ed.), *Non-State Actors and Human Rights*, Oxford, 2005.

¹¹ V. CROUCH, *Il potere dei giganti. Perché la crisi non ha sconfitto il neoliberismo*, tr. it. Roma-Bari, 2014, pp. 58-114. Cfr. inoltre FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Bologna, 2000, p. 118: «grandi imprese multinazionali e *nongovernmental organizations* si impongono oggi come i veri soggetti autoctoni dello spazio transnazionale [...] in questo, somigliano a quei

si potrebbe affermare che è inappropriato attribuire ad esse una specifica nazionalità, avendo tale ultimo concetto una natura essenzialmente politica, e non economica. È anche per questo motivo che in questa sede si preferisce utilizzare l'espressione 'transnazionale' invece di 'multinazionale'¹².

La regolamentazione delle attività delle imprese transnazionali sembrerebbe richiedere, quindi, un intervento a livello globale, in modo non dissimile da questioni quali, ad esempio, il riscaldamento globale o il terrorismo transnazionale. In questo caso, tuttavia, gli Stati devono gestire un fenomeno dal quale non scaturiscono unicamente conseguenze negative; al contrario, l'attività economica delle imprese transnazionali può comportare rilevanti effetti positivi¹³, e ciò sia per lo Stato sede (*home State*) che per quello ospite (*host State*): crescita economica, sviluppo delle infrastrutture, cooperazione in materia tecnologica etc. Per questi motivi, in un'economia planetaria così interconnessa, non sembra possibile cercare di eliminare, *sic et simpliciter*, il potere che tali enti hanno raggiunto, o, addirittura, perseguire politiche di de-globalizzazione¹⁴: è necessario al contrario regolamentare le loro condotte al fine di renderle sostenibili sul piano dei diritti umani.

A questo proposito, gli ultimi due decenni sono stati segnati da un intenso dibattito relativo ai mezzi più appropriati per promuovere la c.d. responsabilità sociale d'impresa (RSI): senza voler approfondire le specificità di ciascun orientamento, si ricorda che l'approccio c.d. volontaristico, sostenuto da parte della dottrina, imprese transnazionali e governi di alcuni paesi – soprattutto occidentali – concepisce la RSI come un comportamento essenzialmente volontario da parte delle imprese, che dovrebbe essere promosso e incentivato per mezzo di molteplici strumenti giuridici ed economici, senza essere però oggetto di specifiche imposizioni (c.d. *responsive regulation*¹⁵): detto altrimenti, e in piena aderenza a un più generale approccio neoliberale, si confida che le leggi del mercato, con il quadro giuridico-istituzionale adatto, siano sufficienti a spingere le imprese transnazionali al rispetto dei diritti umani. Dall'altro lato, associazioni di cittadini e consumatori, attivisti dei diritti umani, e la maggior parte dei paesi in via di sviluppo invocano un intervento più incisivo da parte degli attori pubblici, diretto a imporre specifici obblighi, adeguatamente sanzionati, sia a livello nazionale che internazionale¹⁶ (c.d. approccio regolativo).

residenti indigeni che mentre sono gli unici veri cittadini per ragioni di appartenenza, godono tuttavia di un riconoscimento giuridico di serie B».

¹² Sulle diverse implicazioni e sfumature di significato legate all'una o all'altra espressione, v. in particolare CLAPHAM, *Human Rights Obligations of Non-State Actors*, Oxford, 2006, pp. 199-201.

¹³ Va sottolineato che la stessa 'Risoluzione Ecuador' riconosce apertamente gli effetti positivi degli investimenti fatti dalle imprese transnazionali: v. il considerando n. 10 del preambolo, secondo il quale «transnational corporations and other business enterprises have the capacity to foster economic well-being, development, technological improvement and wealth, as well as causing adverse impacts on human rights».

¹⁴ Sulla questione v. comunque, in particolare per quanto riguarda le tematiche relative alla giustizia sociale, la problematizzazione fatta da SUPLOT, *L'esprit de Philadelphie. La justice sociale face au marché total*, Paris, 2010.

¹⁵ V. in generale, AYERS, BRATHWAITE, *Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate*, Oxford, 1992; ma anche FERRARESE, cit. *supra* nt. 11, pp. 138-158. Sul diritto come regola del gioco cfr. altresì GARAPON, *Lo Stato minimo. Il neoliberalismo e la giustizia*, tr. it. Milano, 2012, pp. 17-24.

¹⁶ Il dibattito circa l'approccio da adottare è stato ed è ancora particolarmente intenso nell'ambito dell'Unione Europea: v. ad es. PISTOIA, *Il volontarismo regolamentato nell'azione europea a sostegno della responsabilità sociale d'impresa*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2013, p. 259; ma anche DE SCHUTTER, *The Accountability of Multinationals for Human Rights Violations in European Law*, in ALSTON, cit. *supra* nt.

