

LA RESPONSABILITÀ DELLE IMPRESE TRANSNAZIONALI PER VIOLAZIONE DEI DIRITTI FONDAMENTALI. UNA PROSPETTIVA DI DIRITTO COSTITUZIONALE COMPARATO.

Angelo Jr Golia

SOMMARIO: 1. Oggetto e metodo d'indagine - 2. La sfida delle imprese transnazionali nello spazio giuridico globale. Breve inquadramento storico-dogmatico - 3. Gli strumenti della responsabilità - 3.1. Il diritto costituzionale come argine: i casi Texaco-Chevron e Novartis - 3.2. Il diritto internazionale tra crisi d'identità, promesse non mantenute e tendenze contrastanti: frammentazione, *soft law* e *hard law* - 3.3. Mischiare le carte: il diritto transnazionale - 4. Critica - 4.1. Posizioni scettiche - 4.2. Nuovi sentieri. L'esempio del costituzionalismo societario e la necessità di approcci ibridi - 5. Una possibilità per l'Europa.

1. - Oggetto e metodo d'indagine.

Il presente studio si propone di analizzare, con gli strumenti propri del diritto costituzionale, le possibilità e le condizioni attraverso le quali garantire, in un mondo globalizzato e caratterizzato da forme di potere che sfuggono in larga parte al controllo statale, il rispetto dei diritti fondamentali, a fronte degli atti compiuti dalle grandi imprese transnazionali (d'ora in poi: ITN), soggetti che hanno acquisito un potere tale da competere in termini sia economici sia politici con la maggior parte degli Stati-nazione.

Già *in limine litis*, sembra fondamentale chiarire quale sia l'interesse che il tema suscita, o dovrebbe suscitare, per il costituzionalista. Infatti, fin dall'inizio della ricerca ci si è accorti che il tema, esplorato a fondo dagli studiosi di diritto internazionale (sia pubblico sia privato) e dai sociologi del diritto¹, non è oggetto di trattazioni approfondite nell'ambito della dottrina strettamente costituzionalistica, fatta eccezione per alcune opere in lingua straniera².

Ora, appare evidente come quest'ultimo costituisca un vuoto di una certa importanza, laddove si inquadri il tema della responsabilità delle ITN per violazione dei diritti fondamentali nella più ampia

¹ V. in generale, e solo per citare alcuni dei lavori più rilevanti: SUPIOT (dir.), *L'entreprise dans un monde sans frontières. Perspectives économiques et juridiques*, Paris, 2015; STAFFORD, BELLAMY, BLECHER (eds.), *Corporate Responsibility for Human Rights Impacts. New Expectations and Paradigms*, Chicago, 2015; ROBE, *Le temps du monde de l'entreprise. Globalisation et mutation du système juridique*, Paris, 2015; DECAUX (dir.), *La responsabilité des entreprises multinationales en matière de droits de l'homme*, in *Droit et Justice*, Bruxelles, 2010; KINLEY (ed.), *Human Rights and Corporations*, Aldershot, 2009; CLAPHAM, *Human Rights Obligations of Non-State Actors*, Oxford, 2006; DE SCHUTTER, *Transnational Corporations and Human Rights*, Oxford, 2006; ZERK, *Multinationals and Corporate Social Responsibility*, Cambridge, 2006; ALSTON (ed.), *Non-State Actors and Human Rights*, Oxford, 2005; ADDO (ed.), *Human Rights Standards and the Responsibility of Transnational Corporations*, The Hague, 1999. In italiano v. soprattutto FASCIGLIONE, *Diritti umani e responsabilità sociale d'impresa*, Napoli, 2010; WINKLER, *Imprese multinazionali e ordinamento internazionale nell'era della globalizzazione*, Milano, 2008; BORGIA, *La responsabilità sociale delle imprese multinazionali*, Napoli, 2007.

² V. in particolare MILLER, *Toward "Constitutionalizing" the Corporation: A Speculative Essay*, in *West Virginia Law Review*, 1978, p. 187; ID., *The Corporation as a Private Government in the World Community*, in *Virginia Law Review*, 1960, p. 1539. V. comunque RONCHETTI, *Il nomos infranto: globalizzazione e costituzioni. Del limite come principio essenziale degli ordinamenti giuridici*, Napoli, 2007, pp. 29-57. Va ricordato che la teoria del *private government* è stata formulata per la prima volta da SELZNICK, *Law, Society and Industrial Justice*, New York, 1969.

prospettiva delle trasformazioni della forma Stato e della crisi – se di crisi si tratta – del costituzionalismo moderno. In altre parole, sembra che il tema in questione offra un laboratorio utile per verificare la tenuta di categorie – vecchie e nuove – del diritto costituzionale dinanzi alla prova della globalizzazione, soprattutto ove lo si innesti in quel processo che è stato definito come ‘costituzionalizzazione del diritto internazionale’³.

Passando a questioni più strettamente metodologiche, l’indagine muoverà da casi concreti, soprattutto giurisprudenziali, e da normative di diritto interno che, in modi diversi e pur senza appartenere al campo del diritto costituzionale in senso stretto, dovrebbero contribuire alla responsabilizzazione delle ITN, alla limitazione del loro potere e quindi, più in generale, alla costituzionalizzazione delle varie forme di *governance* globali.

In questo senso si giustifica l’approccio di diritto comparato, almeno come punto di partenza: trattandosi di fenomeni transnazionali, che per loro stessa natura non sono limitati né de-finiti dalle frontiere degli Stati-nazione, un’indagine di tipo costituzionalistico non può essere limitata ad un unico ordinamento, ma deve coprire molteplici livelli, strumenti e tradizioni giuridiche, per verificare come ciascuno di questi ultimi contribuisca alla responsabilizzazione delle ITN. È sempre per questo motivo, peraltro, che la tesi adotta un metodo comparatistico *sui generis*, in quanto non mirato allo studio di specifici istituti di diritto costituzionale, né limitato all’analisi di alcuni ordinamenti in particolare, bensì teso ad esaminare strumenti di natura giuridica diversa (come si vedrà, anche di diritto civile e penale), e appartenenti a molteplici ordinamenti (interni, ma anche internazionali e sovranazionali), accomunati però dalla *medesima funzione* di responsabilizzazione delle ITN. Si tratta quindi di spingere ai suoi estremi quel criterio ‘funzionale’ per il quale, come insegnano Zweigert e Kötz, «nel diritto può essere comparato solamente ciò che adempie allo stesso compito, alla stessa funzione»⁴.

Un’ultima precisazione, ancora di carattere metodologico. Si potrebbe essere tentati dal limitare l’indagine soltanto ad alcuni diritti: in altre parole, si potrebbe pensare che sia necessario definire preliminarmente quali diritti (o, almeno, quali categorie di diritti) debbano essere oggetto di protezione nei confronti delle condotte delle ITN. Al contrario, tale questione non solo non appare centrale nell’economia della ricerca, ma potrebbe risultare addirittura fuorviante, e ciò per almeno due ragioni. Anzitutto, ci sembra che un’opera di selezione di alcuni diritti “più fondamentali” di altri, al netto delle concezioni che ne sottolineano, al contrario, l’indivisibilità e interdipendenza (siano essi civili, politici, sociali etc.)⁵, spingerebbe la nave della ricerca verso mari troppo lontani dai punti di partenza. In secondo luogo, questo enorme sforzo, quand’anche compiuto, non modificherebbe di molto l’analisi relativa agli strumenti idonei a costringere le ITN al rispetto dei diritti stessi. In altre parole, si ritiene che il vero problema posto dalle ITN nello spazio giuridico globale consista proprio nell’imporre ad esse degli obblighi in quanto tali: non si tratta, quindi, di stabilire la maggiore o minore importanza o qualità del diritto leso, ma le condizioni stesse attraverso le quali tale diritto, quale che esso sia, possa essere rispettato. In questo quadro, diventa quindi chiara la sostanziale irrilevanza della domanda «quali

³ Ovvero di quel processo che tenderebbe a trasferire a livello di diritto internazionale la funzione di limite al potere che storicamente è appartenuta al diritto costituzionale: v. *ex plurimis* WALTER, *Constitutionalizing (Inter)national Governance: Possibilities for and Limits to the Development of an International Constitutional Law*, in *German Yearbook of International Law*, 2001, p. 170. Peraltro l’espressione è qui utilizzata solo per comodità, e anzi la si considera non del tutto appropriata: come si vedrà meglio, la globalizzazione “libera” forme di giuridicità che sfuggono alla produzione o al controllo (diretto o indiretto) degli Stati (c.d. diritto transnazionale), e quindi anche del diritto internazionale, almeno a intendere quest’ultimo come classico diritto inter-statale. La costituzionalizzazione quindi non dovrebbe coinvolgere solo quest’ultimo, ma anche e soprattutto il primo e, quindi, il “diritto globale” in generale. V. comunque *infra*, p. 18.

⁴ Cfr. ZWEIFERT, KÖTZ, *Introduzione al diritto comparato*, I, Principi fondamentali, tr. it. Milano, 1992, p. 37.

⁵ A tal proposito, v. PINELLI, *Il momento della scrittura. Contributo al dibattito sulla costituzione europea*, Bologna, 2002, pp. 162-168.

diritti?»⁶, e la rilevanza, invece, di un'altra: «quali doveri la teoria costituzionale è in grado di imporre in capo alle imprese?».

2. - La sfida posta dalle imprese transnazionali nello spazio giuridico globale. Breve inquadramento storico-dogmatico.

Prima di iniziare l'analisi di quelli che definiremo strumenti della responsabilità, pare opportuno chiarire, sia pure a grandi linee e con un elevato grado di approssimazione, le sfide che le grandi ITN pongono nei confronti della sovranità statale in generale, e del diritto costituzionale in particolare.

Anzitutto, premettiamo che ci si riferirà all'ITN come unitario centro di potere, ovvero nella sua consistenza fattuale, economica per così dire, e non alla complessa rete di società attraverso le quali essa interagisce con l'esterno, e che costituiscono solo le “maschere” (le *personae*, appunto) che permettono a questo centro di potere di acquisire la capacità giuridica⁷. È per questo motivo che, in generale, ma soprattutto ai fini della nostra ricerca, si preferisce l'aggettivo ‘transnazionale’, che sottolinea allo stesso tempo l'unità del soggetto come centro di potere, e la sua capacità di infrangere i limiti posti dai confini nazionali⁸. D'altronde, a ben vedere, l'aggettivo ‘multinazionale’, legato al dato formale relativo alla rete di società, può risultare addirittura fuorviante: queste imprese, considerate per quello che realmente sono, ovvero come soggetti unitari, non hanno alcuna nazionalità, né una né molte, ma operano in uno spazio globale, de-territorializzato⁹ e de-nazionalizzato (ma non de-giuridificato), nel quale esse – anche grazie a decenni di politiche di liberalizzazione e di deregolamentazione – si muovono con la massima libertà, cambiando a proprio piacimento la disciplina giuridica di riferimento. Queste pratiche portano con sé una serie di conseguenze, e in particolare, per ciò che più ci interessa, *trasformano gli ordinamenti giuridici dei singoli Stati-nazione in una merce* che le imprese acquistano o meno in base alla maggiore o minore convenienza che essi offrono (c.d. *law shopping*, *forum shopping* e in alcuni casi addirittura *treaty shopping*); ciò, a sua volta, innesca una dinamica di competizione e concorrenza tra gli ordinamenti statuali che, nel tentativo di attirare o trattenere gli enormi flussi di capitale che le ITN mobilitano, abbassano gli standard in materia di sicurezza sociale e diritti fondamentali (c.d. *race to the bottom*): si tratta, né più né meno, di “abbassare il prezzo” del bene offerto. In questo quadro, risulta chiaro come le ITN minaccino in modo serio la sovranità statale, privata di uno dei suoi caratteri fondamentali, ovvero della capacità di adottare decisioni – nell'ambito del proprio territorio di riferimento – senza tener conto di vincoli che non siano quelli da essa stessa accettati in base al classico diritto internazionale inter-statale¹⁰.

⁶ V. comunque in generale BUCHANAN, *The Heart of Human Rights*, Oxford, 2013.

⁷ V. ROBÉ, cit. *supra* nt. 1, pp. 55-68; WINKLER, cit. *supra* nt. 1, pp. 9-19.

⁸ Sulle diverse implicazioni e sfumature di significato legate all'espressione, v. CLAPHAM, cit. *supra* nt. 1, pp. 199-201; in questo senso, non solo il concetto di nazione, ma anche quello di territorio è “meaningless”: v. STEPHENS, *Extraterritoriality and Human Rights After Kiobel*, in *Maryland Journal of International Law*, 2013, p. 256.

⁹ Cfr. FERRARESE, *Diritto sconfinato. Inventiva giuridica e spazi nel mondo globale*, Roma-Bari, 2006, pp. 19-28.

¹⁰ Non si condivide quindi la posizione di PATRONI GRIFFI U. (*Governo e responsabilità nei gruppi d'interesse*, Zürich, 2000, p. 15), secondo il quale le ITN si muoverebbero in un vero e proprio «vacuum normativo»: v. a tal proposito FRYDMAN, *Petit manuel pratique de droit global*, Bruxelles, 2014, pp. 23-39. Più in generale, v. JAYASURIYA, *Globalization, Law, and the Transformation of Sovereignty: The Emergence of Global Regulatory Governance*, in *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 1999, p. 425; SPADARO, *Gli effetti costituzionali della c.d. «globalizzazione»*. *Storia di una metamorfosi: dalla sovranità dei popoli nazionali alla sovranità dell'opinione pubblica (e della finanza) internazionale*, in *Politica del diritto*, 1998, p. 441.

L'attacco alla sovranità statale portato dalle ITN, e più in generale dalle istituzioni globali, non è peraltro inteso a sostituire ad essa la propria: in questo senso, v. l'ormai classico contributo di LUCIANI, *L'antisovrano e la crisi delle costituzioni*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 1996, p. 164. V. anche BECK, secondo il quale «globalizzazione significa quindi anche: non-Stato

Allargando la prospettiva, si può dire che le ITN si muovano in uno spazio colmo di norme giuridiche (in questo senso, come già detto, è tutt'altro che de-giuridificato), slegate tuttavia da un *nomos* di riferimento, e che vengono utilizzate e applicate soltanto se convenienti, e quindi senza una loro reale vincolatività¹¹: nello spazio giuridico globale, i soggetti che possono permetterselo – e le ITN sono sicuramente tra questi – scelgono o addirittura fabbricano da sé la “regola del gioco” ad essi applicabile¹². In questo senso, le ITN agiscono in uno spazio di tendenziale irresponsabilità giuridica.

Come si è giunti a questo punto? Una prospettiva storica, per quanto superficiale, può forse aiutare a delineare meglio il quadro teorico di riferimento, e a spiegare le cause che hanno portato all'accumulazione dell'enorme potere delle ITN, a fronte della sostanziale irresponsabilità giuridica di cui abbiamo detto.

Sarebbe infatti semplicistico rinvenire l'unica causa nelle politiche economiche di liberalizzazione e deregolamentazione affermatesi a livello globale negli ultimi 30-40 anni. In realtà, il problema delle ITN (meglio, dell'irresponsabilità con la quale esse esercitano il loro potere a livello globale) viene da lontano, e affonda le radici nelle stesse origini del costituzionalismo moderno, affermatosi e sviluppatosi (nel Regno Unito, negli Stati Uniti e, alla fine della lunga fase rivoluzionaria e napoleonica, anche in Francia) sul modello liberal-individualistico, che vede radicalmente contrapposti individuo e Stato¹³. In quest'ottica, come noto, l'individuo è armato di diritti, strumenti giuridici che funzionano come veri e propri contro-poteri nei confronti del potere esercitato dallo Stato, unico soggetto ritenuto in grado, in virtù del monopolio della forza che detiene in un determinato territorio, di ledere le libertà individuali. In questo senso si spiega l'assenza – peraltro ampiamente comprensibile – nei testi costituzionali dell'epoca liberale di riferimenti alla tutela dei diritti nei confronti di organizzazioni o corpi sociali altri rispetto allo Stato¹⁴. Ancora, la definitiva affermazione dell'ideologia positivista, durante il XIX secolo, e la riduzione del fenomeno giuridico alle sole norme prodotte dallo Stato, relegò a livello di fatto giuridicamente irrilevante la progressiva accumulazione di potere da parte di soggetti

mondiale. Meglio: società mondiale senza Stato mondiale e senza governo mondiale» (*Che cos'è la globalizzazione*, tr. it. Roma, 1999, p. 16).

Sulla perdita di *autonomia* decisionale degli Stati dovuta ai processi di globalizzazione v. infine GUARINO G., *Verso l'Europa, ovvero la fine della politica*, Milano, 1997; e DOGLIANI, *Deve la politica democratica avere una sua risorsa di potere separata?*, in CASSESE S, GUARINO G. (a cura di), *Dallo Stato monoclasse alla globalizzazione*, Milano, 2000, pp. 61 ss.

¹¹ V. in generale IRTI, *Nichilismo giuridico*, Roma-Bari, 2004. Sulla necessità di adottare un c.d. approccio “microgiuridico” nell'analisi del *global law*, emancipandosi dall'idea di ordinamento, insiste FRYDMAN, *A Pragmatic Approach to Global Law*, Working Paper Nov. 2012, disponibile in www.ssrn.com/abstract=2312504, pp. 3-5.

¹² Sul diritto come “regola del gioco” v. GARAPON, *Lo Stato minimo. Il neoliberalismo e la giustizia*, tr. it. Milano, 2012, pp. 17-24. V. inoltre le pagine di FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Bologna, 2000, pp. 49-52 (dove si fa riferimento a un diritto *à la carte*) e 199-204. Solo *en passant*, si vuole sottolineare come l'artificialità di questa produzione giuridica sia resa possibile solo dall'affermarsi di concezioni iper-normativistiche post-kelseniane, che dilapidano il capitale simbolico del diritto legato all'idea di giustizia: in questo senso, v. IRTI, *Norma e luoghi. Problemi di geo-diritto*, Roma-Bari, 2001, pp. 39-60; e, più in generale, il fondamentale saggio di SUPIOT, *Homo juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du Droit*, Paris, 2005.

¹³ V. in generale FIORAVANTI, *Appunti di storia delle costituzioni moderne. Le libertà fondamentali*, Torino, 1995; MCILWAIN, *Costituzionalismo antico e moderno*, tr. it. Bologna, 1990, pp. 147 ss.; DOGLIANI, *Introduzione al diritto costituzionale*, Bologna, 1994, pp. 151 ss.; RIDOLA, *Libertà e diritti nello sviluppo storico del costituzionalismo*, in NANIA, RIDOLA (a cura di), *I diritti costituzionali*, vol. I, Torino, 2001, pp. 7-24.

