

Parte I

L'OBBLIGO DELLO STATO DI PROTEGGERE GLI INDIVIDUI DALLE VIOLAZIONI DEI DIRITTI UMANI COMPIUTE DALLE IMPRESE

Sommario: 1. Premessa. – 2. La ‘multidimensionalità’ delle norme sui diritti umani. – 3. Gli obblighi degli Stati in materia di diritti umani con riguardo alle attività delle imprese. – 3.1. Gli obblighi positivi degli Stati e l’esercizio di attività d’impresa. – 3.2. Obblighi positivi di risultato e obblighi positivi di *due diligence* dello Stato e l’esercizio di attività d’impresa. – 3.3. Gli obblighi positivi di risultato dello Stato e l’esercizio di attività d’impresa: un quadro di sintesi. – 3.4. Gli obblighi positivi di *due diligence* e l’esercizio di attività d’impresa: un quadro di sintesi. – 4. Il problema dell’applicazione extraterritoriale dell’obbligo dello Stato di proteggere alle attività transnazionali delle imprese. – 5. Le funzioni regolamentari e quelle di *policy* dello Stato. – 5.1. L’adozione di norme legislative volte a disciplinare il rispetto dei diritti umani da parte delle imprese. – 5.1.1. Le normative che stabiliscono obblighi di rendicontazione e di trasparenza per le imprese: le legislazioni nazionali sulle forme moderne di schiavitù. – 5.1.2. Le legislazioni che fissano obblighi di vigilanza (*due diligence*) in materia di diritti umani: le normative settoriali dei Paesi Bassi e della Svizzera. – 5.1.3. Le normative che fissano obblighi generali di *due diligence*: la legge francese del 2017 sul ‘dovere di vigilanza’ delle imprese. – 5.1.3.1. L’ambito di applicazione della legge francese. – 5.1.3.2. Il sistema di rimedi: la messa in mora e la responsabilità da risarcimento danni delle imprese per omessa vigilanza. – 5.1.4. Le legislazioni della Germania e della Norvegia. – 5.1.5. L’ordinamento italiano: la responsabilità amministrativa delle persone giuridiche ed il d.lgs. n. 231 del 2001. – 5.1.6. L’ordinamento italiano: le azioni di classe. – 5.1.7. La futura direttiva UE in materia di *corporate sustainability due diligence*. – 5.2. Le norme che disciplinano la creazione delle imprese, quelle che ne regolano le operazioni ed i doveri degli amministratori delle società. – 5.3. L’adozione di politiche volte a promuovere il rispetto dei diritti umani da parte delle imprese. – 5.4. Le misure volte ad incoraggiare il reporting aziendale in materia di diritti umani: i doveri di trasparenza ed il c.d. ‘Comply and Explain’ Model. – 6. Il nesso Stato-imprese: i legami tra lo Stato e le attività delle imprese. – 6.1. Le imprese statali e quelle controllate dallo Stato. – 6.2. Le agenzie statali che forniscono supporto e servizi alle attività delle imprese. – 6.3. Le imprese statali che esercitano funzioni pubbliche: la privatizzazione di servizi pubblici. – 6.4. Gli appalti pubblici e le transazioni commerciali con imprese ed altri soggetti privati. – 7. L’obbligo dello Stato di proteggere in relazione alle operazioni economiche delle imprese in aree affette da conflitto. – 8. Il dovere di assicurare la coerenza delle politiche statali. – 8.1. La capacità delle istituzioni statali di influenzare la condotta delle imprese. – 8.2. La coerenza delle politiche in relazione agli accordi sugli investimenti conclusi dagli Stati e la partecipazione alle Organizzazioni multilaterali. – 9. L’attuazione dei Principi Guida a livello nazionale: i Piani d’azione nazionale su impresa e diritti umani. – 9.1. I Piani d’azione nazionale su impresa e diritti umani in Europa ed in Italia.