3. - In questo quadro generale, che si è cercato di tratteggiare solo a grandi linee, l'adozione della 'Risoluzione Ecuador' rappresenta, come si diceva, un innegabile successo dei sostenitori dell'approccio regolativo¹⁷. Tuttavia, prima di analizzare le prospettive legate all'adozione di quello che potrebbe diventare una sorta di Protocollo di Kyoto per le imprese transnazionali, che sembra essere l'obiettivo finale della risoluzione stessa, va notato che, allo stato attuale, un tale trattato -volto a imporre specifici obblighi di diritto internazionale agli Stati- risulterebbe probabilmente inefficace, almeno nel breve o medio termine, a causa del boicottaggio da parte dei principali paesi in cui le imprese transnazionali hanno sede¹⁸. Infatti i negoziati, la firma e infine la ratifica di un tale strumento giuridico da parte di una stretta minoranza di Stati (soprattutto in via di sviluppo, e caratterizzati da posizioni anti-americane in materia di politica estera), potrebbero addirittura risultare un ostacolo alla causa che si propone di servire e, in particolare, alla diffusione, recepimento e applicazione, da parte di Stati e imprese, di un complesso di direttive non vincolanti elaborate tra il 2005 e il 2011 dal prof. John Ruggie (in qualità di Rappresentante Speciale del Segretario Generale delle Nazioni Unite), tese a superare le divergenze emerse in occasione della redazione delle 'Norme' del 2003¹⁹. Non sono quindi del tutto infondate le preoccupazioni relative ad effetti potenzialmente divisivi della 'Risoluzione Ecuador': il rischio maggiore consiste infatti nel riportare il dibattito al punto in cui si era arenato in occasione della mancata approvazione delle 'Norme' del 2003, quando vi era la diffusa sensazione che vi fossero due campi polarizzati e tra loro contrapposti, l'uno in favore e l'altro contrario a reali progressi nel campo delle violazioni dei diritti umani da parte delle imprese. D'altronde, si deve riconoscere che, al di là delle opinioni sulla reale efficacia e rilevanza pratica dei documenti elaborati dal prof. Ruggie, uno dei più importanti risultati raggiunti dal suo lavoro è consistito proprio nella creazione di un largo consenso da parte di tutti i soggetti interessati – Stati, imprese transnazionali, organizzazioni non governative e rappresentanti della società civile – riguardo una base operativa condivisa per affrontare le questioni più rilevanti²⁰. Da questo

10, pp. 227-314. La letteratura sulla responsabilità sociale d'impresa è relativamente giovane ma già sterminata, soprattutto in lingua inglese: volendo segnalare un contributo, non recentissimo ma di particolare rilievo, v. MCBARNET, VOICULESCU, CAMPBELL (eds.), *The New Corporate Accountability: Corporate Social Responsibility and Law*, Cambridge, 2007. V. inoltre SUPLOT (ed.), *L'entreprise dans un monde sans frontières. Perspectives économiques et juridiques*, Paris, 2015.

¹⁷ V. il *network* di associazioni non governative coalizzate per sostenere l'iniziativa ('Treaty Alliance'): www.treatymovement.com.

¹⁸ A questo proposito v., solo a titolo di esempio, la dichiarazione resa dal rappresentante dell'Unione Europea presso il Consiglio dei Diritti Umani delle Nazioni Unite: www.globalpolicy.org/images/pdfs/GPFEurope/HRC_resolution_Explanation_of_vote_EU.pdf.

¹⁹ Si tratta di due documenti (rispettivamente, lo UN "Protect, Respect and Remedy" Framework del 2008 e i *Guiding Principles on Business and Human Rights* del 2011) ispirati ad un approccio di tipo ibrido (che combina elementi volontaristici con altri più propriamente sanzionatori/coercitivi), e strutturati su tre pilastri: lo 'State duty to protect', la 'corporate responsibility to respect' e l' 'access to remedy'. V. UN Doc. A/HRC/4/35 e UN Doc. A/HRC/17/31.

²⁰ Si tratta di questioni quali, ad es., la nozione stessa di impresa transnazionale, l'estensione degli obblighi anche alle piccole e medie imprese, o ancora la preferenza per un approccio di tipo volontaristico o regolativo. Sui metodi utilizzati dal prof. Ruggie, v. l'analisi fatta da BUHMANN, «Business and Human Rights: Analyzing Discursive Articulation of Stakeholder Interests to Explain the Consensus-based Construction of

punto di vista, la mancanza di siffatto largo consenso è stata probabilmente una delle principali ragioni del sostanziale fallimento delle 'Norme' del 2003, nonostante queste ultime rappresentassero (e forse rappresentano ancora) il più avanzato tentativo di definizione degli obblighi delle imprese transnazionali in materia di diritti umani.