¹⁴ Per un'analisi, anche comparata, in materia di c.d. “effetto orizzontale”, v. *ex plurimis* OLIVER, FEDTKE (eds.), *Human Rights and the Private Sphere: A Comparative Study*, New York, 2007; FRIEDMAN, BARAK-EREZ (eds.), *Human Rights in Private law*, Oxford, 2001; BARAK, *Constitutional Human Rights and Private Law*, in *Review of Constitutional Studies*, 1996, p. 218. Più specificamente, per quanto riguarda i diritti orizzontali nello spazio transnazionale, v. GARDBAUM, *Human Rights and International Constitutionalism*, in DUNOFF, TRACHTMAN (eds.), *Ruling the World? Constitutionalism, International Law and Global Government*, Cambridge, 2008, pp. 233-255.

privati, le imprese appunto, limitando la loro regolazione a quella delle “persone” attraverso le quali queste operano, ovvero le società commerciali¹⁵.

In quest’ultimo senso, bisogna sottolineare l’esistenza di un’altra linea di sviluppo, trascurata dai costituzionalisti (e abbandonata al monopolio degli studiosi di diritto commerciale e dei teorici dell’impresa), che aiuta a meglio comprendere il fenomeno nel suo complesso. Infatti, proprio i diritti garantiti all’individuo dal costituzionalismo liberale (soprattutto il diritto di proprietà) ebbero un effetto dirompente nel momento in cui si identificò la persona fisica con la persona giuridica, e in particolare con le società di capitali, soggetti che sempre più si ponevano come necessario veicolo di sviluppo economico del sistema capitalistico¹⁶: alle società di capitali, a partire da alcune decisioni della Corte Suprema degli Stati Uniti e successivamente anche in Europa, furono sostanzialmente riconosciute le stesse garanzie e tutele accordate all’individuo, senza che queste ultime fossero accompagnate da responsabilità e limiti che tenessero conto delle loro differenze specifiche e del potere (anzitutto economico) che esercitavano. Così, il progressivo sviluppo del diritto delle società, la distinzione tra proprietà e controllo al loro interno, e la possibilità che persone giuridiche potessero detenere partecipazioni azionarie in altre società di capitali costituirono il terreno fertile per la nascita di soggetti economici che, complessivamente considerati, non esistevano per il diritto statale, e nemmeno erano ritenuti produttori di diritto. Ciò valeva a maggior ragione per il diritto internazionale, che si era sviluppato intorno al paradigma dello Stato territorialmente delimitato¹⁷ come unico soggetto giuridico rilevante, e della sua volontà come l’unica idonea a produrre norme, sia di diritto consuetudinario che di diritto convenzionale¹⁸.

Peraltro questo sviluppo, avvenuto, come visto, in una sostanziale invisibilità giuridica (sia negli ordinamenti interni sia nel diritto internazionale), poteva essere ancora contenuto e tollerato, senza generare eccessivi pericoli per la sovranità statale, finché i confini nazionali segnavano tendenzialmente anche i limiti dei mercati di riferimento. L’identificazione di questi ultimi con l’ambito del “politico”, e quindi del territorio sul quale l’organizzazione Stato esercita il suo monopolio coercitivo e – soprattutto – impone un proprio *nomos* valoriale unificante, rendeva le grandi imprese (accanto a partiti, sindacati e agli altri “ordinamenti giuridici privati”) uno dei poteri che lo Stato poteva ammettere e controllare in seno a se stesso, e che aveva la funzione di integrare¹⁹ nel tessuto della

¹⁵ A proposito del modello liberal-positivistico, e della sua influenza sulle dinamiche della globalizzazione, v. ANDERSON, *Constitutional Rights After Globalization*, Oxford, 2005, pp. 40-44. Peraltro, secondo le analisi svolte in particolare da ESPOSITO (v. da ultimo *Due. La macchina della teologia politica e il posto del pensiero*, Torino, 2013), sarebbe proprio il concetto di “persona” a costituire il tramite di uno sdoppiamento che rende possibile il perpetuarsi di un dispositivo di dominio, dal carattere essenzialmente teologico-politico. Lo stesso TEUBNER (in *Nuovi conflitti costituzionali. Norme fondamentali dei regimi transnazionali*, tr. it. Milano, 2012, pp. 164-173), pur senza far riferimento al lessico della teologia politica, parla di “binarizzazione ossessiva”, e ritiene necessario superare la categoria di “persona” per garantire i diritti fondamentali non solo all’interno del proprio sotto-sistema sociale di riferimento, ma anche avverso il potere espresso da sotto-sistemi dotati di diversa razionalità comunicativa.

¹⁶ Per un’analisi sullo sviluppo del concetto di ‘corporazione’, v. VATTER, *Il-limitato e s-corporato. Dalla corporazione al comune passando per il trust*, in *Filosofia politica*, 2013, p. 447. Peraltro il modello della ‘corporazione’, originariamente elaborato dai canonisti medievali, e affermatosi in contrapposizione a quello del *trust*, sembra costituire la comune origine sia dello Stato moderno (inteso come persona giuridica), almeno sul continente, sia della moderna impresa: v. gli ancora fondamentali studi di MAITLAND, *Trust and Corporation*, e *The Crown as Corporation*, entrambi in FISHER (ed.), *The Collected Papers of William Maitland*, 1911, p. 321 e 244.

¹⁷ V. AGNEW, *The Territorial Trap: The Geographical Assumptions of International Relations Theory*, in *Review of International Political Economy*, 1994, p. 53; e soprattutto il classico JELLINEK, *La dottrina generale dello Stato*, tr. it. Milano, 1921, pp. 368 ss.

¹⁸ Cfr. TRIEPEL, *Diritto internazionale e diritto interno*, tr. it. Torino 1913; ANZILLOTTI, *Il diritto internazionale nei giudizi interni*, Bologna, 1905. Sulla “invisibilità giuridica” delle ITN cfr. JOHNS, *The Invisibility of the Transnational Corporation: An Analysis of International Law and Legal Theory*, in *Melbourne University Law Review*, 1994, p. 893.

¹⁹ La funzione di integrazione delle costituzioni è uno dei *topoi* tradizionali della teoria costituzionalistica: v., solo per citare due classici, SMEND, *Costituzione e diritto costituzionale*, tr. it. Milano, 1988; Kelsen, *Lo Stato come integrazione*, tr. it. Milano, 2001; più di recente, GRIMM, *Integration by Constitution*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2005, p. 193.

comunità politica, limitandone le potenzialità distruttive per quest'ultima (utilizzando una terminologia diversa, le c.d. esternalità negative). Tuttavia, proprio il progressivo abbattimento di questi limiti, già a partire dal XIX secolo (c.d. prima globalizzazione), aumentato a ritmo vertiginoso nel XX, grazie alla rivoluzione info-telegrafica e – questa volta sì – alle scelte economiche di stampo neoliberista progressivamente adottate o imposte dopo la seconda guerra mondiale e la caduta del muro di Berlino²⁰, ha fatto deflagrare la miscela esplosiva degli elementi finora succintamente descritti²¹. La globalizzazione, giunta alla fase odierna, ha in altre parole “liberato” i poteri economici privati dalle maglie in cui gli Stati-nazione riuscivano in qualche modo a tenerli imbrigliati, portando allo stato di cose che si è già descritto: giganteschi agglomerati economici operano su scala mondiale e scelgono il diritto applicabile a se stessi, non esistono giuridicamente per gli ordinamenti interni né per l'ordinamento internazionale, e sfuggono ad ogni tipo di responsabilità per le condotte da essi poste in essere, e per le relative lesioni agli altrui diritti²².

A chiusura di questi essenziali cenni d'ordine storico-dogmatico, pare opportuno fare alcune ultime precisazioni. Anzitutto, nell'attuale momento storico, lo spazio giuridico globale presenta notevoli somiglianze, peraltro sottolineate da più parti, con l'ordinamento medievale: a forme di potere e di produzione giuridica legate ad un determinato territorio si affiancano e sovrappongono poteri de-territorializzati e statuti giuridici personali; le relazioni tra fonti del diritto sono caratterizzate sempre più da rapporti di eterarchia; organizzazioni private operano a livello transnazionale tramite reti che richiamano rapporti di vassallaggio (che legano società controllate, subfornitori e altri soggetti alla società capogruppo) e producono un diritto proprio, al di fuori di qualunque circuito statale, men che meno democratico²³; infine, lo stesso Stato “globale”²⁴ sembra regredire ad una forma di Stato feudale e, proprio per questo motivo, vi è chi è arrivato a dubitare della sua stessa sopravvivenza come Stato propriamente detto, almeno nel significato moderno e vestfaliano del termine²⁵.

Ora, se neanche queste ultime affermazioni sembrano costituire una novità, ciò che desta preoccupazione è la questione circa la possibilità che l'evoluzione della forma Stato trascini con sé

²⁰ Sugli effetti che le dottrine neoliberiste hanno avuto sulle classi dirigenti formatesi nel socialismo reale, v. SUPLOT, *L'esprit de Philadelphie. La justice sociale face au marché total*, Paris, 2010, pp. 38-44.

²¹ V., per una generale ma efficace rassegna delle principali elaborazioni circa la genesi del fenomeno, RE, *Approcci europei alla globalizzazione*, in www.juragentium.org, 2005. Sulla retorica che vorrebbe assimilare le “leggi del mercato” a leggi naturali vi è una fiorente letteratura che, sulle orme delle analisi schmittiane, vi vede un tentativo di spoliticizzazione che andrebbe a costruire una sorta di nuova “teologia economica”: v. *ex plurimis* MORRONE, *Teologia economica v. Teologia politica? Appunti su sovranità dello Stato e «diritto costituzionale globale»*, in *Quaderni costituzionali*, 2012, n. 4, p. 829; DUSO, *Teologia politica-teologia economica: come pensare la politica?*, in *Filosofia politica*, 2013, p. 393; SLONGO, *Tra potere pastorale e teologia economica*, in *Filosofia politica*, 2013, p. 431. V. infine, e in generale, i contributi presenti in BAZZICALUPO, TUCCI (a cura di), *Il grande crollo. È possibile un governo della crisi economica?*, Milano, 2010.

²² V. in generale CROUCH, *Il potere dei giganti. Perché la crisi non ha sconfitto il neoliberismo*, tr. it. Roma-Bari, 2011.

²³ Sul «neomedievalismo istituzionale» v. D'ANDREA, *Oltre la sovranità. Lo spazio politico europeo tra post-modernità e nuovo medioevo*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, tomo I, Milano, 2002, pp. 77 ss. V. anche SUPLOT, cit. *supra* nt. 12, pp. 164-175, in cui si descrive la *reféodalisation du lien contractuel*, ma già MACAULAY, *Non-contractual Relations in Business: A Preliminary Study*, in *American Sociological Review*, 1963, p. 1. Sulla *corporation* come ente sovrano v. lo studio di GARRETT, *The Corporation as Sovereign*, in *Maine Law Review*, 2008, p. 129; sui costi in termini democratici v. infine BENVENISTI, LUSTIG, *The Multinational Corporation as “The Good Despot”: The Democratic Costs of Privatization in Global Settings*, in *Theoretical Inquiries in Law*, 2014, p. 1565.

²⁴ Secondo PATRUNO (*Istituzioni globali e autonomia*, in PEZZINI, TROILO (a cura di), *Il valore delle autonomie. Territorio, potere e democrazia*, Atti del Convegno di Bergamo 6-7 giugno 2014, Napoli, 2015, p. 44), «si dovrebbe affermare che le istituzioni globali detentrici del *summum imperium* siano ancora gli stati, divenuti però “stati globali”. In questo senso, il FMI, il WTO, e la BM rappresentano solo l'aspetto transeunte, il terminale operativo della catena di comando, gli strumenti, assieme all'intera rete di *global governance*, attraverso cui lo stato globale si garantisce la propria continuità extrademocratica, in quanto ordinamenti normativi che esso stesso produce e che legittima, sia pure nei limiti di un riconoscimento internazionale indiretto».

²⁵ V. BARCELLONA, *Il declino dello Stato. Riflessioni di fine secolo sulla crisi del progetto moderno*, Bari, 1998. V. anche, e in generale, la ricostruzione di ALLEGRETTI, *Diritti e Stato nella mondializzazione*, Enna, 2002; e GARAPON, cit. *supra* nt. 12.

anche il costituzionalismo moderno²⁶ nella sua accezione prescrittiva, ovvero nella sua capacità di porsi come un reale limite e fondamento giuridico al potere, e di assolvere alla sua funzione di controcondotto. In altre parole, ci si chiede se realmente il diritto internazionale o le varie forme di diritto transnazionale possano evolvere in modo tale da costituzionalizzare, in generale, le istituzioni della *governance* globale e, in particolare, i grandi poteri economici, imponendo loro il rispetto dei diritti fondamentali appartenenti alla tradizione del costituzionalismo moderno.

Quest'ultimo processo, cui abbiamo già accennato, definito come "costituzionalizzazione del diritto internazionale"²⁷, comporta peraltro un aggiornamento di categorie giuridiche consolidate, e l'elaborazione di nuove, che non poca preoccupazione destano in seno alla dottrina costituzionalistica²⁸. Tuttavia, ci sembra necessario esplorare i nuovi approcci teorici, e ciò non tanto per addomesticare il diritto alla brutta forza del fatto e dei nuovi poteri ma, al contrario, per renderlo più idoneo a limitare questi stessi poteri e (ri)catturarli nelle maglie del diritto. Detto altrimenti, pur avendo presenti i caratteri distintivi del diritto costituzionale, e pur denunciando le insufficienze delle teorie relative alla costituzionalizzazione del diritto internazionale, si rifiutano contrapposizioni troppo nette, che sembrano non tener conto della probabile ineluttabilità di alcune trasformazioni che la globalizzazione ha imposto alla forma Stato²⁹.

3. - Gli strumenti della responsabilità.

L'inquadramento storico-dogmatico si rendeva necessario per meglio comprendere l'ottica e lo spirito con i quali si analizzeranno quelli che chiameremo gli strumenti della responsabilità³⁰. Essi non sono altro che un complesso di norme (con le relative applicazioni giurisprudenziali), appartenenti a diversi ordinamenti e a diverse branche del diritto, che verranno trattati come dati grezzi al fine di verificare, in una sorta di *stress test*, la fattibilità e la resistenza di teorie – vecchie e nuove – che, nello sforzo di costituzionalizzare lo spazio giuridico globale, si propongono di limitare il potere delle grandi ITN.

In questa sede ci si vede peraltro costretti a limitare la raccolta dei dati ad un ristrettissimo ventaglio di casi e ipotesi, che non esauriscono affatto la gamma di soluzioni possibili, ma che tuttavia sembrano particolarmente idonei a esprimere considerazioni di natura generale.

3.1 - Il diritto costituzionale come argine: i casi Texaco-Chevron e Novartis.

²⁶ V., solo per citare alcuni dei lavori più rilevanti, AA. VV., *Costituzionalismo e globalizzazione. Atti del XXVII Convegno annuale AIC, Salerno, 22-24 novembre 2012*, Napoli, 2014; AZZARITI, *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?*, Roma-Bari, 2013; BARCELLONA, DI MARIA (a cura di), *Costituzione e globalizzazione*, Enna, 2012; DOBNER, LOUGHLIN (eds.), *The Twilight of Constitutionalism?*, Oxford, 2010; DUNOFF, TRACHTMAN (eds.), cit. *supra* nt. 14; ANDERSON, cit. *supra* nt. 15.

²⁷ Ma le terminologie variano: v. BIFULCO R., *La c.d. costituzionalizzazione del diritto internazionale: un esame del dibattito*, in *www.rivistaaic.it*, n. 4 del 2014, pp. 4-6.

²⁸ V. tra gli altri AZZARITI, cit. *supra* nt. 26; GRIMM, *The Achievement of Constitutionalism and its Prospects in a Changed World*, in DOBNER, LOUGHLIN (eds.), cit. *supra* nt. 26, pp. 3-22.

²⁹ Sembrano comunque peccare di parzialità quelle analisi che vedono nella globalizzazione la scomparsa stessa della forma Stato: contro queste ultime v. per tutti RAZ, *Why the State?*, in *King's College Law School Research Paper*, 2014, disponibile in www.ssrn.com/abstract=2339522.

³⁰ DELMAS-MARTY, *Résister, responsabiliser, anticiper : ou comment humaniser la mondialisation*, Paris, 2013.

Il caso Texaco-Chevron³¹ risulta particolarmente emblematico riguardo alle difficoltà che i tradizionali strumenti di diritto costituzionale incontrano nella responsabilizzazione delle ITN per le violazioni dei diritti fondamentali (in questo caso, il diritto ad un ambiente salubre).

Tra gli anni '60 e '90 del secolo scorso la società Texaco Petroleum (TexPet), società interamente controllata dalla statunitense Texaco, a seguito di una concessione della giunta militare allora al potere, condusse un'intensa attività di estrazione di idrocarburi in Ecuador, nella regione amazzonica del Lago Agrio; tale attività ha avuto un impatto devastante sull'ecosistema locale, caratterizzato da una notevole biodiversità, e sulle popolazioni autoctone, tanto che si è arrivato a parlare di un vero e proprio etnocidio, perpetrato con la complicità dello stesso governo ecuadoregno, che vi vedeva un'occasione per "civilizzare" parte del territorio nazionale. Nel 1993 la Texaco termina le proprie attività in Ecuador, ritira tutti i propri *asset* dal paese, lasciandosi dietro un disastro ambientale, e lo sfruttamento del sito passa nelle mani della PetroEcuador, società pubblica controllata dal governo. Quello stesso anno l'Ecuador e gli Stati Uniti concludono un trattato bilaterale d'investimento (BIT), nell'ambito del quale viene negoziato un ulteriore accordo (chiamato espressamente «Atto finale di esonero da responsabilità») tra la TexPet e il governo ecuadoregno, chiuso nel 1998, con il quale la società si impegna ad eseguire opere di bonifica, con la rinuncia (art. 5) da parte del governo di ogni futura pretesa e/o risarcimento, quand'anche basati su successivi interventi legislativi. Nel 2001, infine, la Texaco veniva acquisita dalla Chevron, che ne assumeva quindi i diritti e gli obblighi.

Il primo tentativo di portare in giudizio la Texaco viene fatto proprio nel 1993, peraltro davanti un tribunale statunitense. Si trattava di una *class action* intentata sulla base dell'*Alien Tort Claims Act* (ATCA)³² presso il tribunale di New York, sede sociale della Texaco e domicilio degli amministratori della società capogruppo. In quella sede, la difesa della Texaco mirò alla dichiarazione di incompetenza del giudice americano, in base al fatto che gli eventi si erano svolti in territorio straniero, incompetenza peraltro sostenuta dallo stesso governo ecuadoregno che, preoccupato per il fatto che un tribunale straniero potesse arrivare a giudicare del modo in cui esso aveva gestito il proprio territorio, era intervenuto nelle vesti di *amicus curiae* in questo senso. La dichiarazione di incompetenza arrivò quindi nel 2002 sulla base della dottrina del *forum non conveniens*³³, e l'ATCA, che pure in altre occasioni aveva dato buona prova di sé, si rivelò in questo caso inutile.