1. Premessa

I protagonisti del primo Pilastro dei Principi Guida ONU sono le autorità statali con il loro *duty to protect*, cioè l'obbligo di proteggere gli individui dalle violazioni dei diritti umani che si verificano nell'ambito delle operazioni economiche delle imprese. Il contenuto del primo Pilastro (Principi 1-10), a ben vedere, consiste in un gruppo di disposizioni – suddivise in *Principi fondativi* (Principi 1 e 2) e *Principi operativi* (Principi 3-10) – che da un lato sono meramente 'ricognitive' degli obblighi internazionali che incombono sugli Stati alla luce dei trattati universali e regionali in materia di diritti umani¹ e, dall'altro lato, provvedono ad indirizzare agli Stati alcune raccomandazioni per indurli ad agire in base determinate modalità e in specifici settori allo scopo di promuovere il rispetto dei diritti umani da parte delle imprese.

- ▶ Ai sensi del Principio 1 «gli Stati hanno l'obbligo di proteggere gli individui dalle violazioni dei diritti umani compiute, all'interno del loro territorio e/o della loro giurisdizione, da parte di terzi, incluse le imprese. Ciò richiede l'adozione di misure appropriate per prevenirle, oppure, qualora esse si verificano, investigare su di esse, punirne gli autori, e porre loro rimedio, attraverso l'uso di efficaci strumenti politici, legislativi, amministrativi e giudiziari».

Da un punto di vista logico-sistematico il primo Pilastro racchiude due grandi aree collegate alla presenza di obblighi di protezione a carattere generale e obblighi di protezione a carattere operativo. Il Principio 3 descrive le funzioni generali dello Stato sia di tipo regolamentare che di tipo politico, esistenti in materia. Si tratta di un'area che come già evidenziato racchiude le misure volte ad assicurare la coerenza generale dell'ordinamento interno dello Stato e delle sue linee politiche nella prospettiva della protezione degli individui dalle violazioni dei diritti umani compiute dalle imprese². In tale area, lo Stato opera pertanto in qualità di 'regolatore generale' con il compito di organizzare l'ordinamento interno in modo da creare un sistema (normativo, amministrativo e giudiziario) astrattamente in grado di proteggere gli individui dalle violazioni dei diritti umani che si verificano nell'ambito delle operazioni economiche delle imprese. Insomma, allo Stato è richiesto a tal fine di intervenire in modo strutturale e sistemico sull'ordinamento interno e disciplinare interi settori come, ad esempio, il diritto societario, l'ordinamento giuslavoristico, la normativa ambientale, la normativa sulla sicurezza sul lavoro, quella sull'accesso alla quotazione in borsa delle imprese. In questo ambito l'attuazione del *duty to protect* statale passa attraverso un insieme di misure che gli Stati devono prevedere e che il commentario al Principio 3 definisce un 'insieme intelligente di misure' (c.d. *smart mix of measures*), da adottare sia a livello nazionale sia a livello internazionale e aventi tanto natura vincolante quanto natura non vincolante.

¹ Nei documenti elaborati nel corso del suo mandato, il Rappresentante speciale su imprese e diritti umani ha utilizzato la terminologia *restatement* proprio per enfatizzare siffatta caratteristica.

² Ad esempio, i Piani d'azione nazionale su impresa e diritti umani (v. *infra*).

Una seconda area attiene invece a specifiche fattispecie caratterizzate dal rischio di violazioni dei diritti umani da parte delle imprese in cui gli Stati giocano per diversi motivi un ruolo. I Principi 4 e seguenti sono dedicati a tali fattispecie che includono la privatizzazione da parte dello Stato dell'erogazione di servizi che possono avere un impatto negativo sul godimento dei diritti umani; il sistema degli appalti pubblici e quello delle concessioni rilasciate ad operatori privati; le operazioni economiche condotte dalle imprese in aree di conflitto; il ruolo dello Stato nell'ambito degli accordi commerciali e sugli investimenti. In tutte queste situazioni agli obblighi di protezione di carattere generale dello Stato possono aggiungersi, come vedremo meglio più avanti, ulteriori obblighi di carattere specifico.