Ancora, a voler concepire i documenti elaborati dal prof. Ruggie come un unico grande codice di condotta 'pubblico', si può ritenere che essi possano avere un rilevante effetto di "irritazione giuridica"²¹ sui codici di condotta 'privati'²², e più in generale sul sistema dell'economia, soprattutto nel medio-lungo periodo. In altre parole, e rifacendosi alle teorie dei sistemi e costituzionalismo societario, una serie di strumenti (quali, ad es., diffusione di codici di condotta 'pubblici', autorevoli e largamente condivisi; pratiche di c.d. *naming and shaming* da parte di organizzazioni non governative; sviluppo di contenziosi giudiziari aventi rilevanti aspetti di interesse pubblico²³; l'adozione di normative in materia di bilancio che costringano le imprese a rendere conto delle attività extrafinanziarie²⁴; e persino pratiche di disobbedienza civile²⁵) potrebbero creare pressioni esterne tali da condurre ad una (non spontanea, bensì) volontaria "internalizzazione" dei codici di condotta pubblici nelle pratiche delle imprese transnazionali. In questo processo, norme che formalmente non hanno efficacia vincolante (c.d. *soft law*) possono diventare la vera "costituzione" del sotto-sistema sociale dell'economia, adempiendo a quella funzione di limite del potere che si ritiene tipica del costituzionalismo moderno, in modo peraltro non dissimile da quanto accaduto nel diciannovesimo secolo, nell'ambito dello Stato-nazione, con le costituzioni c.d. ottriate²⁶.

4. - Ovviamente, queste ultime considerazioni non devono spingere a pensare che non vi sia affatto bisogno di strumenti di *hard law*. Al contrario, i tradizionali strumenti coercitivi dispiegati da Stati e da reti transnazionali di organismi amministrativi e giudiziari di

the 'Protect, Respect and Remedy' UN Framework», in www.ccsenet.org, 2012.

²¹ Secondo l'espressione usata da TEUBNER in «"Legal irritants": come l'unificazione giuridica dà luogo a nuove divergenze», in *Ars Interpretandi*, 2006, p. 143.

²² Sulla distinzione tra codici di condotta 'pubblici' e codici di condotta 'privati' v. BORGIA, cit. *supra* nt. 6, pp. 179-195.

²³ Cfr. l'ampia ricostruzione di CUMMINGS, *The Internationalization of Public Interest Law*, 57 *Duke Law Journal*, 2008, 891 (2008).

²⁴ Cfr., solo a titolo di esempio, la recente direttiva europea 2014/95/UE, che a sua volta riprende una normativa avente origine nell'ordinamento francese. V. MALECKI, « Publication de la directive RSE ou comment faire confiance à la gouvernance d'entreprise durable », in *Bulletin Joly Sociétés*, 2014, p. 732.

²⁵ V. BOURDON, *Petit manuel de désobéissance citoyenne*, Paris, 2014, pp. 105-162.

²⁶ Sugli effetti che le pressioni esterne creano – soprattutto in termini reputazionali – sull'impresa, v. GARAPON, cit. *supra* nt. 15, pp. 139-144. Sul costituzionalismo societario e più in generale sulla teoria sistemica (elaborata da Niklas Luhmann) applicata al diritto costituzionale, v. le fondamentali opere di TEUBNER, *Il diritto come sistema autopoietico*, tr. it. Milano, 1996; ID., *La cultura del diritto nell'epoca della globalizzazione. L'emergere delle costituzioni civili*, tr. it. Roma, 2005; ID., *"Codes of conduct" delle imprese multinazionali: effettività e legittimità*, tr. it. Napoli, 2009; ID., *Nuovi conflitti costituzionali. Norme fondamentali dei regimi transnazionali*, tr. it. Milano, 2012; ID., « L'auto-constitutionalisation des entreprises transnationales? Sur les rapports entre les codes de conduite « privés » et « publics » des entreprises », in SUPIOT (ed.), cit. *supra* nt. 16, p. 71.

derivazione statale restano fondamentali al fine di regolamentare le condotte delle imprese transnazionali e, più in generale, il processo di globalizzazione, tuttora in corso²⁷. Perciò, tralasciando in questa sede gli innegabili effetti positivi che gli strumenti di *soft law* possono comportare, e cercando di chiarire lo spettro delle possibilità a disposizione²⁸, almeno da un punto di vista dogmatico, possiamo ritenere che, a livello di diritto internazionale, vi siano due principali strade percorribili: 1) imporre direttamente alle imprese transnazionali obblighi in materia di diritti umani; 2) adottare un più tradizionale trattato internazionale, che imponga obblighi (non direttamente alle imprese, ma) agli Stati, rendendoli in qualche modo responsabili per le violazioni dei diritti umani poste in essere dalle imprese che si trovino sotto il loro controllo o ricadano comunque nella loro sfera d'influenza. Di queste due soluzioni si cercherà ora di analizzare brevemente vantaggi, svantaggi, e condizioni di possibilità/efficacia.