³¹ V. D'AGNONE, *Il riconoscimento dei diritti umani nelle decisioni arbitrali in materia di investimenti: il diritto ad un ambiente salubre nel caso "Chevron"*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2014, p. 183; MARTIN-CHENUT, PERRUSO, *L'affaire Chevron-Texaco et l'apport des projets de conventions écocrimes et écocide à la responsabilisation pénale des entreprises transnationales*, in NEYRET (dir.), *Des écocrimes à l'écocide. Le droit pénal au secours de l'environnement*, Paris, pp. 67-86; KIMERLING, *Indigenous Peoples and the Oil Frontier in Amazonia: The Case of Ecuador, ChevronTexaco, and Aguinda v. Texaco*, in *International Law & Politics*, 2006, 38, 413, p. 653; sul caso è poi particolarmente significativo il contributo, in cui si evidenzia il necessario rapporto tra potere e responsabilità in capo alle ITN, di SINDEN, *Power and Responsibility: Why Human Rights Should Address Corporate Environmental Wrongs*, in MCBARNET, VOICULESCU, CAMPBELL (eds.), *The New Corporate Accountability: Corporate Social Responsibility and Law*, Cambridge, 2007, pp. 501-526.

³² Si trattava quindi di uno strumento di diritto civile, teso ad ottenere il risarcimento del danno. L'ATCA (28 U.S. Code § 1350) è una legge federale, parte del primo *Judiciary Act* del 1791, secondo il quale «the district courts shall have original jurisdiction of any civil action by an alien for a tort only, committed in violation of the law of nations or a treaty of the United States». Si trattava quindi di una disposizione tesa a garantire a cittadini stranieri (soprattutto diplomatici e mercanti) la possibilità di adire un giudice americano per fatti compiuti in violazione del diritto internazionale; essa, pressoché inutilizzata per quasi due secoli, è stata "riscoperta" nel 1980 (con il *leading case* *Filartiga v. Pena-Irala*, 630 F.2d 876, 2d Cir. 1980) e, con una spettacolare eterogenesi dei fini, è divenuta uno strumento fondamentale per i casi di *transnational human rights litigation*: cfr. STEPHENS, *The Curious History of the Alien Tort Statute*, in *Notre Dame Law Review*, 2014, p. 1467. V. comunque *infra*.

³³ *Aguinda v. Texaco Inc.* e *Jota v. Texaco Inc.*, U.S. District Court, S.D. New York n. 93 Civ. 7527 e 94 Civ. 9266, 2001. Secondo il dizionario DE FRANCHIS, il *forum non conveniens* è una «regola processuale in tema di giurisdizione [...] per cui, qualora il convenuto riesca a provare che la controversia potrebbe essere più opportunamente decisa, nell'interesse delle parti e della giustizia, da un'altra giurisdizione presso la quale ultima l'azione avrebbe potuto essere intentata, il giudice adito respinge la

Il secondo passaggio si svolse quindi dinanzi il giudice ecuadoregno. Va ricordato il fatto che a partire dagli anni '80 e '90 in Ecuador vi era stato un lento ma costante processo di democratizzazione, con il progressivo riconoscimento dei diritti delle popolazioni indigene, fino all'adozione, nel 2008, di una costituzione particolarmente avanzata, tra le altre cose, in materia ambientale. Peraltro, già nel 1999 il parlamento aveva adottato la *Ley de Manejo Ambiental*³⁴, che introduceva una disciplina *ad hoc* per le azioni relative alle violazioni del diritto all'ambiente sano, successivamente consacrato proprio nell'art. 19-2 della costituzione. Sulla base di questa disposizione, nel 2003 fu iniziato un procedimento davanti ai giudici ecuadoregni i quali, al termine di diverse fasi giudiziarie conclusesi dinanzi alla Corte suprema dell'Ecuador il 12 novembre 2013, hanno definitivamente condannato la Chevron a un risarcimento enorme, pari a svariati miliardi di dollari³⁵. Va sottolineato che la condanna da parte di un paese in via di sviluppo per una cifra così elevata rappresentava un *unicum*.

Nel frattempo la Chevron, che già si era vista condannata nei primi gradi del giudizio interno, aveva presentato ricorso sia avverso le prime richieste di esecuzione della condanna nei paesi dove si trovavano *asset* aggredibili, sia (nel settembre del 2009) presso la Corte Permanente di arbitrato, nell'ambito della quale fu istituito un tribunale arbitrale *ad hoc*. In quest'ultima sede la Chevron lamentava non solo la scarsa trasparenza dei procedimenti interni, che si ritenevano influenzati dal governo di Quito, ma, soprattutto, la violazione dell'Atto di esonero di responsabilità concluso nel 1998 nell'ambito del BIT del 1993. Il tribunale arbitrale ordinava quindi all'Ecuador, il 9 febbraio del 2011, di sospendere il giudizio interno e anche le azioni volte all'esecuzione delle decisioni in altri Stati, accogliendo definitivamente il ricorso della Chevron con una decisione del 17 settembre 2013. In questo senso, la sentenza della Corte suprema dell'Ecuador, del mese successivo, si poneva, già di per sé, in violazione del diritto internazionale.

Volendo quindi trarre le prime conclusioni da questa intricatissima vicenda giudiziaria, peraltro descritta solo superficialmente, e sottolineando quanto più ci interessa, i giudici ecuadoregni hanno dato prevalenza al diritto interno e al diritto all'ambiente salubre consacrato nell'art. 19-2 della costituzione, per mezzo di un'interpretazione assiologicamente orientata: in particolare si è ritenuto che lo Stato non potesse validamente esonerare la società con l'accordo del 1998, in quanto la titolarità del diritto fondamentale alla salute non appartiene ad esso in via esclusiva, ma anche e soprattutto alle comunità e alle organizzazioni collettive che sono lese in via diretta. I giudici ecuadoregni hanno quindi, in forza di questa interpretazione, sostanzialmente violato il diritto internazionale quale accertato dal tribunale arbitrale, e non hanno tenuto conto di una serie di altre eccezioni opposte dalla Chevron, e in particolare dell'applicazione retroattiva della legge del 1999.

È dunque evidente come il caso Texaco-Chevron, anche per l'elevato ammontare della condanna, costituisca un primo importante esempio di come il diritto costituzionale, inteso in senso "forte", prescrittivo, se si vuole come contro-limite, possa contribuire alla responsabilizzazione dei grandi poteri economici transnazionali. Tutto ciò a fronte di un diritto internazionale degli investimenti che ancora sembra trascurare la dimensione dei diritti fondamentali e che, soprattutto, accorda ampia tutela alle ITN, le quali possono ricorrere a istanze giudiziarie internazionali, ma continuano a non essere soggetti di diritto internazionale, e quindi non sono destinatarie dirette di obblighi. Questo è un primo dato.

domanda: il che è detto *to stay the action*». Sui diversi modi in cui questa regola processuale è applicata negli USA e nel Regno Unito, v. JOSEPH, *Corporations and Transnational Human Rights Litigation*, Oxford/Portland, 2004, pp. 87-100 e 115-119.

³⁴ Registro Oficial, n. 245, 1999. L'art. 28 afferma che «toda persona natural o jurídica tiene dercho a participar en la gestión ambiental, a través de los mecanismos que para el efecto establezca el regolamento, entre los cuales se incluirán consultas, audiencias públicas, iniciativas, propuestas, o cual quier forma de asociación entre el sector public y el privado. Se concede acción popular para denunciar a quiete violen esta garantía, sin perjuicios de la responsabilidad civil y penal por acusaciones maliziosamente formuladas».

³⁵ *Maria Aguinda e altri c. Chevron Texaco Corporation*, Juicio No. 174-2012.

Allo stesso tempo, va tuttavia sottolineato che la decisione della Corte suprema dell'Ecuador non ha trovato un sostanziale riscontro pratico: la Chevron non aveva beni aggredibili in Ecuador, e l'esecuzione della sentenza è stata negata in Argentina (dove si è ritenuto che alcune società facenti capo alla Chevron, che non avevano preso parte al giudizio, non potessero essere aggredite in quanto enti autonomi rispetto alla capogruppo) e negli Stati Uniti (dove si è ritenuto che la decisione ecuadoregna fosse stata il risultato di corruzione dei giudici), mentre sono ancora pendenti dei giudizi di delibazione in Brasile e in Canada. In altre parole, la vicenda, pur avendo un importante valore simbolico per la vittoria giudiziaria ottenuta a livello interno, mostra allo stesso tempo la debolezza di un diritto costituzionale "isolato", il quale, soprattutto se espressione di un piccolo Stato in via di sviluppo, rischia di trasformarsi in una mera *vox clamantis in deserto*.

Cambiando continente, e spostando l'attenzione sull'India, ci sembra opportuno fare un parallelo con il caso Novartis³⁶. A tal proposito, e in via preliminare, si ricorda che il costituzionalismo indiano si è storicamente caratterizzato per una particolare attenzione verso le condizioni di quelle enormi fette della popolazione che tutt'oggi vivono in condizioni di estrema povertà, soprattutto in relazione alla tutela della salute, cui sono dedicate le norme del Titolo IV della costituzione indiana, e in particolare l'art. 47³⁷. A partire dagli anni '70 del secolo scorso, il governo indiano ha approvato una serie di atti³⁸ che, restringendo il campo di brevettabilità di alcuni farmaci, ha portato allo sviluppo di una potente industria interna di farmaci generici³⁹, e alla commercializzazione di questi ultimi a prezzi accessibili a tutti o quasi. Tuttavia, la creazione dell'Organizzazione Mondiale del Commercio (OMC) nel 1995, di cui l'India è membro fondatore, e l'esigenza di rispettare gli accordi di libero scambio (c.d. TRIPS) conclusi nel suo ambito, hanno portato all'adozione di diverse leggi⁴⁰ che hanno tutelato maggiormente il diritto di proprietà intellettuale delle imprese farmaceutiche.

Ciò nondimeno, questi ultimi interventi non sono sembrati sufficienti: in particolare, oggetto di contestazione è stato l'art. 3(d) della l. 15/2005 che, con una disposizione chiaramente intesa a contrastare la pratica dell'*evergreening*⁴¹, prevede che la brevettabilità di nuovi prodotti farmaceutici sia ammessa solo laddove si traduca nell'*enhancement of the known efficacy*.

Proprio sulla base di questa disposizione, e quindi per mancanza del requisito della novità, la casa farmaceutica svizzera Novartis si vedeva rifiutare il brevetto per un farmaco utilizzato in ambito oncologico; di conseguenza, nel 2006 impugnava il provvedimento di diniego e, contestualmente, affermava l'incostituzionalità dell'art. 3(d) dinanzi alla *High Court* di Chennai, in particolare per violazione dell'art. 27 TRIPS e dell'art. 14 della Costituzione indiana, che afferma il principio di eguaglianza dinanzi alla legge.

³⁶ V. GHOSHRAJ, 3(D) *View of India's Patent Law: Social Justice Aspiration Meets Property Rights* in Novartis v. Union of India & Others, in *John Marshall Review of Intellectual Property Law*, 2014, p. 719; BENNETT, *Indian Pharmaceutical Patent Law and the Effects of Novartis AG v. Union of India*, in *Washington University Global Studies Law review*, 2014, p. 535; LOLLINI, *Proprietà intellettuale, bilanciamento degli interessi e farmaci low cost: i casi di India e Sudafrica*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2009, p. 115.

³⁷ Secondo il quale «the State shall regard the raising of the level of nutrition and the standard of living of its people and the improvement of public health as among its primary duties and, in particular, the State shall endeavour to bring about prohibition of the consumption except for medicinal purpose of intoxicating drinks and of drugs which are injurious to health».

³⁸ *Patents Act* 39/1970.

³⁹ I farmaci generici sono medicinali bioequivalenti rispetto ad altri medicinali. Essi si pongono quindi come alternativa a prodotti di cui sia venuto meno il brevetto, e sono perciò un importante mezzo per ridurre la spesa sanitaria, sia essa a carico dei privati o delle strutture pubbliche.

⁴⁰ *Patents (Amendment) Act* 17/1999; *Patents (Amendment) Act* 38/2002; *Patents (Amendment) Act* 15/2005.

⁴¹ Con questa espressione si fa riferimento a varie strategie giuridiche ed aziendali tese a far perdurare oltre il dovuto i benefici derivanti dalla brevettazione di un certo prodotto o invenzione.

La *High Court*, respingendo il ricorso della casa farmaceutica⁴², riteneva che in questo caso non potesse essere sindacato, in base al principio di eguaglianza, l'uso che il legislatore aveva fatto della sua discrezionalità, trattandosi di una materia economica e di salute pubblica di particolare complessità, che quindi comportava una serie di valutazioni rientranti nel campo dell'opportunità politica. Per quanto riguarda gli accordi internazionali e l'art. 27 TRIPS, la Corte sottolineava in primo luogo il fatto che l'India si fosse senza dubbio conformata agli obblighi derivanti dalla sua partecipazione all'OMC con l'adozione di provvedimenti legislativi *ad hoc*; in secondo luogo, negava effetti diretti alla normativa TRIPS, ritenendo che il luogo più opportuno per giudicare della compatibilità della disciplina interna fosse l'apposito *Appellate Body* dell'OMC; in terzo luogo, e quasi *ad abundantiam*, il giudice indiano riteneva chiaramente legittimo l'art. 3(d) – e con esso il criterio dell'*enhanced efficacy* – proprio sulla base del particolare approccio indiano alla materia della salute, fondato su un dovere costituzionale. Peraltro la decisione della *High Court* fu sostanzialmente confermata, sia nel risultato che nelle motivazioni, nel giudizio definitivo reso dalla *Supreme Court* indiana il primo aprile 2013⁴³.

Il caso indiano presenta in comune con quello ecuadoregno il fatto che un giudice interno, avvalendosi di un'interpretazione costituzionalmente orientata, e basando la propria decisione su una nozione di costituzione come contro-limite, ha dato prevalenza a un diritto fondamentale nei confronti delle ragioni di una grande ITN, peraltro in entrambi i casi validamente fondate su fonti di diritto internazionale. Al di là del dato comune, ci preme però sottolineare la differenza specifica: nel caso Texaco-Chevron la decisione del giudice è andata poco al di là di un'affermazione simbolica, sia nell'esecuzione del risarcimento sia, pare, nella prassi delle compagnie estrattive; nel caso Novartis la decisione del giudice non solo è riuscita a garantire effettivamente il diritto alla salute dei cittadini indiani, ma si è posta come un parametro di riferimento per l'interpretazione delle c.d. clausole di flessibilità contenute negli accordi TRIPS, che ammettono deroghe alle regole previste in ambito OMC per la tutela della proprietà intellettuale e, più in generale, all'apertura dei mercati, in ragione di esigenze di natura oggettiva. Ora, ci sembra che il maggior interesse del caso indiano consista proprio nel potenziale effetto catalizzatore nei confronti del regime transnazionale relativo agli scambi commerciali: una certa nozione (ristretta) di brevettabilità può ritenersi compatibile con i diritti fondamentali tutelati nelle carte costituzionali e nelle dichiarazioni internazionali di diritti, e decisioni come quella del giudice indiano possono risultare decisive nel trasferire a livello internazionale e transnazionale una certa scala valoriale, un certo *nomos*, che si opponga alle ragioni dell'impresa a favore di quelle della persona umana: in tal senso, allo stato attuale sembra che sia proprio questo il maggiore contributo che gli strumenti più classici del diritto costituzionale possono dare alla responsabilizzazione delle ITN. Tuttavia, e questo è un ultimo dato che ci preme evidenziare, proprio il confronto col caso ecuadoregno mostra quanto siano importanti le dimensioni degli attori in gioco: non si può negare infatti come la massa critica rappresentata dall'enorme mercato dell'India giochi un ruolo fondamentale nella rilevanza data alle decisioni dei suoi giudici.

3.2 - Il diritto internazionale tra crisi d'identità, promesse non mantenute e tendenze contrastanti: frammentazione, *soft law* e *hard law*.

⁴² *Novartis AG v. Union of India* & Ors. [2007] 2007 A.I.R. 24759, 4 MLJ 1153.

⁴³ *Novartis Ag v. Union Of India* & Ors., (April 1, 2013) S.C.R., Civil Appeal Nos. 2706-2716, 2728, and 2717-2727.

Il diritto internazionale dovrebbe avere un ruolo di primo piano nella responsabilizzazione delle ITN. Non a caso in questa affermazione si è utilizzato il condizionale: essa esprime un dover-essere, un'aspirazione, rispetto a un essere che non corrisponde alle esigenze del mondo attuale.

Anzitutto, per quanto possa apparire scontato, e tenendo conto di quanto detto nel § 2, si deve evidenziare ancora come le condotte delle ITN, per loro natura, non siano limitate dai confini nazionali e, in questo senso, rappresentino un problema che nessuno Stato può pretendere di risolvere da solo, in maniera non dissimile da questioni quali, ad esempio, il riscaldamento globale o il terrorismo transnazionale. Il carattere specifico delle ITN consiste però nel fatto che le loro attività non comportano solo effetti negativi ma, al contrario, rappresentano un fondamentale veicolo di sviluppo economico e umano, sia nei paesi sviluppati che in quelli in via di sviluppo⁴⁴. In questo senso, la regolamentazione delle loro condotte è resa più difficile da una rete di interessi opposti e incrociati, che in diverso modo coinvolgono le varie aree economiche del globo. Così, da un lato vi sono gli Stati, generalmente sviluppati, in cui hanno sede le società capogruppo (*home State*) i quali desiderano conservare le entrate fiscali derivanti dalla tassazione dei bilanci societari, e generalmente non desiderano imporre obblighi relativi a condotte che avvengono fuori dal loro territorio; dall'altro, vi sono gli Stati ospite (*host State*) che, temendo di perdere gli investimenti portati dalle ITN, non impongono loro il rispetto dei diritti fondamentali sul loro territorio, e ostacolano l'eventuale esercizio di potere extraterritoriale da parte degli *home State*. In altre parole, si tratta del più classico dei dilemmi del prigioniero⁴⁵. Questa è la prima difficoltà oggettiva.

La seconda difficoltà risiede nell'insufficienza, dovuta a una certa vischiosità storica, di strumenti teorici, elaborati alla fine dell'800. Come già accennato, il diritto internazionale classico è stato sistematizzato durante il trionfo dell'ideologia giuspositivistica statocentrica: ancora oggi, e nonostante "fughe in avanti" di settori anche importanti della dottrina internazionalistica⁴⁶, le organizzazioni private non sono considerate soggetti di diritto internazionale o, meglio, non sono destinatarie dirette di obblighi, pur essendo ormai riconosciuta loro la titolarità di alcuni diritti (come già detto, sia sostanziali sia procedurali).