In questa Parte I passeremo in rassegna fondamento giuridico, ambito di applicazione e contenuto del *duty to protect* statale in modo da rispondere, a due interrogativi: a) che tipo di condotta è richiesta agli Stati per adempiere siffatto obbligo? e b) quali misure concrete sono necessarie per soddisfarlo?

2. La 'multidimensionalità' delle norme sui diritti umani

La risposta ai due interrogativi richiede l'analisi di una questione preliminare. Le norme in materia di diritti umani definiscono l'insieme degli obblighi internazionali che pendono sugli Stati alla luce dei trattati internazionali, a carattere universale – come il Patto sui diritti civili e politici ed il Patto sui diritti economici, sociali e culturali, entrambi del 1966 – o a carattere regionale – come la CEDU – oppure alla luce del diritto internazionale consuetudinario. Una delle caratteristiche delle norme sui diritti umani risiede nella loro *multidimensionalità*. Tale termine viene utilizzato in una duplice accezione. La prima accezione intende porre in risalto il fatto che da ciascuna norma scaturisce un ventaglio di obblighi di natura differente per i destinatari cui esse si indirizzano. Varie classificazioni sono state proposte per identificare il contenuto di queste tipologie di obblighi.

- In estrema sintesi, una prima classificazione distingue tra obblighi negativi e obblighi positivi. I primi (associati generalmente ai c.d. diritti di *prima generazione* – i diritti civili e politici), impongono agli Stati di astenersi dall'intervenire nella sfera individuale. I secondi (associati generalmente ai c.d. diritti di *seconda generazione* – i diritti economici sociali e culturali) impongono agli Stati di porre in essere certe azioni, certe prestazioni, intervenendo nei rapporti interindividuali in modo da assicurare la piena e completa garanzia dei diritti umani. Mentre la distinzione in esame ha trovato terreno fertile nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, la giurisprudenza delle altre corti regionali sui diritti umani e quella dei meccanismi di monitoraggio dell'ONU, ripresa poi da buona parte della dottrina, ha preferito utilizzare invece un'ulteriore e differente classificazione basata sulla *tripartizione* in obblighi di rispettare, proteggere e realizzare (c.d. *respect, protect e fulfil*)³. Per quanto riguarda

³ La tripartizione è stata proposta, sia pure con leggere varianti, rispettivamente da H. Shue, *Basic*

l'obbligo di *rispettare*, esso si sostanzia nel dovere degli Stati di astenersi dall'interferire con il godimento dei diritti umani attraverso atti o misure che ne violino la garanzia. Siffatto obbligo si applica a qualsiasi organismo statale che eserciti funzioni legislative, esecutive, giudiziarie o di altro tipo. Con riferimento all'obbligo di *proteggere*, esso impone agli Stati di proteggere individui e gruppi di individui dalle violazioni perpetrate da altri attori e richiede, quindi, che essi adottino tutte le misure atte ad assicurare che le condotte di *terze parti* non interferiscano con il godimento dei diritti umani. Infine, l'obbligo di *realizzare* presuppone il dovere degli Stati di adottare misure programmatiche per facilitarne progressivamente il godimento da parte di individui o gruppi di individui.

La seconda accezione di *multidimensionalità* delle norme sui diritti umani rinvia, invece, al loro carattere multi-relazionale. Si intende, in altri termini, sottolineare la circostanza che ciascuna norma sui diritti umani si indirizza ad una potenziale *pluralità di destinatari*, una pluralità di soggetti obbligati.