4.a - La prima soluzione, peraltro sostenuta ormai da numerosi autori²⁹, si risolverebbe, imponendo obblighi – e quindi responsabilità – direttamente in capo alle imprese transnazionali, nel rendere definitivamente queste ultime soggetti di diritto internazionale. Modellata in qualche modo sull'esperienza delle 'Norme' del 2003, risulterebbe probabilmente la più coerente con lo stato di fatto derivante dai processi di globalizzazione e con la realtà del sistema economico globale: in altre parole, dal potere di fatto che le imprese transnazionali hanno (ed esercitano) dovrebbero derivare, in modo naturale e coerente, responsabilità giuridiche in senso proprio, a prescindere da specifiche norme presenti negli ordinamenti interni³⁰ di questo o quello Stato. Tuttavia, pare opportuno sottolineare almeno due difficoltà che questo approccio comporta.

La prima difficoltà è la seguente: chiamando le imprese transnazionali ad essere direttamente responsabili delle violazioni in materia di diritti umani significherebbe ammettere, una volta per tutte e anche sul piano giuridico-formale, che il diritto internazionale non è più un diritto incentrato esclusivamente (o quasi) sugli Stati, così come è ancor oggi considerato (secondo il tradizionale modello positivistico elaborato nel diciannovesimo secolo, a partire da Bentham e arrivando a Triepel e Anzilotti); agli Stati si affiancherebbe così un altro attore nel processo di formazione del diritto internazionale, sia consuetudinario sia convenzionale. In altre parole, per essere considerati soggetti, le

²⁷ Sul *global administrative law*, v. in generale CASSESE, *Administrative Law without State: the Challenge of Global Regulation*, 37 *N.Y.U. Journal of International Law & Politics*, 663 (2004-2005); sulle reti giudiziarie transnazionali sono fondamentali i lavori di SLAUGHTER, *A New World Order*, Princeton, 2005; ID., *A Global Community of Courts*, 44 *Harvard International Law Journal*, 191 (2003); SLAUGHTER, BURKE-WHITE, *The Future of International Law Is Domestic (or, The European Way of Law)*, 47 *Harvard International Law Journal*, 327 (2006); v. anche ALLARD, GARAPON, *Les juges dans la mondialisation*, Paris, 2005.

²⁸ V. comunque ACCONCI, «La rilevanza per le imprese multinazionali degli obblighi convenzionali in materia di diritti della persona umana», in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2011, pp. 301-304.

²⁹ V., *ex plurimis*, STEPHENS, *The Amoralism of Profit: Transnational Corporations and Human Rights*, 20 *Berkeley Journal of International Law*, 45 (2002); STEINHARDT, *Multinational Corporations and Their Responsibilities under International Law*, p. 27, in STAFFORD, BELLAMY, BLECHER (eds.), *Corporate Responsibility for Human Rights Impacts. New Expectations and Paradigms*, Chicago, 2014; CHEMILLIER-GENDRAU, « L'entreprise est-elle soumise aux règles du droit international ? », in SUPIOT, cit. *supra* nt. 16, p. 87.

³⁰ Sulla soggettività di diritto internazionale delle imprese transnazionali, v. FASCIGLIONE, cit. *supra* nt. 6, pp. 29-53; e BORGIA, cit. *supra* nt. 6, pp. 38-58.

imprese transnazionali dovrebbero poter godere di un grado di rappresentanza dei propri interessi superiore a quello attuale, e ciò pur essendo perfettamente consapevoli dell'impressionante attività di *lobbying* da esse posta in essere³¹, e del fatto che il c.d. *multistakeholder approach* sia diventato una pratica comune nell'ambito dei negoziati dei principali strumenti di diritto internazionale.