A questi due elementi si aggiunge, come terza difficoltà, il fatto che dopo il secondo conflitto mondiale il diritto internazionale, invece di reinventarsi intorno al nuovo paradigma/baricentro dei diritti fondamentali (in particolare, di quelli affermati nella Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948)⁴⁷, si è sviluppato in senso frammentario, intorno a regimi transnazionali che rispondono a logiche e linguaggi giuridici differenti e autoreferenziali, senza avere il necessario minimo comune denominatore del rispetto della persona umana⁴⁸. E dunque, diritto internazionale dei diritti umani, diritto internazionale umanitario e anche diritto penale internazionale, invece di svolgere una funzione unificante, si sono sviluppati come eccezione, e comunque parallelamente ad altri regimi quali, in particolare, il diritto internazionale degli investimenti e degli scambi commerciali.

⁴⁴ A tal proposito, v. MEYER, *Human Rights and TNCs: Theory v. Quantitative Analysis*, in *Human Rights Quarterly*, 18, 1996, p. 368.

⁴⁵ Cfr. DE SCHUTTER, *La responsabilité des Etats dans le contrôle des sociétés transnationales: vers une convention internationale sur la lutte contre les atteintes aux droits de l'homme commises par les sociétés transnationales*, in DECAUX (dir.), cit. *supra* nt. 1, pp. 27-33.

⁴⁶ Cfr. CHEMILLIER-GENDRAU, *L'entreprise est-elle soumise aux règles du droit international?*, in SUPIOT (dir.), cit. *supra* nt. 1, pp. 87-101; STEINHARDT, *Multinational Corporations and Their responsibilities under International Law*, in STAFFORD, BELLAMY, BLECHER (eds.), cit. *supra* nt. 1, pp. 27-50; FASCIGLIONE, cit. *supra* nt. 1, pp. 29-53; 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, p. 109.

⁴⁷ V. in generale SUPIOT, *L'esprit de Philadelphie*, cit. *supra* nt. 20.

⁴⁸ Dovuto è il riferimento a BOBBIO, *L'età dei diritti*, Torino, 1990; v., più di recente, CASSESE A., *I diritti umani oggi*, Roma-Bari, 2005, pp. 3-95; BIFULCO R., cit. *supra* nt. 27, pp. 19-20; CHESSA, *La tutela dei diritti oltre lo stato. Fra «diritto internazionale dei diritti umani» e «integrazione costituzionale europea»*, in NANIA, RIDOLA (a cura di), cit. *supra* nt. 13, pp. 89-105.

Questi fattori, ben conosciuti e studiati dalla dottrina internazionalistica, meriterebbero tutt'altro approfondimento, ma era essenziale fare una breve ricognizione per poter rendere conto delle difficoltà che si incontrano in questo campo.

E così, in conseguenza di tali elementi, nell'attuale momento storico si può assistere a tendenze diverse e forse addirittura contrastanti, che, solo per amore di classificazione, possono essere così sommariamente distinte: anzitutto, data la perdurante mancanza di soggettività delle imprese, vi è una progressiva espansione, ad opera di giudici internazionali, della responsabilità degli Stati per condotte poste in essere da privati sotto il loro controllo; in secondo luogo, vi è lo sviluppo di strumenti, soprattutto di *soft law*, volti a promuovere la c.d. responsabilità sociale d'impresa (RSI); infine, vi sono tentativi di adottare strumenti di *hard law* che impongano obblighi specifici in capo alle ITN in materia di diritti fondamentali. Ovviamente non è possibile in questa sede dare conto in modo approfondito di ciascuna di queste tendenze, ma ci si limiterà a evidenziare gli elementi più interessanti ai fini del nostro studio, ovvero quelli che più sembrano contribuire alla responsabilizzazione delle ITN stesse.

3.2.a - Espansione della responsabilità degli Stati.

Il diritto internazionale classico parte da una tendenziale irresponsabilità dello Stato per fatti avvenuti fuori dalla sua giurisdizione, quest'ultima intesa in un'accezione essenzialmente territoriale. In questo senso depono chiaramente una pronuncia della Corte internazionale di giustizia, relativa al sostegno dato dagli Stati Uniti ai *contras* in Nicaragua durante gli anni '80, nella quale la Corte, pur riconoscendo il fondamentale ruolo avuto dal governo americano, non lo ritenne sufficientemente significativo da instaurare la sua responsabilità⁴⁹. Anche gli artt. 2, 5, 8, 9 e 11 del Progetto di articoli della Commissione di diritto internazionale per la responsabilità degli Stati per fatto illecito⁵⁰ depongono in questo senso: questi ultimi costruiscono la responsabilità per fatto compiuto da enti privati in termini di eccezione, generalmente fondata sull'esercizio, da parte del privato, dei poteri o funzioni statuali al di fuori del territorio dello Stato di riferimento. In definitiva, e in via di principio, allo Stato, per fatti avvenuti fuori dal suo territorio, non spetterebbe che un obbligo di astensione⁵¹.

Pur tuttavia, i diritti fondamentali, e la capacità espansiva ed unificante della retorica ad essi associata, sembrano almeno in parte riuscire ad intaccare tale impostazione di fondo: la giurisprudenza degli organi giudiziari (o para-giudiziari) associati ai più importanti trattati internazionali in materia di diritti fondamentali è infatti generalmente orientata alla progressiva espansione degli obblighi derivanti agli Stati dalla partecipazione ai trattati stessi⁵².

⁴⁹ Corte internazionale di giustizia, *Nicaragua c. Stati Uniti d'America*, 27 giugno 1986. Interessante, anche se risalente, è anche l'arbitrato tra Stati Uniti e Canada (caso *Fonderia di Trail* del 1941), in cui un tribunale arbitrale affermò la responsabilità del Canada per i danni arrecati alle coltivazioni di contadini americani dovuti alle immissioni di una fonderia che si trovava vicino al confine.

⁵⁰ Adottato nel 2001 dalla Commissione di diritto internazionale, e annesso alla risoluzione 56/83 del 12 dicembre 2001 dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite.

⁵¹ Sulla questione vi è una vasta letteratura: cfr. tra gli altri MCCORQUODALE, SIMONS, *Responsibility Beyond Borders: State Responsibility for Extraterritorial Violations by Corporations of International Human Rights Law*, in *Modern Law Review*, 2007, p. 598; ASCENSIO, *L'extraterritorialité comme instrument*, in <http://www.diplomatic.gouv.fr/>, 10 dicembre 2010; DE SCHUTTER, *La responsabilité des Etats dans le contrôle des sociétés transnationales: vers une convention internationale sur la lutte contre les atteintes aux droits de l'homme commises par les sociétés transnationales*, in DECAUX (dir.), cit. *supra* nt. 1, pp. 19 ss.

⁵² V. COOMANS, KAMMINGA (eds.), *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties*, Antwerp, 2004; MILANOVIC, *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties*, Oxford, 2013; VITERBO, *L'applicazione extraterritoriale del Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2012, p. 210; ACCONCI, *La rilevanza per le imprese multinazionali degli obblighi convenzionali in materia di diritti della persona umana*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2011, p. 299.

In questo senso – e non potendo in questa sede occuparci di altri strumenti anch’essi importanti – va segnalato il sistema regionale di protezione dei diritti fondato sulla Convenzione europea dei diritti dell’uomo (CEDU), e la significativa evoluzione della giurisprudenza della Corte di Strasburgo. Anche nell’ambito di quest’ultima il *leading case Bankovic*⁵³, relativo ad atti compiuti durante il conflitto serbo del 1999, fondava la nozione di *jurisdiction* di cui all’art. 1 della Convenzione in termini essenzialmente territoriali, escludendo in via di principio, e salvi casi eccezionali, che gli Stati parte dovessero assicurare il godimento dei diritti convenzionali anche al di fuori del loro territorio. In particolare, in base a quello che fu definito principio dell’*effective overall control*, per poter affermare la sussistenza della *jurisdiction*, e quindi l’applicazione degli obblighi convenzionali, lo Stato parte avrebbe dovuto esercitare un controllo tale da essere in grado, nella situazione data, di applicare la CEDU nella sua interezza. Questa pronuncia, che non mancò di sollevare critiche di vario genere in dottrina⁵⁴, è stata prima mitigata e poi definitivamente superata nella giurisprudenza successiva. In particolare, la Corte di Strasburgo ha con una prima serie di sentenze⁵⁵ corretto il principio dell’*effective overall control*, mitigandolo con quello dell’*authority and control*, per il quale la responsabilità dello Stato parte va valutata non solo in base al controllo generale del territorio straniero, ma anche in base all’effettivo potere di violazione dei diritti convenzionali in una data situazione. Proprio l’espansione di quest’ultimo criterio – funzionale piuttosto che territoriale – ha portato al definitivo superamento di *Bankovic*, con la sentenza *Al-Skeini*⁵⁶: in quest’ultimo caso, la Corte Edu condannò il Regno Unito per delle condotte poste in essere da truppe britanniche durante il conflitto iracheno del 2003, proprio in forza dell’*authority and control* che nel caso specifico i soldati britannici esercitavano sui civili iracheni. Addirittura, nella *concurring opinion* del giudice Bonello si arriva a prospettare il definitivo superamento della dimensione territoriale, per sostituirla con l’attuale capacità dello Stato parte di adempiere agli obblighi convenzionali in una data situazione, a prescindere dal fatto che gli eventi si svolgano all’interno o all’esterno del territorio dello Stato⁵⁷.

Va tuttavia sottolineato che questa evoluzione della giurisprudenza della Corte Edu si è avuta sì in materia di applicazione extraterritoriale degli obblighi convenzionali, ma per casi non relativi a condotte poste in essere da enti privati, ovvero da soggetti che – direttamente o indirettamente – esercitavano poteri o funzioni pubbliche⁵⁸.

Infine, e per chiudere il passaggio relativo all’espansione delle responsabilità degli Stati, va registrata la presenza nella dottrina internazionalistica di un movimento di pensiero che mira ad *estendere* (non la responsabilità degli Stati per fatti avvenuti al di fuori del loro territorio, ma) *le facoltà degli Stati stessi di*

⁵³ Corte EDU, *Bankovic e altri c. Belgio e 16 altri Stati*, 12 dicembre 2001.

⁵⁴ Soprattutto per una ritenuta contraddizione con la precedente giurisprudenza della stessa Corte Edu: cfr. Corte EDU, *Drozd and Janousek c. Francia e Spagna*, 26 giugno 1992.

⁵⁵ Corte EDU, *Issa e altri c. Turchia*, 16 novembre 2004; *Öcalan c. Turchia*, 12 maggio 2005; *Isaak e altri c. Turchia*, 28 settembre 2006.

⁵⁶ Corte EDU, *Al-Skeini e altri c. Regno Unito*, 7 luglio 2011. Cfr. MILANOVIC, *Al-Skeini and Al-Jedda in Strasbourg*, in *European Journal of International Law*, 2012, p. 121; BONFIGLIO, *L’avvicinamento della Supreme Court inglese alla giurisprudenza di Strasburgo in tema di giurisdizione extraterritoriale: appunti a margine della sentenza Smith, Ellis e Allbutt*, in www.osservatorioaic.it, 2014.

⁵⁷ Ci sembra, in queste evoluzioni, di cogliere una progressiva trasformazione del concetto e della funzione della sovranità, trasformazione sulla quale vi è peraltro una vastissima letteratura. In questa sede non possiamo nemmeno sfiorare il tema, ma ci limitiamo a segnalare BENVENISTI, *Sovereigns as Trustees of Humanity: On the Accountability of States to Foreign Stakeholders*, in *American Journal of International Law*, 2013, p. 295.

⁵⁸ In materia di applicazione extraterritoriale del diritto interno da parte dei giudici (c.d. *adjudicative extraterritorial jurisdiction*) va peraltro registrata l’opposta tendenza in ambito statunitense, almeno per quanto riguarda la materia dei diritti fondamentali: v. da ultimo il caso *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.*, 133 S. Ct. 1659, 2013), in cui la Corte Suprema ha introdotto una presunzione di applicazione territoriale e, così facendo, ha fortemente limitato la possibilità di utilizzare l’ATCA per violazioni compiute fuori dal territorio nazionale; v. anche il precedente *Morrison v. National Australia Bank*, 561 US 247 (2010).

*esercitare forme di potere (normativo o giurisdizionale) extraterritoriale. In tal modo, gli home State disposti ad imporre obblighi alle imprese sotto il loro controllo sarebbero sottratti ad una delle principali critiche che gli host State rivolgono loro, e cioè quella di violare la loro sovranità*⁵⁹.

3.2.b - La responsabilità sociale d'impresa.

Secondo alcuni, «per responsabilità sociale di impresa generalmente si intendono le prassi imprenditoriali attente a istanze non economiche [...] che costituiscono una libera scelta delle imprese»⁶⁰. In realtà proprio su quest'ultimo elemento, ovvero la sua dimensione più o meno volontaria, si incentra il dibattito circa il concetto di responsabilità sociale d'impresa (RSI): in altre parole, vi è chi ritiene (c.d. *voluntary approach*) che tali comportamenti debbano essere incentivati solo attraverso strumenti di normazione indiretta – quali, ad esempio, incentivi fiscali o clausole di esclusione nei bandi per appalti pubblici⁶¹ – e non, invece, essere oggetto di veri e propri obblighi giuridicamente sanzionati, come vorrebbero i sostenitori del c.d. *mandatory approach*. In realtà, e a livello più generale, il dibattito circa la RSI è fondamentalmente incentrato sul suo rapporto con il fenomeno giuridico in quanto tale: si tratta di obblighi che derivano alle imprese solo da una eventuale convenienza economica? Oppure essi sussistono a prescindere dal profitto che le imprese possono trarne? In quest'ultimo caso, quale è la fonte?⁶²

Lasciando da parte queste questioni, che richiederebbero un'apposita trattazione, ci preme registrare lo sviluppo a livello di diritto internazionale di una serie di strumenti di *soft law*, volti, direttamente o indirettamente, a incentivare la RSI. Si tratta, in particolare, di una serie di codici di condotta o linee-guida che prevedono l'adozione da parte delle imprese di pratiche rispettose di alcuni principi o diritti fondamentali, soprattutto in materia ambientale e lavoristica.

Di tali strumenti, i più importanti sono senza dubbio la *Tripartite Declaration Concerning Multinational Enterprises and Social Policy* dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro (OIL); le *Guidelines for Multinational Enterprises* dell'Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico (OCSE); il c.d. *Global Compact* delle Nazioni Unite; l'ISO 26000, una serie di linee guida proposte dall'Organizzazione Internazionale per gli Standard nel 2010; e – da ultimo – un complesso di direttive non vincolanti indirizzate sia agli Stati sia alle imprese, elaborate dal prof. John Ruggie in qualità di Rappresentante speciale del Segretario generale delle Nazioni Unite, e contenute in due documenti, che prendono rispettivamente il nome di UN “*Protect, Respect and Remedy*” *Framework* (del 2008) e di *Guiding Principles on Business and Human Rights* (del 2011). Questi ultimi, in particolare, hanno rappresentato in qualche modo la risposta all'*impasse* emersa in seno all'ONU dai tentativi volti a imporre direttamente obblighi in capo alle ITN, tentativi di cui tratteremo a breve.

⁵⁹ V. per tutti DE SCHUTTER, *Extraterritorial Jurisdiction as a Tool for Improving the Human Rights Accountability of Transnational Corporations*, 2006, in business-humanrights.org.

⁶⁰ PISTOIA, *Il volontarismo regolamentato nell'azione europea a sostegno della responsabilità sociale d'impresa*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2013, p. 259.

⁶¹ Cfr. ad es. ZEISEL, *The promotion of Human Rights by Selective Public Procurement under International Trade Law*, in DE SCHUTTER, cit. *supra* nt. 1, pp. 361-391.

⁶² Il dibattito sul tema è molto acceso e non può essere affrontato nemmeno incidentalmente. Tuttavia v. VOGEL, *The Market for Virtue: The Potential and Limits of Corporate Social Responsibility*, Washington, D.C., 2005; MACLEOD, *Reconciling Regulatory Approaches to Corporate Social Responsibility: The European Union, OECD and United Nations Compared*, in *European Public Law*, 2007, p. 671; BERNIS, DOCQUIR, FRYDMAN, HENNEBEL, LEWKOWICZ, *Responsabilité des entreprises et corégulation*, Bruxelles, 2007.

Ora, pur nella varietà delle soluzioni e dei concreti meccanismi con i quali gli strumenti sopramenzionati operano⁶³, e che non possono essere analizzati in questa sede, va registrata la sensazione che essi non riescano ad influire realmente sulle dinamiche interne né sulle condotte esterne delle grandi ITN⁶⁴. Più in generale, è il ricorso al *soft law* che si ritiene insufficiente: in questo senso, anche i codici di condotta interni alle imprese, che pure potrebbero fungere da “costituzione interna”, sembrano mancare di quei meccanismi di monitoraggio o comunque pressione esterna, necessari a renderli qualcosa più di una semplice dichiarazione di intenti, priva di una reale capacità vincolante⁶⁵.

Spostando l'attenzione all'ambito più specificamente europeo, la più significativa evoluzione in materia di RSI si è avuta proprio nell'ordinamento dell'UE⁶⁶. Nel 2001 il Libro Verde della Commissione, che per la prima volta si occupava della materia, accoglieva la definizione allora più diffusa e indicava la RSI come «a concept whereby companies decide *voluntarily* to contribute to a better society and a cleaner environment»⁶⁷. Esattamente dieci anni dopo, cioè nel 2011, la stessa Commissione, anche a seguito di diverse risoluzioni adottate dal Parlamento europeo, eliminava il riferimento esplicito alla dimensione volontaristica, pur dandolo in qualche modo per acquisito, e affermava che «la responsabilità sociale delle imprese riguarda gli interventi delle imprese che vanno al di là dei loro obblighi giuridici nei confronti della società e dell'ambiente». Questo passaggio, da un approccio volontaristico “puro” ad una sorta di “volontarismo regolamentato”, si è tradotto in termini pratici in una serie di misure, quali, tra gli altri, il sistema di ecogestione e *audit* (EMAS)⁶⁸; il marchio di qualità ecologica dell'UE (c.d. *Ecolabel*)⁶⁹; l'obbligo di pubblicazione di informazioni non finanziarie nei bilanci delle società di maggiori dimensioni⁷⁰.