L'idea della molteplicità dei destinatari passivi delle norme sui diritti umani si basa sulle radici giusnaturalistiche dei diritti umani e sulla funzione di argine rivestita da tali garanzie nei confronti delle interferenze provenienti dai 'poteri forti'. Nella visione di diritto naturale, in effetti, risulta del tutto indifferente la natura pubblica o privata di tali interferenze e se esse si producano nell'ambito dell'alveo pubblicistico delle relazioni Stato-individuo, oppure siano riconducibili alla sfera delle relazioni private interindividuali. Le norme sui diritti umani si applicano indifferentemente in entrambi in contesti. A ben vedere, l'enfasi sulla responsabilità degli Stati, e sulla difesa dall'invasività dei poteri pubblici, che ha plasmato in senso stato-centrico il moderno *corpus* del diritto internazionale dei diritti umani, deriva da precise circostanze storico-politiche. Sarebbe a dire, la necessità di reagire alle atrocità compiute, nel corso dei conflitti di fine '800 e inizio '900 – in particolare in occasione della Seconda Guerra Mondiale – da attori statali⁴. In tale contesto, l'individuazione dello Stato come il destinatario delle norme sui diritti umani è stata funzionale al riequilibrio delle *asimmetrie di po-*

Rights: Subsistence, Affluence, and US Foreign Policy, Princeton, 1980, p. 52; A. Eide, "The International Human Rights System", in A. Eide et al. (eds), *Food as a Human Rights*, Tokyo, 1984, p. 152 ss.; HRCComm, *Report on the Adequate Food as a Human Rights*, UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1987/, del 7 luglio 1987. Una classificazione in quattro livelli (*obligations of respect, protect, ensure and promote*) è invece proposta da G.J.H. van Hoof, "The legal nature of economic, social and cultural rights: a rebuttal of some traditional views", in P. Alston, K. Tomasevski (eds), *The Right to Food*, Leiden-Boston, 1985, pp. 97-110, p. 106. Più recentemente uno schema composto da cinque livelli di obblighi (*respect rights of others; create institutional machinery essential to realization of rights, protect rights/prevent violations; provide good ad services to satisfy rights; promote rights*) è stato avanzato da P. Alston, H.J. Steiner, *International Human Rights in Context*, Oxford-New York, 2000, pp. 180-185. Una differente ricostruzione sistematica e concettuale (in obblighi immediati di risultato, obblighi immediati di *due diligence* e obblighi di realizzazione progressiva) è invece presente in R. Pisillo Mazzeschi, "Responsabilité de l'Etat pour violation des obligations positives relatives aux droits de l'homme", in *RCADI*, vol. 333, 2009, pp. 177-506.

⁴S. Ratner, "Corporations and Human Rights: A Theory of Legal Responsibility", in 111 *Yale L.J.*, 2001, pp. 443-545.

tere naturalmente insite nel rapporto tra sovrano e sudditi, e poi tra governanti e governati⁵.

- È questa la ragione per cui, fatte salve alcune limitate eccezioni⁶, i trattati sui diritti umani generalmente non impongono obblighi o responsabilità nei confronti di attori non statali e del perché i meccanismi di monitoraggio internazionali, e le corti regionali hanno competenza giurisdizionale esclusivamente sulle condotte degli Stati contraenti, e non su quelle delle persone fisiche o giuridiche. Ad esempio, la formulazione dell'art. 34 CEDU limita la competenza giurisdizionale della Corte europea sui diritti umani solamente ai ricorsi depositati da parte di una persona fisica, un'organizzazione non governativa o un gruppo di privati «che sostenga d'essere vittima di una violazione da parte di una delle Alte Parti contraenti». In modo simile, il Comitato sui diritti umani, l'organismo di monitoraggio del Patto sui diritti civili e politici, ha sancito che gli obblighi che discendono dal Patto sono privi di effetti orizzontale diretti con la conseguenza che esso non ha la competenza per esaminare ricorsi tra privati⁷.