Se quanto appena affermato può apparire almeno a prima vista provocatorio, è opportuno spendere alcune parole in più per approfondire la questione. Il punto di partenza concettuale consiste nel riconoscere che ogni norma giuridica deriva da (la risoluzione di) un conflitto – sia esso sociale, economico, o altro – tra due o più soggetti: se la norma giuridica riflette e in qualche modo cristallizza un rapporto di forze che si è creato a seguito di un conflitto, è pur vero che, perché la norma possa essere efficace, è necessario che il conflitto abbia coinvolto tutte le parti interessate, o almeno quelle che hanno un potere tale da incidere sulla sua concreta applicazione, anche quelle – e ciò va sottolineato – che da tale conflitto sono uscite sconfitte, in un modo o nell'altro. Riportando il discorso a quanto più ci interessa, e traendone le dovute conseguenze, si ritiene che, se si vogliono davvero considerare le imprese transnazionali una volta e per tutte soggetti direttamente responsabili in base al diritto internazionale, in modo peraltro coerente – lo ripetiamo ancora una volta – con il potere che esse esercitano nei fatti, non si potrebbe più negar loro la possibilità di essere rappresentate, non come *ospiti* o meri portatori d'interessi (*stakeholders*), ma in via *istituzionale* e *costitutiva* nelle sedi internazionali chiamate a prendere decisioni giuridicamente rilevanti nel loro campo d'azione. In questo senso, la nota massima *no taxation without representation*, che tanta parte ha avuto nella storia del costituzionalismo e dei diritti fondamentali, esprime – se intesa in senso traslato – un principio generale che dovrebbe trovare spazio anche in un diritto internazionale 'costituzionalizzato'³². A questo punto, ovviamente, la questione diventa politica, e si pone in forma di domanda: siamo pronti ad accettare che le imprese transnazionali diventino controparti legittime degli Stati-nazione nell'arena del diritto internazionale?³³

³¹ Cfr. CROUCH, cit. *supra* nt. 11, pp. 147-169.

³² La tematizzazione del diritto come tecnica di risoluzione dei conflitti, cui si è fatto sintetico riferimento, ha ovviamente una letteratura enorme alle spalle. Solo per limitarsi ai fondamenti, v. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, tr. it. Torino, 2000, pp. 68-72; ID., *Essenza e valore della democrazia*, in KELSEN, *La democrazia*, tr. it. Bologna, 1984, pp. 41-152; BOBBIO, *Teoria generale del diritto*, Torino, 1993, pp. 91-96; più di recente, AZZARITI, *Diritto e conflitti. Lezioni di diritto costituzionale*, 2010, in particolare pp. 109-404, secondo il quale «osservando la realtà degli ordinamenti giuridici ci si avvede che, *in via di fatto*, la regolazione delle divisioni del corpo sociale e dei concreti soggetti che operano al suo interno al fine di stabilizzare un ordine giuridico, ma anche sociale, è conseguita mediante la *composizione dei conflitti*. Regolare le divisioni che attraversano il corpo sociale vuol dire, infatti, dare soluzione ai conflitti che pongono in discussione la convivenza sociale, fornendo a essi un «ordine» tramite la determinazione di una «regola». È questo lo scopo ultimo del diritto. La ricomposizione del lacerato tessuto sociale che viene ottenuta grazie a un diritto che s'impone, stabilizzando alcune pretese e rigettandone altre. Può dunque anche dirsi che il diritto si configura e assume rilievo, e che il contenuto acquisisce un suo specifico «senso», solo in base a una *teoria dei conflitti* (e della loro composizione)» Ivi, p. 122.

³³ Non sarebbe peraltro una novità: come ricorda ancora FASCIGLIONE (cit. *supra* nt. 6, pp. 30-31), esistono precedenti di trattati internazionali stipulati tra Stati e 'imprese private', anche se va detto che si trattava di un'epoca in cui la nozione di Stato come persona giuridica era ancora in via di formazione, e i trattati internazionali di allora potevano essere considerati alla stregua di contratti conclusi personalmente dal sovrano con le grandi Compagnie delle Indie.

La seconda difficoltà, sulla quale non ci soffermeremo più di tanto, è di carattere più generale, e riguarda il tradizionale *deficit* del diritto internazionale in tema di applicazione concreta delle sue norme: detto altrimenti, anche ammettendo una responsabilità diretta delle imprese transnazionali per violazione del diritto internazionale, ci pare che il momento dell'*enforcement* veda ancora la centralità degli Stati, che tendenzialmente mantengono il monopolio della forza legittima e degli strumenti coercitivi e sanzionatori in un determinato territorio. Ciò farebbe, se si passa l'espressione, rientrare dalla finestra tutte quelle problematiche (conflitti di legge – sostanziale e processuale – applicabile, extraterritorialità etc.) che si intendono far uscire dalla porta, ammettendo la responsabilità diretta delle imprese, vanificandone *ratio* e la stessa utilità di questa piccola rivoluzione³⁴.