Le misure da ultimo menzionate sono volte a creare un reticolo normativo in forza del quale le imprese siano incentivate ad adottare pratiche rispettose di alcuni diritti fondamentali, e ciò non necessariamente in virtù di un vantaggio economico immediatamente apprezzabile: *si tratta dunque di condotte – ed è importante sottolineare questo aspetto – sì volontarie, ma non spontanee*. Ciò è particolarmente evidente nel caso della direttiva sui bilanci societari: quest'ultima, ricalcando una normativa già presente nell'ordinamento francese, non impone specifici comportamenti alle società, ma semplicemente la pubblicazione, assistita dalle sanzioni in materia di falso in bilancio, di alcune condotte extrafinanziarie. È chiaro che, qualora queste condotte, pur essendo conformi alle norme giuridiche di riferimento, non soddisfino le aspettative dell'opinione pubblica o dei consumatori, si tradurranno in reazioni che possono arrivare a danneggiare seriamente l'impresa nel suo complesso. Ovviamente la forza di tale strumento è anche la sua debolezza: in altre parole, le imprese più sensibili alle pressioni dovute alla

⁶³ V. però l'interessante struttura delineata dalle *guidelines* dell'OCSE, incentrata su una rete di “punti di contatto nazionali” che, si ritiene, potrebbero svilupparsi come autorità amministrative in dialogo tra loro, e sviluppare una propria “giurisprudenza”, secondo gli schemi teorici del *global administrative law*.

⁶⁴ In questo senso, v. WNKLER, cit. *supra* nt. 1, pp. 197-214.

⁶⁵ V. sul tema TEUBNER, “Codes of conduct” delle imprese multinazionali: *effettività e legittimità*, tr. it. Napoli, 2009; WEBLEY, *The Nature and Value of Internal Codes of Ethics*, in ADDO (ed.), cit. *supra* nt. 1, pp. 107-113; BORGIA, cit. *supra* nt. 1, pp. 179-195; ma già DECAUX, *La forme et la force obligatoire des codes de bonne conduite*, in *Annuaire français de droit international*, 89, 1983, p. 81.

⁶⁶ V. in generale ACCONCI (a cura di), *La responsabilità sociale di impresa in Europa*, Napoli, 2009; FASCIGLIONE, *La responsabilità delle società multinazionali per violazioni dei diritti fondamentali nell'Unione europea*, in CALIGIURI, CATALDI, NAPOLETANO (a cura di), *La tutela dei diritti umani in Europa tra sovranità statale e ordinamenti sovranazionali*, Padova, 2010, pp. 449-474; GIGANTE, *La politica delle istituzioni comunitarie in materia di responsabilità sociale d'impresa: voluntary o mandatory approach?*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2008, p. 1992.

⁶⁷ Comunicazione della Commissione del 18 luglio 2001, “Promuovere un quadro europeo per la responsabilità sociale delle imprese”, COM(2001) 366 fin., par. 7.

⁶⁸ Reg. 2009/1221/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 novembre 2009.

⁶⁹ Reg. 2010/66/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 novembre 2009.

⁷⁰ Dir. 2014/95/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 ottobre 2014. V. MALECKI, *Publication de la directive RSE ou comment faire confiance à la gouvernance d'entreprise durable*, in *Bulletin Joly Sociétés*, 2014, p. 732.

pubblicazione delle condotte extrafinanziarie saranno quelle che fanno dell'immagine un elemento importante della propria attività (ad es. imprese del settore tessile o agroalimentare); mentre le imprese meno vulnerabili all'opinione pubblica (quali, ad es., quelle operanti nel settore estrattivo) non risentono o quasi di tali dinamiche. In questo senso, tali strumenti, per quanto efficaci in determinati settori, non smentiscono ma anzi confermano la necessità di dispositivi aventi carattere più immediatamente coercitivo-sanzionatorio.

3.2.c - Obblighi per le imprese transnazionali nel diritto internazionale.

Si è già ricordato più volte come le ITN non siano, a tutt'oggi, direttamente titolari di obblighi in base al diritto internazionale, e le relative ragioni. Si è altresì ricordato come vi siano importanti tendenze in dottrina volte a superare questo ostacolo di natura dogmatica, tentativi che fanno perno, tra le altre cose, sul fatto che le ITN sono senza dubbio titolari di diritti (sia procedurali che sostanziali⁷¹) ed esercitano un potere di fatto, al quale dovrebbe corrispondere una qualche forma di responsabilità giuridica.

Tuttavia, e sempre procedendo a volo d'aquila, si ricorda come durante i lavori per la redazione dello Statuto della Corte penale internazionale si fosse a lungo discusso circa l'opportunità di inserire anche le persone giuridiche, oltre a quelle fisiche, tra i soggetti imputabili per crimini contro la pace, crimini di guerra e crimini contro l'umanità. In questo senso, viene spesso richiamato il precedente del Tribunale di Norimberga che, pur giudicando solo persone fisiche, ricollegò in alcuni casi la responsabilità di queste ultime a condotte relative ad attività d'impresa.

Per quanto riguarda invece l'ambito ONU, il primo vero tentativo di imporre obblighi giuridicamente vincolanti alle ITN fu compiuto nel 2003: in quell'anno 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*⁷². Tale Sottocommissione aveva il mandato di codificare gli obblighi esistenti per le ITN in base al diritto internazionale, ma l'allora Commissione per i Diritti Umani (l'attuale Consiglio dei Diritti Umani) delle Nazioni Unite respinse nel 2005 le 'Norme', a causa dell'accanita opposizione venutasi a creare verso un progetto che, lungi dal "codificare" semplicemente obblighi già vigenti, innovava il tessuto normativo e, con un sostanziale salto qualitativo, non solo rendeva per la prima volta le imprese transnazionali destinatarie dirette di norme vincolanti di diritto internazionale, ma introduceva meccanismi di controllo esterni particolarmente invasivi. Il sostanziale fallimento delle 'Norme' del 2003 deve tra l'altro essere considerato tra le principali ragioni del "ritorno" al *soft law* compiuto con il *Framework* e le *Guidelines* del prof. Ruggie.

L'ultimo capitolo di questo percorso frastagliato e contraddittorio si è svolto ancora una volta in seno al Consiglio dei Diritti Umani dell'ONU, dove una ristretta maggioranza di Stati, per lo più in via di sviluppo e/o aventi posizioni in politica estera opposte a quelle degli Stati Uniti, ha approvato nel luglio 2014 una risoluzione relativa alla *Elaboration of an International Legally Binding Instrument on Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Respect to Human Rights*⁷³. Ora, non potendo sviscerare tutte

⁷¹ Cfr., in ambito CEDU, EMBERLAND, *The Human Rights of Companies: Exploring the Structure of ECHR Protection*, Oxford, 2006.

⁷² UN Doc. E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2. 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*, in *Minnesota Journal of International Law*, 2014, p. 135.

⁷³ A/HRC/RES/26/9.

le potenzialità e le problematiche racchiuse in un eventuale trattato internazionale di tal genere, è opportuno evidenziare almeno che la risoluzione conferisce un mandato notevolmente ampio all'*intergovernmental working group* che dovrà condurre i primi negoziati, senza specificare, peraltro, se gli obblighi derivanti dal trattato incomberanno sugli Stati, o direttamente sulle imprese. In altre parole, la risoluzione dà l'avvio a un processo che, se coronato da successo, potrebbe condurre ad una sorta di Protocollo di Kyoto in materia di diritti umani e imprese, sistematizzando e regolando, ad es., l'esercizio di forme potere extraterritoriale da parte degli Stati in materia *de qua*⁷⁴. Tuttavia, non si può non ricordare che gli Stati Uniti e i paesi membri dell'Unione europea privilegiano un metodo basato sulla progressiva implementazione delle *Guidelines* elaborate dal prof. Ruggie, e hanno già dichiarato la volontà di boicottare la negoziazione di un trattato che, almeno nella loro prospettiva, è percepito come divisivo e punitivo nei confronti degli interessi di cui essi si fanno portatori⁷⁵.

3.3 - Mischiare le carte: il diritto transnazionale.

Dopo aver analizzato i principali strumenti di responsabilizzazione offerti dal diritto costituzionale e dal diritto internazionale "classico", possiamo ora ad analizzare una serie di dispositivi di non facile categorizzazione, ma che, in modi diversi e per diversi motivi, possono essere considerati come strumenti del c.d. diritto transnazionale. In realtà la difficoltà deriva *ab origine* dalla ancor oggi sfuggente definizione di quest'ultimo: infatti, nel c.d. diritto transnazionale confluiscono strumenti e istituti che, in quanto tali, ben potrebbero ricadere nell'ambito degli ordinamenti interni o anche del diritto internazionale (pubblico e privato), così come, almeno per alcuni, forme di produzione giuridica "privata" (un esempio su tutti è la c.d. *lex mercatoria*); la loro caratteristica specifica, tuttavia, consiste nel produrre effetti o regolare fattispecie giuridiche che, oltrepassando i confini nazionali, in qualche modo sfuggono alle capacità regolative di più tradizionali istituti di diritto interno o internazionale. In questo senso, il diritto transnazionale comprende quello che viene definito come *global administrative law* (GAL)⁷⁶, le pratiche relative al c.d. dialogo giudiziale transnazionale⁷⁷, così come le varie forme di *transnational litigation*. Sempre ragionando in questi termini, si capisce perché autorevolissima dottrina⁷⁸ intenda il diritto transnazionale essenzialmente in due significati: anzitutto, come diritto degli ordinamenti privati extrastatali e delle organizzazioni non governative⁷⁹; in secondo luogo, come

⁷⁴ Ad es., codificando la regola del previo esaurimento dei ricorsi interni all'*host State*, che sembra trovare in certo favore nell'ambito della dottrina sviluppatasi sul tema: v. ad es. MAZIAU, *La responsabilité des personnes morales au regard des crimes majeurs contre les droits de l'homme*, in *Recueil Dalloz*, 2013, p. 1081; GATHAN, *The Alien Tort Statute and Prudential Exhaustion*, in *Cornell Law Review*, 2011, p. 1273.

⁷⁵ V., solo a titolo di esempio, la dichiarazione del rappresentante UE presso il Consiglio dei Diritti Umani delle Nazioni Unite: www.globalpolicy.org/images/pdfs/GPFEurope/HRC_resolution_Explanation_of_vote_EU.pdf.

⁷⁶ In questa sede, e solo per ragioni di spazio, non affronteremo specificamente il ventaglio di soluzioni e problematiche presentate dal GAL, pur avendo ben presente come esso costituisca oggi uno dei filoni più importanti per i sostenitori della costituzionalizzazione della *governance* globale. V., tra i numerosi studi condotti, CASSESE S., *Il diritto globale. Giustizia e democrazia oltre lo Stato*, Torino, 2009; ID., CASSESE S., *Chi governa il mondo?*, tr. it. Bologna, 2013. Per una critica, v. SOMEK, *Administration without Sovereignty*, in DOBNER, LOUGHLIN (eds.), cit. *supra* nt. 26, pp. 267-287.

⁷⁷ Il quale, per certi versi, potrebbe persino essere considerato una forma specifica di GAL. V. *ex plurimis* SLAUGHTER, *A Global Community of Courts*, in *Harvard International Law Journal*, 2003, p. 191; SLAUGHTER, BURKE-WHITE, *The Future of International Law Is Domestic (or, The European Way of Law)*, in *Harvard International Law Journal*, 2006, p. 327; ALLARD, GARAPON, *Les juges dans la mondialisation*, Paris, 2005; CASSESE S., *I tribunali di Babele. I giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale*, Roma, 2009; e, in chiave critica, DE VERGOTTINI, *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, Bologna, 2010.

⁷⁸ PIZZORUSSO, *La produzione normativa in tempi di globalizzazione*, Torino, 2008, pp. 58-70.

⁷⁹ Che utilizzano «spazi che gli ordinamenti statali e gli altri ad essi collegati tollerano, più o meno consapevolmente, che siano gestiti da parte di gruppi sociali non inseriti (o non esplicitamente inseriti) nelle organizzazioni statali o in

“circolazione di modelli giuridici”⁸⁰, a sua volta risultato dello sviluppo della scienza comparatistica e dell’influenza di quest’ultima sulle prassi degli organi giudiziari. Tuttavia ci pare che queste pur correttissime classificazioni risentano della necessità di incasellare un fenomeno del tutto nuovo in categorie già conosciute e per questo motivo più rassicuranti: *il diritto transnazionale*, al di là degli inquadramenti dogmatici al quale lo si vuole più o meno forzatamente ridurre, *può forse essere più utilmente compreso e contestualizzato guardando ad esso in termini funzionali, ovvero nel suo ruolo di veicolo per la “comunicazione giuridica” tra distinti ordini e contesti normativi globali*⁸¹.

Fatti questi generali cenni al fenomeno del diritto transnazionale, selezioneremo, seguendo la consueta metodologia “insulare” che abbiamo scelto di seguire, una serie di strumenti giuridici che non esauriscono affatto lo spettro di soluzioni possibili, ma che riteniamo particolarmente significativi ai fini della nostra ricerca.

3.3.a - La *transnational human rights litigation*. I casi Unocal-Total e Nike.

Anche le definizioni di *transnational human rights litigation* (THRL) non sono univoche⁸². Esse, in particolare, divergono in base a due parametri: la fonte del diritto e il giudice adito. In base al primo parametro, alcuni ritengono compresi nella categoria solo quei casi in cui si faccia valere un diritto riconosciuto da una fonte di diritto internazionale, mentre altri vi includono anche quelli riconosciuti nelle carte costituzionali e, più generalmente, negli ordinamenti interni; in base al secondo parametro, si potrebbe parlare di THRL solo nei casi in cui il contenzioso si svolga dinanzi a un giudice interno, mentre altri ritengono che anche i procedimenti dinanzi a un giudice internazionale vadano ricompresi nella categoria. Ai nostri fini, escluderemo questi ultimi in quanto già sono stati oggetto di analisi *supra* (§ 3.2.a), e adoteremo una nozione di THRL che tenga conto di due fattori: anzitutto, il fatto che un procedimento giudiziario non si svolga presso il giudice “naturalmente” competente in base ai classici criteri di collegamento territoriale; in secondo luogo, che il procedimento stesso sia volto alla difesa di

organizzazioni da queste derivate, o che mantengono con queste un tipo di rapporti che per lo più comportano rispetto per le funzioni da esse svolte, senza tuttavia che ciò determini una subordinazione nei loro confronti che incida direttamente sul funzionamento dei rispettivi sistemi delle fonti del diritto» (PIZZORUSSO, cit., p. 67). Peraltro lo stesso Pizzorusso ricorda come, in questa accezione, prenda sempre più piede l’espressione “diritto globale”, introdotta in ambito angloamericano e ripresa, in Europa, da importanti orientamenti di dottrina italiana, francese e belga. In questo stesso significato, secondo Maria Rosaria Ferrarese, «si possono [...] definire transnazionali quelle misure giuridiche che vengono stabilite privatamente, per regolare questioni di vario tipo, senza fare riferimento né a questioni di sovranità né a questioni di confini» (FERRARESE, *Diritto sconfinato*, cit. *supra* nt. 9, p. 65).

⁸⁰ Che si ha nei «casi in cui un giudice (o altro operatore del diritto), nella ricerca del diritto da applicare ad una fattispecie sottoposta al suo esame che egli compie in base all’ordinamento giuridico vigente nel suo paese, utilizza formanti che sono stati elaborati o utilizzati in altri paesi (*leges alii loci*) e che gli sembrano utili ai fini dell’interpretazione del diritto vigente nel suo» (PIZZORUSSO, cit. pp. 64-65). V. anche, in generale, MARKESINIS, FEDTKE, *Giudici e diritto straniero. La pratica del diritto comparato*, tr. it. Bologna, 2009; DELMAS-MARTY, *Le pluralisme ordonné et les interactions entre ensembles juridiques*, in *Recueil Dalloz*, 2006, p. 951.

⁸¹ In questo stesso senso, Kjaer afferma che «transnational law is understood as a form of inter-hierarchical law that to a large extent has emerged from, but cannot be reduced to, classical state-centered international law. A form of law that takes a radically different form and fulfills a different societal function than intra-hierarchical law because its central societal function is the structuring of the transfer of meaning components (*Sinnkomponente*) between contexts. Transnational law is the law of the *Zwischenwelten* (“in between worlds”)». V. KJAER, *The Metamorphosis of the Functional Synthesis: A Continental European Perspective on Governance, Law and the Political and Transnational Space*, in *Wisconsin Law Review*, 2010, p. 493.

⁸² V. ACEVES, *Liberalism and International Legal Scholarship: The Pinochet Case and the Move Toward a Universal System of Transnational Law Litigation*, in *Harvard International Law Journal*, 2000, p. 129; KOH, *Why Transnational Law Matters*, in *Faculty Scholarship Series*, Paper 1793, 2006, p. 745. Con specifico riguardo all’ATCA, v. YOUNG, *Universal Jurisdiction, the Alien Tort Statute, and Transnational Public Law Litigation after Kiobel*, in *Duke Law Journal*, 2015. Più in generale, e per un’analisi di tipo comparatistico, v. SCOTT (ed.), *Torture as Tort: Comparative Perspectives on the Development of Transnational Human Rights Litigation*, Oxford, 2001.

un diritto fondamentale, del quale non sia necessariamente titolare colui che in concreto agisce, e quale che sia la fonte (di diritto interno o di diritto internazionale) che lo riconosce.

In termini processuali, dunque, i casi di THRL richiedono l'applicazione di norme di diritto internazionale privato, in particolare per quanto riguarda l'individuazione del foro competente e della legge applicabile. Inoltre, spesso accade che un procedimento di THRL sia il risultato dell'esistenza (anche inavvertita) di norme, all'interno dell'ordinamento del giudice adito, che comportano l'esercizio di potere extraterritoriale (normativo o processuale)⁸³.

Ancora, va registrato come la THRL rappresenti l'evoluzione e in qualche modo l'internazionalizzazione⁸⁴ della c.d. *public interest* (o *public law*) *litigation*, ovvero delle forme di contenzioso, nate a partire dagli anni '60 negli Stati Uniti (dove, si ricorda, l'istituto della giuria è ancora molto radicato), in cui si ricorre al giudice non solo o non tanto per ottenere un immediato risultato in termini giuridici (risarcimento del danno o condanna dell'imputato), ma soprattutto per sollevare dibattito ed portare evoluzioni in settori politico-giuridici che coinvolgono una comunità nel suo insieme. Allo stesso modo, la THRL è orientata il più delle volte ad accertare la verità sui fatti storicamente avvenuti e a creare pressione sulle varie istituzioni e poteri della *governance* globale, tramite la mobilitazione dell'opinione pubblica⁸⁵. Infine, val la pena sottolineare che anche il caso Texaco-Chevron, affrontato in precedenza, ben avrebbe potuto essere ricompreso nelle THRL, ma si è preferito analizzarlo *supra* per le specificità che presentava in termini di diritto costituzionale.

Andando oltre, ci concentreremo ora su quello che forse ancora oggi rappresenta, per la varietà di istituti e ordinamenti coinvolti, il caso più significativo in materia di imprese transnazionali: l'affare Unocal-Total⁸⁶.

Riducendo all'osso i fatti, a partire dal 1995 le compagnie Unocal (statunitense) e Total (francese) parteciparono alla costruzione di un impianto petrolifero (*Yadana Project*) nelle acque territoriali del Myanmar (Birmania), governato da una giunta militare fin dal 1962. Durante i lavori di costruzione di parte di un oleodotto che avrebbe collegato l'impianto alla Thailandia, la giunta stessa, con l'attiva partecipazione e complicità di Total e Unocal, commise gravissime violazioni dei diritti fondamentali delle minoranze etniche che occupavano il territorio interessato dai lavori: tra queste ultime, tortura, violenze sessuali, lavoro forzato ed esecuzioni sommarie.

Già nel 1996, un gruppo di rifugiati fece causa alla Unocal e alla Total presso la *District Court* di San Francisco, ancora sulla base dell'ATCA. L'azione nei confronti della società francese fu da subito dichiarata inammissibile per mancanza di *personal jurisdiction*, ma dopo due anni di raccolta di prove e di testimonianze, e due gradi di giudizio, nel 2002 la *9th Circuit Court of Appeal* accolse il ricorso contro la Unocal e, con una motivazione particolarmente attenta a ricostruire i fatti storici, permise l'apertura del vero e proprio *jury trial*. In particolare, la corte riconobbe la responsabilità della società in base all'ATCA secondo uno standard di complicità (c.d. *aiding and abetting*) elaborato per la prima volta nell'ambito della giustizia penale internazionale, e trasposto in ambito interno grazie al rinvio che

⁸³ V. DE SCHUTTER, *Extraterritorial Jurisdiction as a Tool for Improving the Human Rights Accountability of Transnational Corporations, background paper to the seminar held on 3-4 November 2006 within the mandate of prof. Ruggie, the Special Representative to the UN Secretary General on the issue of human rights and transnational corporations and other enterprises*, 2006.

⁸⁴ V. CUMMINGS, *The Internationalization of Public Interest Law*, in *Duke Law Journal*, 2008, p. 891; GARAPON, PAPADOPULOS, *Juger en Amérique et en France*, Paris, 2003, pp. 229-231.

⁸⁵ V. FRYDMAN, HENNEBEL, *Le contentieux transnational des droits de l'homme: une perspective stratégique*, in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2009, p. 73.

⁸⁶ *Doe I v. Unocal Corp.*, 395 F.3d 932 (9th Cir. 2002). V. *ex plurimis* DE SCHUTTER, *Les affaires Total et Unocal: complicité et extraterritorialité dans l'imposition aux entreprises d'obligations en matière de droits de l'homme*, in *Annuaire Français de Droit International*, 2006, p. 55; FRYDMAN, HENNEBEL, *Translating Unocal: The Liability of Transnational Corporations for Human Rights Violations*, 2009, in <http://ssrn.com/abstract=1922188>; THOMPSON, RAMASASTRY, TAYLOR, *Translating UNOCAL: The Expanding Web of Liability for Business Entities Implicated in International Crimes*, in *George Washington International Law Review*, 2009, p. 841.

l'ATCA fa al *law of nations*⁸⁷. In questo modo, anche un ente privato, quale appunto la Unocal, può essere considerato responsabile per violazioni dei diritti fondamentali compiute in complicità con organi che esercitano potestà pubbliche (nel caso di tortura), e finanche quando manchi la c.d. *state action* (nel caso di crimini ancora più gravi, quali ad es. riduzione in schiavitù e genocidio): in questo senso, il giudice americano adottò un'interpretazione estensiva di lavoro forzato, qualificando quest'ultimo come una sorta di "moderna schiavitù", e quindi aprendo la strada alla responsabilità dell'impresa anche in assenza di complicità con organi statali.

Tuttavia, il caso Unocal, nonostante rappresenti ancor oggi il più grande successo ottenuto dalla ATCA *litigation* nei confronti delle ITN, non si concluse con una pronuncia definitiva nel merito: nel dicembre 2004 le parti annunciarono di aver raggiunto un accordo (*settlement*), i cui termini specifici, pur molto favorevoli ai ricorrenti, sono ancora oggi sconosciuti.

L'interesse della vicenda consiste però anche nel fatto che gli stessi avvenimenti storici diedero vita ad altri e distinti procedimenti giudiziari in Europa continentale, nei confronti della francese Total, e questa volta con strumenti di diritto penale.

In Francia nel 2002 alcuni cittadini birmani, tramite una *advocacy* NGO specializzata in RSI (*Sherpa*), denunciarono alla procura di Nanterre i vertici della Total⁸⁸ e si costituirono come parte civile nel relativo procedimento penale. Tuttavia, all'esito di una prima fase di indagini, il procuratore, non ritenendo che i fatti rientrassero in alcuna delle fattispecie penali previste dall'ordinamento francese, chiese l'archiviazione, accogliendo l'eccezione opposta dalla stessa Total – nel frattempo costituitasi – in base alla quale le prove raccolte, relative a confinamenti forzati, non includevano la fattispecie di lavoro forzato. La richiesta di archiviazione fu però respinta dal giudice istruttore, che ingiunse al procuratore di continuare le indagini; tale ultima ingiunzione fu a sua volta impugnata dal procuratore dinanzi alla Corte d'Appello di Versailles, che la respinse definitivamente. Il procuratore si vide così costretto a continuare le indagini, ma il procedimento non arrivò mai alla fase del dibattimento, perché nel novembre 2005 le parti raggiunsero un accordo, e il giudice istruttore accettò infine l'archiviazione nel giugno 2006. Si tratta dunque di una vicenda processuale ben diversa da quella svoltasi negli Stati Uniti: anche se entrambe si sono concluse con un accordo stragiudiziale, nel caso americano i giudici hanno accertato in una lunga e ben argomentata *opinion* alcuni fatti storici, e si sono pronunciati sulle condizioni e sulla misura della responsabilità della ITN per violazione dei diritti fondamentali; nel caso francese le testimonianze raccolte nella fase delle indagini non sono entrate a far parte di una vera e propria sentenza, e l'intera vicenda si è focalizzata su questioni di carattere procedurale, senza una pronuncia relativa alla responsabilità delle imprese in relazione ai diritti fondamentali. Ancora, e tale ultimo elemento sembra particolarmente significativo per quanto riguarda la diversa cultura giuridica dei due paesi, negli Stati Uniti il caso Unocal fu salutato come un vero e proprio successo per la causa dei diritti fondamentali, mentre in Francia l'accordo raggiunto e la conseguente archiviazione delle indagini sollevò numerose critiche nei confronti della NGO che aveva promosso l'azione⁸⁹.

⁸⁷ Il parametro dell'*aiding and abetting* era stato utilizzato per la prima volta in ambito interno, e anche se nei confronti di persone fisiche, nel caso *Kadic v. Karadzic*: v. CLAPHAM, JERBI, *Categories of Corporate Complicity in Human Rights Abuses*, in *Hastings International and Comparative Law Review*, 2001, p. 339.

⁸⁸ La responsabilità penale delle persone giuridiche, presente nell'ordinamento penale francese fin dal 1994, era stata estesa ad alcune fattispecie relative ai diritti umani solo con una modifica del 2001, e non poteva quindi essere applicata, in forza del principio di irretroattività della legge penale, a fatti avvenuti tra il 1995 e il 1998.

⁸⁹ Va ricordato per completezza che il caso Total diede luogo a un procedimento giudiziario anche in Belgio, peraltro molto più complesso rispetto a quello francese, sulla base della *Loi relative à la repression des violations graves au droit International humanitaire* (c.d. legge di competenza universale) del 1993, come modificata nel 1999: è solo per ragioni di spazio che in questa sede non ci occupiamo della vicenda, che pure presenta aspetti di notevole interesse.

Per chiudere con la THRL, ci occuperemo ora di un caso famosissimo, oggetto ormai di studio nelle scuole di *management*, che mostra in modo evidente in quali inaspettati modi possa operare questa forma di contenzioso, anche sulla base di disposizioni che nulla hanno a che fare con i diritti fondamentali. Si tratta del caso Nike⁹⁰, nel quale un privato cittadino californiano (attivista della NGO *Fair Labor Association*) fece causa al colosso degli articoli sportivi, in base alla legge californiana in materia di concorrenza sleale e pubblicità ingannevole. La Nike aveva infatti negli anni precedenti pubblicato, nell'ambito della propria politica di relazioni esterne, una serie di dichiarazioni e *report* che affermavano il rispetto dei diritti (condizioni e orario di lavoro, salario minimo, assicurazione sanitaria etc.) dei lavoratori impiegati nella sua filiera, dichiarazioni che non trovavano riscontro nella realtà delle fabbriche dei suoi fornitori, in particolare nel Sud-Est asiatico. Per questi motivi, e nonostante non vi fosse alcuna violazione delle disposizioni in materia lavoristica riconducibile alla Nike in quanto tale, quest'ultima fu costretta trovare un accordo (pagando 1,5 milioni di dollari alla NGO), a nulla essendo valso il tentativo, anche dinanzi alla Corte Suprema, di far rientrare quelle dichiarazioni nella *freedom of speech* garantita nel primo emendamento della Costituzione americana.

Nonostante il costo relativamente modesto dell'accordo, il caso, e la sua fallimentare gestione da parte dell'azienda, arrecò un danno enorme in termini d'immagine, e creò un vero e proprio terremoto aziendale, nell'ambito del quale il CEO Philip Knight fu costretto alle dimissioni. La Nike non pubblicò alcun *report* fino al 2005, anno in cui, cambiando strategia, si è trasformata in una delle ITN più attive nell'ambito della RSI, tra l'altro arrivando a supportare l'estensione di pratiche rispettose dei diritti fondamentali anche ai suoi più diretti *competitors*.

Per concludere, ci sentiamo di osservare come il caso Nike sia emblematico anche in un altro senso: le grandi ITN, che si avvalgono della concorrenza fra ordinamenti, dell'apertura dei mercati e delle proprie complesse strutture societarie per evitare di esser responsabili in base ai diritti nazionali, si trovano a *far fronte ad aspettative nei loro confronti che, pur non essendo fondate su norme di alcun ordinamento di diritto positivo statale, rimandano ad un comune sentire in termini di giustizia sostanziale*. In altre parole, nel vuoto di tutela che si è creato in conseguenza della globalizzazione economica, sono i soggetti che si trovano ad occuparlo con il loro potere a dover soddisfare le aspettative di coloro che a quel potere sono sottoposti: si tratta di una situazione assolutamente inattesa, ma alla quale le ITN non possono sottrarsi. In questo senso la THRL trasforma varie forme di *soft law* (quali, ad esempio, *reports* e codici di condotta interni) in un diritto molto più *hard* (sia consentita l'espressione) di quanto non si pensi, costringendo le imprese a internalizzare le proprie dichiarazioni e i codici di condotta (pubblici o privati), e limitando le c.d. esternalità negative, ovvero gli effetti potenzialmente distruttivi che le loro attività hanno su altri sistemi sociali. In una parola, e seguendo un approccio teorico che si avrà modo di analizzare meglio *infra*, ad auto-costituzionalizzarsi⁹¹.

4. - Critica.

⁹⁰ *Kasky v. Nike*, 45 P 3d 243 (Cal. 2002); *Nike v. Kasky*, 27 Cal 4th 939 (SCt Cal. 2002); *Nike v. Kasky* 123 SCt 2554 (SCt US 2003). Peraltro, a rigore, il caso *Nike*, coinvolgendo parti statunitensi e basandosi su una legge californiana, non è un caso di THRL: lo diventa però se si guarda ai suoi effetti, ovvero nella prospettiva funzionale che abbiamo scelto nell'analisi del *transnational law*. V. JOSEPH, cit. *supra* nt. 33, pp. 101-111; MCBARNET, *Corporate social responsibility beyond law, through law, for law: the new corporate accountability*, in MCBARNET, VOICULESCU, CAMPBELL (eds.), cit. *supra* nt. 31, pp. 501-526.

⁹¹ V. TEUBNER, "Codes of conduct" delle imprese multinazionali, cit. *supra* nt. 65; ID. *L'auto-constitutionnalisation des entreprises transnationales ? Sur les rapports entre les codes de conduite « privés » et « publics » des entreprises*, in SUPPIOT, cit. *supra* nt. 1, pp. 71-83.

Come già detto, questa lunga raccolta dati si rendeva necessaria per sottoporre a verifica le ricostruzioni avanzate in materia di ‘costituzionalizzazione del diritto internazionale’. Nel far questo, non potremo esporre queste ultime nel modo compiuto che meriterebbero, né potremo analizzarle tutte, ma cercheremo piuttosto di evidenziare i punti di criticità che gli “strumenti della responsabilità” fanno emergere. Inizieremo proprio dalle posizioni che più si mostrano ostili nei confronti del fenomeno in quanto tale; in seguito sottoporremo a verifica un altro approccio che, ammettendolo, cerca di plasmarlo e declinarlo secondo le proprie modalità.

4.1 - Posizioni scettiche.

Si è già accennato all’esistenza di un importante filone nella dottrina costituzionalistica, italiana e straniera, particolarmente scettico verso la possibilità stessa che possano essere replicate a livello globale le funzioni specifiche di garanzia dei diritti e separazione dei poteri (in una parola, di limitazione del potere), storicamente svolte dal costituzionalismo moderno⁹². In particolare, questa dottrina lega indissolubilmente o quasi l’esperienza del costituzionalismo a quella dello sviluppo e dell’affermazione dello Stato moderno, e in particolare del monopolio della forza legittima esercitato da quest’ultimo in un determinato territorio. Sarebbe proprio l’elemento territoriale, il *limite* fisico, inteso non come mera delimitazione del campo di vigenza spaziale delle norme di un dato ordinamento, ma in senso fondativo, come “radice” di un *nomos* costituzionale e valoriale che, pur senza essere escludente verso il diverso, costituisca una barriera a lesioni portate ai diritti fondamentali così come riconosciuti in costituzione, quest’ultima da intendersi in senso “forte”, ovvero come contro-condotta capace di opporsi a poteri esterni, non appartenenti alla comunità politico-giuridica di cui quella costituzione è espressione. In tal senso, una costituzione viene considerata come tale solo se, oltre a *porsi* a fondamento della politica, riesce a *imporsi* a essa.

Si tratta di posizioni che in qualche modo si richiamano, pur rielaborandolo e adattandolo allo Stato di democrazia pluralista⁹³, al pensiero di Carl Schmitt⁹⁴, e al legame posto da quest’ultimo tra *nomos* ed elemento territoriale, in opposizione alle teorie kelseniane che, riducendo il diritto ad artificiali (e trascendentali) concatenazioni di norme (che siano disposte “a piramide” o “a ragnatela”, in questa sede non rileva), lo rende adattabile a contesti giuridici de-territorializzati, quali appunto quelli transnazionali. Non solo. Di Schmitt (e di Heller⁹⁵) si recupera anche la sovranità politica come momento di decisione fondativa di un determinato ordine, e ancora una volta come argine a poteri esterni. Ciò, di nuovo, in contrasto con le posizioni che, sempre sull’onda del normativismo kelseniano⁹⁶, tendevano a liberarsi del concetto di sovranità, riducendolo ad un antiquato e pericoloso reperto della modernità, di cui occorre sbarazzarsi⁹⁷. Gli eccessi della globalizzazione, al contrario, avrebbero mostrato come la

⁹² V. *ex plurimis* AZZARITI, cit. *supra* nt. 26; IRTI, cit. *supra* nt. 12; RONCHETTI, cit. *supra* nt. 2, pp. 115 ss.; GRIMM, cit. *supra* nt. 28; LOUGHLIN, *What is Constitutionalisation?*, in DOBNER, LOUGHLIN, cit. *supra* nt. 26.

⁹³ In questo senso, v. AZZARITI, *Critica della democrazia identitaria. Lo Stato costituzionale schmittiano e la crisi del parlamentarismo*, Roma-Bari, 2005; RONCHETTI, cit. *supra* nt. 2, pp. 192-197.

⁹⁴ V. in particolare SCHMITT, *Il nomos della terra nel diritto internazionale dello «jus publicum europaeum»*, tr. it. Milano, 1991; ID., *Le categorie del ‘politico’*, tr. it. Bologna, 1972.

⁹⁵ V. HELLER, *La sovranità ed altri scritti sulla dottrina del diritto e dello Stato*, tr. it. Milano, 1987.

⁹⁶ V. KELSEN, *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale. Contributo per una dottrina pura del diritto*, tr. it. Milano, 1989; ID., *La pace attraverso il diritto*, tr. it. Torino, 1990.

⁹⁷ In quest’ottica, l’assorbimento della sovranità trascina con sé anche il potere costituente che, inteso come atto politico primigenio, sovrano e a-normato, si esaurisce nel momento stesso in cui è stato esercitato: V. FERRAJOLI, *La sovranità nel mondo moderno. Nascita e crisi dello Stato nazionale*, Milano, 1995; DOGLIANI, cit. *supra* nt. 13, pp. 318 ss.; BADIE, *Un monde sans souveraineté. Les Etats entre ruse et responsabilité*, Paris, 1999.

sovranità possa svolgere ancora nel XXI secolo una funzione fondamentale nel preservare i diritti garantiti dalle costituzioni⁹⁸.

Tale filone, quando non arriva a supportare vere e proprie forme di de-globalizzazione (in un ritorno ad una sorta di *jus publicum europaeum* globale), in sostanza propone di ovviare alla crisi del costituzionalismo per mezzo di una sua ri-nazionalizzazione e ri-politicizzazione, in modo tale che le istituzioni nazionali, nuovamente vivificate con il coinvolgimento di gruppi sociali (partiti, sindacati etc.) e opinione pubblica, e per mezzo di leggi costituzionali e dell'attività dei parlamenti, possano tornare a svolgere il ruolo che loro spetta.

Ora, a voler applicare tale prospettiva al problema specifico delle ITN, le decisioni che abbiamo descritto *supra* al § 3.1, come già evidenziato, sembrano essere paradigmatiche del contributo che gli strumenti di giustizia costituzionale possono dare: talvolta i giudici interni, sposando interpretazioni assiologicamente orientate dei propri testi costituzionali, e ponendo questi ultimi come contro-condotta rispetto al potere esercitato dalle istituzioni della globalizzazione, danno prevalenza ai diritti garantiti nell'ordinamento interno. Nel far questo, non solo affermano il proprio *nomos*, ma lo proiettano nello spazio giuridico transnazionale, influenzando prassi e interpretazioni di altri attori globali, in un processo di "apprendimento" di tipo *bottom-up* che, tra gli altri effetti, può contribuire al superamento della "schizofrenia" da cui è affetto il diritto internazionale contemporaneo.

Tuttavia, tali strumenti, come si è già evidenziato, riescono a dispiegare tutto il proprio potenziale solo laddove siano espressione di uno Stato che abbia una massa critica tale da resistere efficacemente a pressioni esterne, in quanto controlli un mercato al quale le grandi ITN non possono rinunciare.