4.b - La seconda soluzione, come si diceva, consiste in un più tradizionale strumento di diritto internazionale (in particolare, un trattato) che imponga specifiche responsabilità agli Stati per le violazioni poste in essere dalle imprese transnazionali, almeno limitatamente a quello "zoccolo duro" di diritti riconosciuti dai Patti del 1966³⁵, conclusi in ambito ONU, e cui aderisce la stragrande maggioranza degli Stati.

Da questo punto di vista, val la pena ricordare che la stessa 'Risoluzione Ecuador', alla clausola operativa n. 1³⁶, non fa un chiaro e specifico riferimento a quali siano i soggetti – Stati o imprese – che dovrebbero essere vincolati *in via diretta* dall'*international legally binding instrument* della cui adozione la risoluzione stessa dovrebbe costituire il primo passo. In questo senso, il *working group* che essa istituisce avrà, almeno nelle fasi iniziali dei negoziati, uno spazio di manovra particolarmente ampio nell'elaborazione del contenuto del trattato stesso; tuttavia, tenendo conto delle valutazioni di natura politica e dogmatica cui si è già accennato, e dello stesso considerando n. 7 della risoluzione³⁷, si può affermare con un certo grado di sicurezza che il nuovo trattato – se mai verrà concluso – non sarà innovativo sotto questo punto di vista, e imporrà obblighi in via diretta ai soli Stati.

Ciò nonostante, anche imponendo obblighi alle imprese solo *indirettamente*, cioè attraverso la responsabilità primaria degli Stati, ci si deve sforzare di pensare a quali condizioni un trattato internazionale possa risultare realmente efficace, date le attuali condizioni storiche e politiche. Per questo motivo, tenendo conto dell'opposizione manifestata dagli Stati Uniti e dai paesi dell'Unione Europea, sarebbe opportuno che i negoziati, le finalità e i contenuti di tale trattato fossero ispirati dalla stessa logica sottesa ai lavori del prof. Ruggie, caratterizzati da un approccio di *principled pragmatism*³⁸: in altre parole, *la comunità internazionale dovrebbe puntare a creare uno strumento giuridico che*

³⁴ A questo proposito cfr. RATNER, *Corporations and Human Rights: A Theory of Legal Responsibility*, 111 *Yale Law Journal*, 538-540 (2001).

³⁵ Si tratta, in particolare, del Patto internazionale sui diritti politici e civili e del Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali, peraltro richiamati, come ricordato *supra*, dallo stesso preambolo della risoluzione.

³⁶ Che, lo si ricorda, istituisce «an open-ended intergovernmental working group [...] whose mandate shall be to elaborate an international legally binding instrument to regulate, in international human rights law, the activities of transnational corporations and other business enterprises».

³⁷ Che sottolinea il fatto che «the obligations and primary responsibility to promote and protect human rights and fundamental freedoms lie with the State, and that States must protect against human rights abuse within their territory and/or jurisdiction by third parties, including transnational corporations».

soddisfi le esigenze rilevanti non tanto nel modo migliore, quanto in quello più realistico possibile.

A questo proposito, un trattato che imponga allo Stato in cui la società controllante sia stata costituita (*home State*) specifici obblighi (e quindi responsabilità) per condotte poste in essere fuori dal suo territorio³⁹ sarebbe probabilmente prematuro, e destinato al fallimento, proprio come le precedenti esperienze del 'Draft Code' e delle 'Norms' del 2003.

Al contrario, si potrebbe ritenere che vi siano molte più possibilità di successo per un trattato che presenti – alternativamente o cumulativamente – le seguenti caratteristiche fondamentali:

1) disposizioni che *permettano* agli Stati – non imponendole, ma facoltizzandole – forme di esercizio extraterritoriale di potere, normativo o giudiziario⁴⁰, in relazione alle violazioni dei diritti umani poste in essere dalle imprese transazionali;

2) disposizioni che *impongano* agli Stati l'obbligo (non di assumersi la responsabilità per le condotte poste in essere dalle imprese all'estero, ma) di adottare leggi in materia di dovere di vigilanza delle società controllanti sulle loro controllate e sui loro subfornitori⁴¹.

Analizzeremo, qui di seguito, soltanto alcuni aspetti che tali disposizioni presentano.

Per quanto riguarda le disposizioni *sub* (1), esse rappresenterebbero certamente un notevole passo avanti, dal momento che nella maggior parte dei casi l'*enforcement* dei diritti umani nei confronti delle imprese transazionali comporta forme di esercizio extraterritoriale di potere statale⁴². Da questo punto di vista, tali disposizioni rimuoverebbero uno dei principali ostacoli – dogmatici e politici allo stesso tempo – che impediscono azioni realmente efficaci a quei (pochi) Stati che sono pronti a intraprenderle.