In questo senso, pare che la dimensione politica (ed economica) della sovranità preceda quella – giuridica – degli strumenti offerti dalla costituzione, e influenzi l'efficacia di questi ultimi. Detto in altre parole, *uno Stato non è sovrano semplicemente perché si dichiara tale o perché ha una costituzione, ma perché ha i mezzi (anche economici) per sostenere tale sovranità a fronte delle istituzioni della globalizzazione*. Se manca questo elemento, ci sembra che non vi sia referendum, legge costituzionale, sentenza o coinvolgimento di corpi sociali che possa garantire protezione ai diritti fondamentali. In un contesto differente, ma comunque utile ai nostri fini, ci sembra che i recenti avvenimenti greci siano lì a dimostrarlo.

Riconoscere questa realtà non significa però appiattirsi rispetto ai nuovi poteri globali, ma impegnarsi nell'esplorare strade nuove che si affianchino, *senza sostituirsi*, al più tradizionale armamentario offerto dalle costituzioni nazionali. D'altronde, il diritto costituzionale (e in particolare la giustizia costituzionale) è riuscito ad affermarsi definitivamente negli ordinamenti interni anche grazie al superamento di alcune vischiosità dogmatiche legate all'esperienza liberale: se oggi si pretendesse di rimanere ancorati ad una supposta purezza e ad una certa nozione di costituzione, si tradirebbe proprio quell'afflato liberatorio che del costituzionalismo è la prima ragion d'essere, e si rischierebbe di vederlo morire per una sorta di accanimento nella terapia sbagliata.

4.2 - Nuovi sentieri. L'esempio del costituzionalismo societario e la necessità di approcci ibridi.

Nuove strade, quindi. Ma quali? Come limitare i nuovi poteri globali, e in particolare quello delle ITN, al di là dei tradizionali strumenti offerti dal diritto costituzionale?

⁹⁸ V. il recente lavoro di DE GIOVANNI, *Elogio della sovranità politica*, Napoli, 2015, attento comunque a distinguere la propria posizione sia dal normativismo kelseniano sia dal decisionismo schmittiano.

Ora, non potendo in questa sede analizzare i numerosi approcci teorici⁹⁹, ci vogliamo concentrare sulla ricostruzione che ci sembra racchiudere le maggiori potenzialità e che, allo stesso tempo, “incrocia” tutti gli strumenti della responsabilità che abbiamo analizzato finora: il c.d. costituzionalismo societario. Tale filone teorico ha oggi il suo capofila in Gunther Teubner il quale, partendo dalla teoria dei sistemi sociali di Luhmann, ha progressivamente sviluppato una teoria autopoietica del diritto, che nei suoi più recenti lavori ha applicato al fenomeno della costituzionalizzazione dei regimi transnazionali privati, concepiti come autonomi sotto-sistemi sociali¹⁰⁰.

In breve, secondo lo studioso tedesco, quello dell’economia costituirebbe un autonomo sotto-sistema sociale transnazionale, cui farebbero capo le ITN, dotato di un proprio ordinamento giuridico e di un proprio *medium* comunicativo (il profitto), al pari di altri, come ad es. il sotto-sistema politico (cui farebbero capo gli Stati), che avrebbe come proprio *medium* il potere. Ora, proprio come il sistema politico (gli Stati) è stato costituzionalizzato tra l’800 e il 900, sarebbe possibile assistere a un fenomeno simile anche nei regimi transnazionali privati, tramite un processo di auto-costituzionalizzazione indotto da pressioni esterne che, senza incidere sulla loro autonomia, innescano un “apprendimento” interno¹⁰¹. In altre parole, il sistema politico (diritto statale e internazionale) non dominerebbe gli spazi giuridici privati, ma sarebbe in grado di influenzarli.

Ora, se ad autorevole dottrina costituzionalistica quest’ultimo punto sembra particolarmente problematico, in quanto vi vede la «definitiva rinuncia all’afflato prescrittivo proprio del costituzionalismo moderno» e «la sua riconduzione a una rassegnata valenza meramente ricognitiva»¹⁰², si ritiene tuttavia di particolare importanza il contributo di una teoria che, nonostante alcune criticità (sulle quali ci soffermeremo brevemente *infra*), offre una chiave di interpretazione generale dei fenomeni cui si assiste nello spazio globale. E, si badi, *descrivere* (quella che si ritiene) *una realtà non significa crearla, né legittimarla in quanto tale*¹⁰³. In questo senso, *quello di Teubner si pone come una sorta di costituzionalismo del possibile*¹⁰⁴: egli descrive quelle che a suo avviso sono le modalità con le quali un sistema sociale (nel nostro caso, quello dell’economia globale) può costituzionalizzarsi, e nel far ciò non

⁹⁹ Particolarmente rilevante, come già si è detto, è l’approccio del *global administrative law*, ma in questa sede si è costretti fare una selezione.

¹⁰⁰ La produzione di Teubner è particolarmente ampia, e a molti lavori si è già fatto cenno *supra*. La prima applicazione approfondita e ragionata della teoria dell’autopoesi alle grandi ITN si trova già ne *Il diritto come sistema autopoietico*, tr. it. Milano, 1996; tra i lavori più recenti, v. TEUBNER, *La cultura del diritto nell’epoca della globalizzazione. L’emergere delle costituzioni civili*, Roma, 2005; ID., *Nuovi conflitti costituzionali*, cit. *supra* nt. 15. Per una breve ma efficace ricostruzione del suo pensiero, v. ZAMPINO, *La differenziazione funzionale di Gunther Teubner alla prova della crisi economica globale*, in BAZZICALUPO, TUCCI (a cura di), cit. *supra* nt. 21, pp. 131-138. Tuttavia il fondatore del *societal constitutionalism* può essere considerato SCIULLI, del quale v. *Theory of Societal Constitutionalism*, Cambridge, 1992.

¹⁰¹ Senza voler scendere nel dettaglio, Teubner parla di una “generalizzazione” e “rispecificazione” dei diritti fondamentali (intesi come contro-poteri interni ad un determinato sotto-sistema sociale), ovvero di un loro adattamento alla razionalità propria del sistema sociale di riferimento (v. *Nuovi conflitti costituzionali*, cit. *supra* nt. 15, pp. 149-157).

¹⁰² AZZARITI, cit. *supra* nt. 26, p. 45.

¹⁰³ In questo senso v. BIFULCO R., *Recensione a Gaetano Azzariti, Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?*, Bari, Laterza, 2013, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2014, p. 1128, secondo il quale «si può anche concordare con la tesi di Azzariti secondo cui il giurista non può aspirare alla ‘purezza’ scientifica per quello che l’A. definisce un fondamentale dato *puramente scientifico*, vale a dire la stretta connessione tra piano dell’essere e quello del dover essere nel campo della scienza giuridica. Da ciò non segue però che il costituzionalista che si limiti a descrivere l’emersione di un distacco tra norma e realtà sia, solo per questo, da biasimare» (pp. 1134-1135).

¹⁰⁴ V. TEUBNER, *Il costituzionalismo della società mondiale: cinque tesi sulle costituzioni degli spazi sociali transnazionali*, in BARCELLONA, DI MARIA (a cura di), cit. *supra* nt. 26, pp. 81-82: «l’obiettivo sarebbe quello di combinare in modo brillante e con un po’ di fortuna l’autocontrollo commerciale, economico e politico. [...] Perciò è prevista una costituzionalizzazione sperimentale. Il programma sarebbe: *esercitare la pressione dall’esterno significa che l’autocontrollo della politica, e quello del diritto e degli altri sottosistemi producono distorsioni dell’economia possano lavorare insieme nella direzione desiderata*. E questo non è da pronosticare, bensì solo da sperimentare.»

esclude affatto interventi del diritto statale, ma ritiene comunque necessarie forme di regolamentazione “ibride”¹⁰⁵.

Infatti, se si interpretano i dati raccolti *supra* con i mezzi teorici forniti dal costituzionalismo societario, ci si accorge che, accanto agli strumenti più classici forniti dal diritto statale e da quello internazionale, sono proprio gli strumenti di *soft law*, le interpretazioni evolutive degli organi giudiziari, le iniziative prese nell’ambito della RSI, e la THRL che possono contribuire a creare quelle pressioni esterne e quella “regolamentazione ibrida” di cui parla Teubner: ancora una volta, non si tratta di sostituire al diritto costituzionale classico una sorta di costituzionalismo premoderno e privo di capacità prescrittiva; si tratta piuttosto di affiancare ad esso misure (se non più raffinate, sicuramente) più adatte al nuovo contesto degli spazi giuridici transnazionali.

Tutto ciò non vuol dire, ovviamente, nascondere le debolezze di queste ultime misure. Ad alcune si è già fatto cenno, ma vogliamo ricordarne brevemente altre.

Anzitutto, una costituzionalizzazione indotta dall’evoluzione di un dialogo giudiziale transnazionale sconta l’imprevedibilità e la mancanza di controllo democratico sugli organi giudiziari, che peraltro arrivano spesso a prendere decisioni in netto contrasto con le tradizioni costituzionali e alcuni diritti fondamentali, come mostrano, solo a titolo di esempio, le decisioni prese dai tribunali arbitrali nell’ambito del diritto internazionale degli investimenti.

Allo stesso modo, si è già mostrato come gli strumenti della RSI sembrano essere efficaci soprattutto nei confronti delle ITN particolarmente dipendenti dalla reputazione del proprio *brand*, e più in generale dalle fluttuazioni di mercato. Stesso discorso potrebbe valere per la THRL, un’esperienza legata in modo indissolubile alla cultura giuridica di *common law* (statunitense) e che, per una serie di ragioni¹⁰⁶, risulta di gran lunga meno efficace, ove trasposta nelle culture di *civil law*, o in ambito internazionale.

In definitiva, pur con i suoi limiti, il costituzionalismo societario sembra poter svolgere una feconda opera compensativa (e non sostitutiva) rispetto alle insufficienze di un diritto costituzionale statocentrico: approccio ibrido che ha però bisogno di un’attuazione concreta, di decisioni consapevoli che partano da un ‘dove’, da – se si passa l’espressione – una sorta di “punto di irradiazione globale”.

5. - Una possibilità per l’Europa.

¹⁰⁵ V. ancora TEUBNER, *Il costituzionalismo della società mondiale*, cit. *supra* nt. 104, pp. 80-81: «da conseguenza non era una semplice regolamentazione statale rafforzata, ma il rafforzamento delle possibilità di apprendimento in questo processo di apprendimento evolutivo [...]. Se ciò riesca grazie ad una costituzione finanziaria mondiale attraverso regimi transnazionali [...], o attraverso la cooperazione internazionale [...] o tramite un nuovo protezionismo degli Stati nazionali e delle regioni rimane per ora una questione aperta»; e ancora: «è necessaria una “regolamentazione ibrida” nel senso che *il potere statale, ma anche un contro-potere sociale proveniente da altri ambienti (media, discussione pubblica, protesta spontanea, intellettuali, movimenti di protesta, O.N.G., sindacati) esercitano una pressione esterna così massiccia sull’economia finanziaria, che siano effettivamente efficaci antolimitazioni del commercio economico* [corsivo di chi scrive]».

¹⁰⁶ In ordine sparso: l’assenza, nei paesi di *civil law*, di *contingency fees* e di *law clinics* o *advocacy NGOs* (che permettono anche ai meno abbienti di intraprendere costosissime azioni giudiziarie contro colossi come le ITN), così come il rischio di vedersi addebitate le spese legali o, peggio, di essere imputati per lite temeraria. Un’altra differenza, forse la più importante, consiste nel fatto che nei paesi di *civil law* gli ambiti in cui si svolge il contenzioso di THRL sono spesso “assorbiti” da fattispecie di diritto penale, con varie conseguenze: la gestione dell’azione è affidata in via quasi monopolistica agli organi della pubblica accusa, a loro volta solitamente emanazione dell’esecutivo; l’applicazione extraterritoriale della legge penale conosce limiti più importanti rispetto al diritto civile; il diritto penale riconosce generalmente maggiori garanzie all’imputato e pone *standard probatori* particolarmente gravosi. Infine, la *public interest litigation*, di cui la THRL è una forma, ha senso nella misura in cui incide su un’opinione pubblica deliberante: come noto, nello spazio transnazionale quest’ultima è particolarmente debole, se non del tutto assente. V. per queste analisi comparatistiche STEPHENS, *Translating Filártiga: A Comparative and International Law Analysis of Domestic Remedies for International Human Rights Violations*, in *Yale Journal of International Law*, 2002, p. 2. V., per un giudizio più favorevole nei confronti della *litigation* presso le corti europee, GOLDHABER, *Corporate Human Rights Litigation in Non-U.S. Courts: A Comparative Scoreboard*, in *UC Irvine Law Review*, 2013, p. 127.

Secondo l'efficace espressione di Natalino Irti, «il diritto ha bisogno del 'dove'»¹⁰⁷. Ma quale? Come detto, le ITN devono poter essere legate ad un *nomos* che, imponendosi ad esse, le responsabilizzi e che sia allo stesso tempo capace di spingerle ad una auto-costituzionalizzazione. Si tratta quindi di cercare, né più né meno, una qualche forma di ri-territorializzazione del diritto ad esse applicabile.

In questo senso, ci sembra che l'Europa (intesa in senso lato, e quindi ricomprendendo ordinamenti interni, ordinamento UE e il sistema che fa capo alla CEDU) possa costituire un laboratorio di eccezionale interesse, avendo a disposizione una serie di strumenti di particolare efficacia per imporre alle ITN il rispetto dei diritti fondamentali¹⁰⁸.

Anzitutto, nonostante le evidenti difficoltà che l'UE ha in altri ambiti, soprattutto sul piano dell'integrazione politica¹⁰⁹, e sulle quali torneremo, non si può negare che essa rappresenti un successo sul piano dell'integrazione giuridica, tanto da essere considerata un vero e proprio modello, per il coinvolgimento di differenti piani ordinamentali, circuiti giudiziari e culture giuridiche nell'applicazione interna di norme di derivazione internazionale o sovranazionale¹¹⁰. L'Europa dispone infatti, almeno potenzialmente, delle tradizioni, delle strutture (e in parte, anche delle funzioni) costituzionali idonee a imporsi alle istituzioni della globalizzazione e alle ITN in particolare. In ciò, si badi, non ha un ruolo di secondo piano il fatto che molte delle principali ITN abbiano sede negli Stati europei e che, a prescindere dalla sede, non possano rinunciare al mercato che l'Unione controlla. In tal senso, si vuol rimarcare ancora una volta l'importanza della "massa critica" economica per poter intraprendere qualunque tipo di discorso in tema di responsabilizzazione delle ITN.

Così, e procedendo in ordine sparso, è solo in forza di questa struttura che l'UE può imporre alle imprese di maggiori dimensioni un certo dovere di pubblicazione relativo ad attività extrafinanziarie o, in futuro, un più pregnante dovere di vigilanza in capo alle società capogruppo sugli atti delle società controllate, sul modello di una normativa da poco introdotta in Francia¹¹¹. Ancora, l'ordinamento UE dispone di uno strumento giuridico che, come sottolineato da più parti, potrebbe svolgere la stessa funzione svolta dall'ATCA negli Stati Uniti: si tratta del reg. CE/44/2001 (c.d. regolamento Bruxelles I), poi sostituito dal reg. UE/1215/2012, recentemente entrato in vigore, il quale permette a chiunque (anche a cittadini non europei) di convenire in giudizio per il risarcimento del danno extracontrattuale qualsiasi società avente sede o domiciliata in uno Stato membro¹¹², anche per fatti svoltisi al di fuori dell'Unione. Infine, l'UE ha sperimentato in vari settori, e con discreto successo, tecniche normative che, pur insistendo su soggetti o fattispecie territorialmente localizzati nell'Unione, hanno l'effetto di influenzare le condotte o le pratiche di altri attori a livello globale¹¹³.

Accanto a questi strumenti normativi, vanno evidenziati anche i *trend* giurisprudenziali: oltre alla già segnalata propensione della Corte Edu ad estendere in senso extraterritoriale gli obblighi derivanti agli

¹⁰⁷ IRTI, cit. *supra* nt. 12, p. 3.

¹⁰⁸ Ovviamente vi è una enorme letteratura sulle funzioni e potenzialità costituzionali dell'UE. Ci sentiamo tuttavia di segnalare il tuttora illuminante PINELLI, cit. *supra* nt. 5, pp. 183 ss.

¹⁰⁹ Ovviamente la letteratura sul tema è sterminata. Tuttavia segnaliamo *L'Europe au risque de ses paradoxes. Analyses et propositions*, n° speciale di *incidence10*, autunno 2014.

¹¹⁰ V. SLAUGHTER, BURKE-WHITE, *The Future of International Law Is Domestic (or, The European Way of Law)*, cit. *supra* nt. 77.

¹¹¹ 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.

¹¹² Si tratta comunque di uno strumento che rispetto all'ATCA presenta non poche differenze (sulle quali v. FASCIGLIONE, cit. *supra* nt. 66, pp. 466-469), e la cui efficacia è influenzata dalle già evidenziate difficoltà della *public interest litigation* nei paesi di *civil law*.

¹¹³ In questo senso, si è parlato di una *territorial extension* piuttosto dell'esercizio di una vera e propria *extraterritorial jurisdiction*: v. SCOTT, *Extraterritoriality and Territorial Extension in EU Law*, in *American Journal of Comparative Law*, 2014, p. 87. Più in generale, sulle potenzialità di proiezione globale dell'ordinamento UE: BRADFORD, *The Brussels Effect*, in *Northwestern University Law Review*, 2012, p. 1.

Stati dalla Convenzione, si sottolinea la progressiva tendenza della Corte di Giustizia UE e della Corte Edu (e anche di alcuni giudici europei interni) a “rompere il velo” delle strutture societarie e ad applicare all’impresa nel suo complesso normative di settore (soprattutto *antitrust*)¹¹⁴; in ciò va segnalata un’importante differenza rispetto alla giurisprudenza statunitense che, al contrario, rispettando il dato formale delle diverse personalità giuridiche, tende ad imputare alle società capogruppo gli atti delle controllate solo in forza di standard di controllo e/o complicità particolarmente difficili da dimostrare in giudizio¹¹⁵.

Spostando l’attenzione e allargando la prospettiva, va registrato come il ruolo dell’UE nello spazio giuridico globale stia progressivamente mutando. Fino a tutti gli anni ’90, infatti, e sull’onda dell’allora prevalente euroentusiasmo, l’UE, al di fuori della materia del mercato comune, era percepita e si dichiarava come un’organizzazione attenta e rispettosa dei diritti fondamentali e, più in generale, del diritto internazionale: vi fu addirittura chi definì l’UE come una *human rights organization*¹¹⁶. In questo senso, l’UE era considerata, da un lato, come un riuscito esempio di mercato comune e, dall’altro, come il veicolo per il rispetto dei diritti fondamentali di derivazione internazionale: in altre parole, il limite esterno dell’ordinamento UE era in qualche modo estremamente “poroso” rispetto alle istanze esterne. Da allora molte cose sembrano cambiate. Al di là dell’insuccesso del trattato costituzionale, a tutti noto, e di una maggiore consapevolezza dei limiti dell’integrazione europea, messi in luce, ad esempio, dalla crisi economico-finanziaria e dall’emergenza legata al fenomeno migratorio, vari studi sembrano mostrare come l’UE sia maggiormente incline a imporre all’esterno un proprio ordine – se non proprio costituzionale – giuridico: l’accennato utilizzo di tecniche normative con effetti extraterritoriali, l’affermazione di limiti all’ingresso di risoluzioni del Consiglio di sicurezza ritenuti in contrasto con alcuni diritti così come tutelati nello spazio giuridico europeo¹¹⁷ e, più in generale, una minore predisposizione al rispetto di alcuni trattati internazionali sono tutti elementi che concorrerebbero a mostrare come l’ordinamento UE stia diventando molto meno “poroso”, e più pronto a trasformarsi da mero “spazio giuridico” a un vero e proprio *nomos*, e come la Corte di Giustizia UE tenda a considerarsi sempre più come una vera e propria corte costituzionale¹¹⁸. In questo processo, peraltro, si assiste a tendenze opposte negli Stati Uniti che, al contrario, limitano progressivamente le proprie interferenze extraterritoriali¹¹⁹, almeno nell’ambito dei diritti fondamentali¹²⁰: questo fenomeno, che a prima vista

¹¹⁴ Si tratta del c.d. *unity of concern approach*: v. DE SCHUTTER, *The Accountability of Multinationals for Human Rights Violations in European Law*, in ALSTON (ed.), cit. *supra* nt. 1, pp. 276-81; MEERAN, *The Unveiling of Transnational Corporations: A Direct Approach*, in ADDO (ed.), cit. *supra* nt. 1, pp. 161-170; e già MILLER, *Piercing the Corporate Veil among Affiliated Companies in the European Community and in the U.S.: A Comparative Analysis of U.S., German, and U.K. Veil-Piercing Approaches*, in *American Business Law Journal*, 1998, p. 36.

¹¹⁵ V. JOSEPH, cit. *supra* nt. 33, pp. 129-143.

¹¹⁶ V. sul tema VON BOGDANDY, *The European Union as Human Rights Organization? Human rights and the Core of European Union*, in *Common Market Law Review*, 2000, p. 1307; ALSTON, *Diritti umani e globalizzazione. Il ruolo dell’Europa*, tr. it. Torino, 1999; BESSON, *The European Union and Human Rights: Towards a Post-national Human Rights Institution?*, in *Human Rights Law Review*, 2006, p. 323. Più di recente, e per un’elaborazione in chiave problematica, v. FERRARO, *Lo spazio giuridico europeo tra sovranità e diritti fondamentali. Democrazia, valori e rule of law nell’Unione al tempo della crisi*, Napoli, 2014, in particolare pp. 85-139.

¹¹⁷ A tal proposito è fondamentale, anche se non relativo alla materia delle ITN, il caso *Kadi*, sul quale v., *ex plurimis*, DE BÚRCA, *The European Court of Justice and the International Legal Order After Kadi*, in *Harvard International Law Journal*, 2010, p. 1.

¹¹⁸ Su queste evoluzioni v. in particolare DE BÚRCA, *International Law Before the Courts: The European Union and the United States Compared*, in *Virginia Journal of International Law*, 2015, p. 55; KIRSHNER, *Why is the U.S. Abdicating the Policing of Multinational Corporations to Europe? Extraterritoriality, Sovereignty and the Alien Tort Statute*, in *Berkeley Journal of International Law*, 2012, p. 259.

¹¹⁹ V. da ultimo il caso *Kiobel* (cui si è fatto riferimento *supra*, nt. 58), che si inserisce in un più generale movimento della giurisprudenza statunitense, teso a limitare l’applicazione extraterritoriale del diritto interno da parte dei giudici (c.d. *adjudicative extraterritorial jurisdiction*): v. GROSSWALD CURRAN, *La jurisprudence récente de la Cour suprême des États-Unis sur l’extraterritorialité et d’autres questions d’importance internationale*, in *Revue Dalloz*, 2014, p. 2473. Al contrario, gli effetti extraterritoriali delle normative interne (c.d. *extraterritorial normative jurisdiction*) in materia di regolazione economica risultano sempre più penetranti: v. GARAPON, SERVAN-SCHREIBER (dir.), *Deals de justice. Le marché américain de l’obéissance mondialisée*, Paris, 2013.

potrebbe apparire paradossale¹²¹, deve essere letto piuttosto come un necessario ri-bilanciamento dei ruoli svolti dalle due sponde dell'Atlantico nella regolazione dei poteri economici globali e delle ITN.

Ora, ci sembra che proprio su quest'ultimo aspetto si debba insistere, ancora una volta: *la trasformazione della linea esterna dello spazio giuridico UE in un limite propriamente ordinamentale, politico e sovrano*, che riesca non solo a opporsi ai poteri esterni, ma a imporsi a questi ultimi; ciò, si badi, vale sia per gli strumenti più tradizionalmente coercitivo-sanzionatori, sia per quelli volti alla auto-costituzionalizzazione delle ITN: in altre parole, ci sembra che non sia possibile esercitare “pressioni esterne” sui regimi transnazionali privati se non partendo da prelieve “strutture di potere” e, in particolare, dai soggetti che controllano le “strutture di sicurezza”, ovvero proprio gli Stati¹²². Questi ultimi, proprio grazie al monopolio della forza legittima che esercitano su un determinato territorio, si pongono come necessari ai traffici economici delle ITN che, in questo senso, mantengono una natura in qualche modo parassitaria. Da questo punto di vista, se si vuol individuare una debolezza nel pensiero di Teubner, riteniamo che non ci si debba concentrare tanto su una supposta legittimazione di poteri di fatto, o sulla deriva verso una sorta di costituzionalismo descrittivo, ma sull'almeno apparente equiparazione qualitativa dei *medium* comunicativi propri di ciascun sotto-sistema sociale: quello del potere (nell'ambito politico) e quello del profitto (nell'ambito economico)¹²³.

Portando avanti il discorso, ci sembra che quello europeo sia l'ordinamento potenzialmente più idoneo a svolgere questa doppia funzione di *difesa* e di *proiezione esterna* dei diritti fondamentali. La trasformazione da spazio giuridico a vero ordinamento politico è però ancora lontana da compiersi, ed è sottoposta a continue tensioni e inversioni di rotta. In questo senso, non può non destare preoccupazione la previsione, nel trattato di libero scambio in corso di negoziazione tra UE e gli Stati Uniti, della possibilità per le imprese di convenire direttamente in giudizio gli Stati dinanzi a tribunali arbitrali, laddove invece agli individui non è riconosciuto lo stesso diritto e, soprattutto, le ITN continuano a non essere direttamente obbligate dalle fonti di diritto internazionale.

Ancora, non si può certo pensare che la funzione di *difesa* possa essere svolta *soltanto* da illuminate *élites* giudiziarie in dialogo tra loro: in questo senso, non si tratta solo di sottolineare le più o meno numerose sentenze “sbagliate”, e di metterle sulla bilancia con quelle “corrette”¹²⁴, ma di ricordare che il costituzionalismo moderno è, prima ancora che uno strumento tecnico-giuridico, una forza storica, un vero e proprio movimento politico e, come tale, o è percepito e condiviso culturalmente nelle pubbliche opinioni deliberanti, o lentamente muore¹²⁵. È per questo motivo, e al di là di qualunque

¹²⁰ Mentre l'ingresso nell'ordinamento USA di fonti esterne, soprattutto nel campo dei diritti fondamentali, è sempre stato fortemente limitato: v. in generale IGNATIEFF (ed.), *American Exceptionalism and Human Rights*, Princeton, 2005.

¹²¹ Cfr. KAEB, SCHEFFER, *The Paradox of Kiobel in Europe*, in *The American Journal of International Law*, 2013, p. 852.

¹²² Si usa qui una terminologia utilizzata da ROBÉ (cit., *supra* nt. 1, pp. 7 ss.), a sua volta introdotta in STRANGE, *States and Markets*, London, 1988.

¹²³ Come se profitto e altri *medium* comunicativi non costituissero, a loro volta e sempre, i linguaggi di (micro)poteri che si dipanano a livello capillare nella società: in ciò, sembra che Teubner, a sua volta influenzato da Luhmann, non colga la densità del fenomeno “potere” così come esplicitato nel pensiero di Foucault, del quale invece dice: «il problema di Foucault è l'ossessiva fissazione sul fenomeno del potere, che lo porta a gonfiarne il concetto in modo assurdo» (TEUBNER, *Nuovi conflitti costituzionali*, cit. *supra* nt. 15, p. 167, nt. 382). Ci sembra in definitiva che, anche ammettendo una scissione dell'individuo a seconda del sistema sociale di riferimento, e quindi una moltiplicazione delle sue “persone” (quella politica, quella economica etc.) non solo vi sia una gerarchia tra queste ultime, ma anche una loro necessaria ricomposizione intorno a un *medium* comunicativo prevalente (generalmente, il potere politico).

¹²⁴ V. ad es. BIFULCO D., *Insolvenza transfrontaliera, forum shopping giudiziario e questioni di giustizia distributiva. I diktat interpretativi della Corte e le ragioni del dissenso giudiziale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2012, p. 4871.

¹²⁵ In questo senso, ci sembra di fondamentale importanza la presenza di una “costituzione in senso funzionale”, così come delineata da DOGLIANI, *Sulla necessità di affiancare alla distinzione tra «costituzione in senso formale e materiale» quella tra «costituzione in senso strutturale e funzionale»*, in BARCELLONA, DI MARIA (a cura di), cit. *supra* nt. 26, pp. 85-98. Sui potenziali pericoli di una “denazionalizzazione” del diritto costituzionale v. DE BÚRCA, GERSTENBERG, *The Denationalization of Constitutional Law*, in *Harvard International Law Journal*, 2006, n. 47, p. 243.

statocentrismo metodologico, che il ruolo dei corpi sociali e dei circuiti partecipativi non può essere sottovalutato, soprattutto quando si tratti delle politiche in materia di ITN.

Detto in altre parole, e pur ribadendo la loro insufficienza nell'imporre una qualche forma di responsabilità in capo agli attori globali (e da qui l'esigenza di affiancare ad essi approcci "ibridi", e di percorrere strade nuove), ci sembra che gli strumenti di partecipazione democratica (sia quelli più tradizionali sia, addirittura, i cd. movimenti di protesta) conservino una funzione essenziale nella difesa giuridica e prima ancora culturale dei valori fondanti il costituzionalismo moderno¹²⁶.

Difesa, ma anche *proiezione esterna*, si è detto. I due aspetti sono indissolubilmente legati, e riteniamo che i diritti fondamentali, così come storicamente affermatasi nella tradizione del costituzionalismo europeo, possano essere garantiti nell'epoca degli spazi giuridici globali solo se l'Europa stessa sarà capace di trasmettere anche al di fuori di sé stessa la "visione del mondo" che le deriva dalla sua storia costituzionale. Così, e solo per limitarsi ad alcuni esempi, ci sembra che proprio il trattato in materia di imprese e diritti umani, che potrebbe concludersi a seguito dell'accennata risoluzione 26/9 del Consiglio dei diritti umani dell'ONU, sia un'occasione preziosa per estendere a livello transnazionale il rispetto dei diritti fondamentali, e che in tale ambito l'UE potrebbe e dovrebbe svolgere un ruolo di primo piano. Ancora più feconde, anche se non è possibile svilupparle in questa sede, ci sembrano poi quelle proposte interpretative che, fondandosi sul diritto all'accesso al giudice come riconosciuto dall'art. 13 CEDU, mirano a far diventare i tribunali europei case aperte a tutti coloro che non vedano tutelati i propri diritti nel mondo, introducendo una sorta di "dovere di ospitalità giudiziaria" in capo agli Stati parte della Convenzione¹²⁷; allo stesso modo, le pratiche interpretative volte a "rompere il velo" della persona societaria in caso di violazione di diritti fondamentali, facendo emergere la responsabilità dell'impresa in quanto tale, potrebbe avere un dirompente effetto di *spill-over*, se si affermassero definitivamente nella prassi delle corti europee.

Negli obiettivi e negli esempi descritti, peraltro, si è perfettamente consapevoli come i diritti della persona umana siano lontani dall'essere (almeno culturalmente) universali¹²⁸, e che anzi essi possano tradursi in forme di neo-colonialismo o protezionismo da parte dei paesi economicamente sviluppati, quando non di vero e proprio imperialismo giuridico¹²⁹. Riteniamo a tal proposito che uno dei ruoli fondamentali dei giuristi (e dei costituzionalisti in particolare) sia proprio l'azione frenante verso tali derive strumentali: in questo, non si tratta di essere di ostacolo a politiche (più o meno) democraticamente legittimate ma, più semplicemente, di contribuire a tenere la tradizione costituzionale europea fedele a se stessa¹³⁰.

¹²⁶ A questo proposito, ci sembra attuale e ragionevole lo spettro di proposte, che in questa sede non può essere approfondito, delineato da ALLEGRETTI, cit. *supra* nt. 25, pp. 224-271. V. anche ALLEGRETTI, CARETTI, *Riforma costituzionale, globalizzazione, "treaty-making power" e partecipazione italiana al processo di integrazione europea*, in *Diritto Pubblico*, 1997, p. 649; a proposito dei movimenti sociali, cfr. ALGOSTINO, *Democrazia, rappresentanza, partecipazione. Il caso del movimento No Tav*, Torino, 2011, in particolare pp. 99-146; e ANDERSON, *Societal Constitutionalism, Social Movements, and Constitutionalism from Below*, in *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 2013, p. 881.

¹²⁷ V. FRYDMAN (*L'hospitalité judiciaire*, in *Justice et cosmopolitisme*, séminaire de philosophie du droit 2006-2007, organizzato dall'*Institut des Hautes Études sur la Justice*, disponibile in www.philodroit.be), il quale in realtà mira a dimostrare l'esistenza di un diritto universale di accesso alla giustizia, basato sulle fonti di diritto internazionale dei diritti umani (in particolare, gli artt. 8 della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo del 1948; 2 co. 3 del Patto internazionale sui diritti civili e politici del 1966; e, appunto, gli artt. 13 e 6 co. 1 CEDU in combinato disposto).

¹²⁸ Cfr. in generale ALGOSTINO, *L'ambigua universalità dei diritti. Diritti occidentali o diritti della persona umana?*, Napoli, 2005.

¹²⁹ Basti pensare, per limitarsi soltanto all'ambito economico, all'uso distorto delle politiche c.d. di condizionalità, sulle quali v. ad es. RONCHETTI, cit. *supra* nt. 2, pp. 95-102. Più in generale, sui pericoli relativi alla retorica dei diritti umani, v. IGNATIEFF, *Human Rights as Politics and Idolatry*, Princeton, 2001; 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.

¹³⁰ Senza voler sollevare, neanche di sfuggita, un tema di enorme profondità teologico-politica, ci arrischiamo tuttavia a ipotizzare che in questo senso il giurista, e più in generale il diritto (costituzionale), possa incarnare quel "potere frenante"

Ciò nonostante, non sembra che sia del tutto possibile evitare il rischio di imporre ad altre culture giuridiche e politiche i diritti fondamentali come affermatosi nella tradizione europea; in questo senso, non si può dimenticare che il diritto è, tra le tante cose, uno strumento di risoluzione dei conflitti, conflitti tra opposti interessi e, appunto, tra diversi modi di intendere i rapporti sociali e umani in una determinata comunità, sia essa locale, nazionale o globale. In una parola, di intendere il diritto¹³¹.

In definitiva, riteniamo che le possibilità di una effettiva responsabilizzazione delle ITN dipenderanno, almeno nel medio termine, dalla capacità della struttura Europa (con tutte le sue giunture ordinamentali) di rimanere fedele a se stessa e alla propria tradizione costituzionale, riuscendo però allo stesso tempo a re-inventarla, adattandone (non i principi e gli scopi, ma) gli strumenti alle esigenze degli spazi giuridici globali. Solo così facendo, e coinvolgendo altri “punti di irradiazione” in una nobile gara verso l’alto¹³², si potranno preservare i diritti (e il diritto) così come ci sono stati consegnati dalla migliore modernità.

(*katechon*) cui si fa riferimento nella paolina *Seconda lettera ai Tessalonicesi* (2, 6-7) e che, «trattenendo il male, impedisce anche al bene ultimo di manifestarsi» (cfr. ESPOSITO, cit. *supra* nt. 15, p. 84). Sul tema v. *ex plurimis* SCHMITT, *Il nomos della terra*, cit. *supra* nt. 94, pp. 42-47 (che lo identifica con l’impero cristiano); CACCIARI, *Il potere che frena. Saggio di teologia politica*, Milano, 2013; ESPOSITO, cit. *supra* nt. 15, pp. 69-89; d’altronde lo stesso Supiot costruisce l’intero fenomeno giuridico, almeno per come si è affermato in Occidente, come una tecnica *d’interposition et d’interdit* (cfr. SUPIOT, cit. *supra* nt. 12).

¹³¹ Sul diritto come strumento di risoluzione dei conflitti, cfr. in generale AZZARITI, *Diritto e conflitti. Lezioni di diritto costituzionale*, Roma-Bari, 2010. Per le possibilità del diritto di risolvere conflitti che nascono tra sotto-sistemi sociali dotati di differenti razionalità, v. già TEUBNER, *Diritto policontesturale: prospettive giuridiche della pluralizzazione dei mondi sociali*, tr. it. Napoli, 1999, pp. 46-55. Sulla possibilità e convenienza di integrare diversi orizzonti culturali e morali (*moralities*) nel sistema internazionale di protezione dei diritti umani, v. ancora BUCHANAN, cit. *supra* nt. 6, pp. 249-273.

¹³² Vogliamo far risuonare qui le sempre attuali parole di EINAUDI, che nelle sue *Lezioni di politica sociale* (Torino, 1949) scriveva: «così pure possiamo e perciò dobbiamo far sì che il mercato utilizzi le sue buone attitudini a governare la produzione e la distribuzione della ricchezza entro certi limiti, che noi consideriamo giusti e conformi ai nostri ideali di una società, nella quale tutti gli uomini abbiano la possibilità di sviluppare nel modo migliore le loro attitudini, e nella quale, pur non arrivando alla eguaglianza assoluta, compatibile solo con la vita dei formicai e degli alveari - che per gli uomini si chiamano tirannidi, dittature, regimi totalitari - non esistano diseguaglianze eccessive di fortune e di redditi. Perciò noi dobbiamo darci buone leggi, buone istituzioni, creare un buon sistema di istruzione accessibile e adatto alle varie capacità umane, creare buoni costumi. Dobbiamo perciò cercare di essere uomini consapevoli, desiderosi di venire illuminati e di istruirci e dobbiamo, in una nobile gara, tendere verso l’alto. Il mercato [...] può dare risultati [...] stupendi se noi sapremo perfezionare e riformare le istituzioni, i costumi, le leggi, entro le quali esso vive allo scopo di toccare più alti ideali di vita. Lo potremo se vorremo».