³⁸ Secondo RUGGIE, «principled pragmatism views international law as a tool for collective problem solving, not an end in itself. It recognizes that the development of any international legal instrument requires a certain degree of consensus among states. And it holds that before launching a treaty process its aims should be clear, there ought to be reasonable expectations that it can and will be enforced by the relevant parties, and that it will turn out to be effective in addressing the particular problem(s) at hand. This suggests narrowly crafted international legal instruments for business and human rights [...] focused on specific governance gaps that other means are not reaching» (v. «The Past as Prologue? A Moment of Truth for UN Business and Human Rights Treaty», July 2014, p. 5, disponibile in www.ihrb.org).

³⁹ Ad es., ad opera di filiali o di società controllate, o comunque dipendenti per altri tipi di vincoli.

⁴⁰ Sulla distinzione tra *prescriptive extraterritorial jurisdiction* e *adjudicative extraterritorial jurisdiction* v. DE SCHUTTER, *Extraterritorial Jurisdiction as a tool for improving the Human Rights Accountability of Transnational Corporations*, Background Report for the seminar organized in collaboration with the Office of the UN High Commissioner for Human Rights, 2006, disponibile in business-humanrights.org/en/pdf-extraterritorial-jurisdiction-as-a-tool-for-improving-the-human-rights-accountability-of-transnational-corporations, pp. 8-10.

⁴¹ In questo senso, un modello di particolare rilievo potrebbe essere rappresentato ancora una volta da una normativa in corso di approvazione in Francia (*proposition de loi* n. 2578 dell'11 febbraio 2015): v. CUZACQ, «Le devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre: Acte II, scène 1», in *Recueil Dalloz*, 2015, p. 1049.

⁴² V., ancora DE SCHUTTER, cit. *supra* nt. 40, pp. 2-6. A questo proposito, vogliamo ricordare i numerosi interventi di governi stranieri (in qualità di *amici curiae*) dinanzi alla Corte Suprema degli Stati Uniti in occasione di un recente caso di particolare rilevanza in tema di extraterritorialità (*Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.*, 133 S. Ct. 1659, 2013).

Infatti, una delle obiezioni più comuni all'esercizio di potere extraterritoriale da parte dell'*home State* consiste nella violazione del principio di uguale sovranità degli Stati, in questo caso di quelli in cui hanno sede le società controllate o comunque le attività di produzione (*host State*): in base a questo principio, e secondo l'attuale stato del diritto internazionale, l'*home State* non solo non sarebbe responsabile per le condotte poste in essere dalle sue imprese nel territorio degli altri Stati⁴³, ma nella maggior parte dei casi gli sarebbe persino vietato di regolarle con gli strumenti giuridici a sua disposizione⁴⁴.

È ovvio che le disposizioni *sub* (1) dovrebbero essere particolarmente chiare nello specificare: a) le situazioni in cui l'*home State* possa esercitare forme di potere extraterritoriale, al fine di evitare abusi e facili strumentalizzazioni delle retorica dei diritti umani, come forma di influenza egemonica sui paesi in via di sviluppo⁴⁵; b) i criteri in base ai quali individuare l'*home State* (Stato di *incorporation*, Stato in cui la società ha la sede principale, o altro ancora). In definitiva, le disposizioni *sub* (1) mirerebbero a espandere il campo attuale del legittimo esercizio di potere extraterritoriale, senza peraltro imporlo agli Stati.

Per quanto riguarda le disposizioni *sub* (2), gli obblighi che esse imporrebbero sarebbero idonei ad aggirare l'obiezione relativa alla violazione della sovranità degli altri Stati, dal momento che l'*home State*, imponendo ad una società stabilita sul suo territorio doveri di vigilanza (adeguatamente sanzionati) sulle sue controllate, anche stabilite all'estero, non farebbe altro che esercitare in modo legittimo la propria sovranità interna (peraltro basandosi sull'universalmente accettato principio di personalità attiva⁴⁶), anche se, come è ovvio, tale esercizio ha evidenti effetti in altri paesi⁴⁷. Si tratta peraltro di una tecnica normativa già utilizzata con successo in altri campi, sia nell'ordinamento statunitense che in quello dell'Unione Europea⁴⁸: in definitiva, le disposizioni *sub* (2) non farebbero altro che estendere questa tecnica all'intero settore dei diritti umani generalmente riconosciuti dalla comunità internazionale e, anche per questo motivo, sarebbero politicamente molto più accettabili dai paesi in via di sviluppo.

⁴³ Chiaramente, si sta facendo riferimento a imprese totalmente private, e non di imprese che esercitino pubbliche funzioni, o agiscano secondo le direttive dello Stato, o assumano pubbliche funzioni in assenza di autorità ufficiali, o – ancora – le cui condotte siano successivamente riconosciute e fatte proprie dallo Stato stesso: in tutti questi casi, il diritto internazionale già riconosce una responsabilità dello Stato per le condotte dell'ente privato. Cfr. gli artt. 5 e 9 dei *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, così come il caso del 1986 *Nicaragua v. United States of America* dinanzi alla Corte Internazionale di Giustizia.

⁴⁴ Poche sono le eccezioni ammesse a questo principio generale, generalmente giustificate in base alla c.d. 'dottrina degli effetti', o al principio di personalità (attiva e passiva). V. DE SCHUTTER, cit. *supra* nt. 40, pp. 22-28.

⁴⁵ Cfr. in generale IGNATIEFF, *Una ragionevole apologia dei diritti umani*, tr. it. Milano, 2003. V. anche SCUCCIMARRA, «Proteggere o dominare? Sovranità e diritti umani nel dibattito sulla "responsibility to protect"», in MECCARELLI, PALCHETTI, SOTIS (a cura di), *Il lato oscuro dei diritti umani: esigenze emancipatorie e logiche di dominio nella tutela giuridica dell'individuo*, Madrid, 2014, pp. 349-384.

⁴⁶ V. DE SCHUTTER, cit. *supra* nt. 7, pp. 83-89.

⁴⁷ In questo senso, e per sottolineare la differenza con forme di extraterritorialità in senso proprio, vi è chi preferisce utilizzare l'espressione 'estensione territoriale': v. SCOTT, *Extraterritoriality and Territorial Extension in EU Law*, 62 *American Journal of Comparative Law*, 87 (2014). V. anche BRADFORD, *The Brussels Effect*, 107 *Northwestern University Law Review*, 1 (2012-2013).

⁴⁸ Ad es., lo U.S. Foreign Corrupt Practices Act o la direttiva 2012/19/UE on Electrical and Electronic Waste.

5. - Com'è ovvio, le disposizioni cui si è fatto cenno *supra*, e alla cui *ratio* ci si è sinteticamente riferiti, rappresentano solo suggerimenti, piccoli ma significativi passi avanti per la formazione di uno strumento giuridico che potrebbe forse contribuire in modo significativo al processo di costituzionalizzazione delle imprese transnazionali (e, più in generale, del diritto globale⁴⁹); a queste condizioni, esso riuscirebbe a far incontrare su posizioni comuni Stati sviluppati e Stati in via di sviluppo, in modo migliore di quanto potrebbe fare un trattato che imponesse obblighi diretti alle imprese, o che forzasse gli Stati a forme di potere extraterritoriale sulle condotte delle società controllate. Inoltre, un trattato incentrato su queste disposizioni potrebbe evitare il boicottaggio dei negoziati da parte dei paesi più sviluppati e, allo stesso tempo, sarebbe totalmente ricompreso nel mandato che la 'Risoluzione Ecuador' conferisce all'*intergovernmental working group*. Per concludere, si vuole sottolineare ancora l'importanza di un approccio 'ibrido' alle questioni riguardanti la responsabilità delle imprese transnazionali per violazione dei diritti umani: come già detto, gli strumenti di *hard law* sono fondamentali. Fondamentali, ma non sufficienti, per essere in grado, da soli, di regolamentare i processi di globalizzazione, che sono di enorme complessità (giuridica, sociale, economica), coinvolgendo fattori che un rigido strumento inter-statale non può pretendere di controllare del tutto: nell'era del *global law*, il rispetto dei diritti umani potrà forse essere più efficacemente assicurato grazie ad una interazione produttiva e feconda di diversi tecniche e livelli di regolamentazione, strumenti di *hard law* e di *soft law*, e, soprattutto, grazie alla consapevolezza che ogni attore rilevante ha una sua propria responsabilità (sociale e giuridica)⁵⁰.

** Dottorando di ricerca in "Internazionalizzazione dei sistemi giuridici e diritti fondamentali" presso il Dipartimento di Giurisprudenza della Seconda Università di Napoli.

⁴⁹ Ovviamente la letteratura in tema di *global law* è enorme. Cfr. comunque, e in generale, FRYDMAN, *Petit manuel pratique de droit global*, Bruxelles, 2014. Per un'analisi dell'impatto sul sistema delle fonti del diritto, v. anche PIZZORUSSO, *La produzione normativa in tempi di globalizzazione*, Torino, 2008.

⁵⁰ A questo proposito, v., *ex plurimis*, DELMAS-MARTY, *Résister, responsabiliser, anticiper : Ou comment humaniser la mondialisation*, Paris, 2013, pp. 139-163 ; ID., *Les forces imaginantes du droit (II). Le pluralisme ordonné*, Paris, 2006.