Il carattere multidimensionale e multi-relazionale delle norme sui diritti umani ha, tuttavia, una connotazione storicistica. Ciò nel senso che l'evoluzione del sistema economico e produttivo globale, ed il connesso aumento della capacità di attori non statali di interferire gravemente sul godimento dei diritti umani, e porsi quindi come entità in grado, al pari degli Stati, di violare i diritti umani, comporta che anche siffatti attori debbano essere considerati destinatari degli obblighi discendenti dalle norme sui diritti umani.

È esattamente a tale multidimensionalità che rinviano i Principi Guida quando affermano nei Principi Generali di fondarsi sul riconoscimento degli obblighi esistenti sugli Stati di rispettare, proteggere e realizzare i diritti umani e le libertà fondamentali, nonché sul ruolo delle imprese, che sono tenute ad ottemperare alle leggi applicabili e a rispettare i diritti umani.

3. Gli obblighi degli Stati in materia di diritti umani con riguardo alle attività delle imprese

La formulazione del Principio 1, con specifico riguardo alle operazioni economiche delle imprese, menziona esclusivamente gli obblighi di proteggere delle autorità statali. Gli Stati «hanno l'obbligo di proteggere gli individui dalle violazioni

⁵ Cfr. N. Bobbio, *L'età dei diritti*, Torino, 1997, p. 123.

⁶ Cfr. la Convenzione per la repressione e la punizione del crimine di genocidio prevede all'art. IV che "Persons committing genocide...shall be punished, whether they are constitutionally responsible rulers, public officials or private individuals" (*Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Approved and proposed for signature and ratification or accession by General Assembly resolution 260 A (III)*, del 9 dicembre 1948).

⁷ Cfr. HRCtee, *General Comment No. 31: The Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant*, UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add. 1326, del 26 maggio 2004, par. 8.

dei diritti umani compiute, all'interno del loro territorio e/o della loro giurisdizione, da parte di terzi, incluse le imprese». A tal fine agli Stati è richiesta «l'adozione di misure appropriate per prevenirle, oppure, qualora esse si verificano, investigare su di esse, punirne gli autori, e porre loro rimedio, attraverso l'uso di efficaci strumenti politici, legislativi, amministrativi e giudiziari».

In realtà, quando ci si riferisce all'impatto delle operazioni economiche delle imprese, oltre all'*obbligo positivo* di proteggere i diritti umani di individui che possono risultare vittime di violazioni derivanti dalle attività delle imprese che agiscono come terze parti⁸, sussiste sugli Stati anche l'*obbligo negativo* di rispettare tali diritti con riferimento alle condotte delle imprese che operano in qualità di agenti statali. Gli obblighi negativi si traducono nel dovere dello Stato di astenersi dall'interferire in modo ingiustificato con il godimento dei diritti umani. Questo avviene perché la violazione, sebbene compiuta da una impresa, può essere direttamente attribuita allo stesso. Ciò può avvenire: *a*) perché l'impresa è di proprietà o controllata dallo Stato; oppure *b*) perché essa opera come un agente dello Stato⁹. In tale ipotesi è lo Stato che agisce (attraverso l'ente economico privato) e pertanto esso è considerato responsabile di una inosservanza diretta nel godimento del diritto o dei diritti garantiti all'individuo, e quindi responsabile per aver violato l'obbligo negativo di rispettare i diritti umani di individui sottoposti alla propria giurisdizione.

D'altro canto, le norme convenzionali sui diritti umani creano per gli Stati membri anche una serie di obblighi positivi che implicano l'adozione di misure «anche nella sfera delle relazioni interindividuali»¹⁰. Tali obblighi, quindi, impongono agli Stati di regolare la sfera delle relazioni tra individui privati e adottare le misure di tipo protettivo e preventivo per evitare che le imprese violino i diritti umani di persone, individui, comunità quando esercitano le proprie attività economiche. In tali ipotesi, quindi, la violazione cagionata dall'impresa, sebbene non direttamente attribuibile allo Stato, può essere a quest'ultimo ricondotta in via indiretta a causa della mancata adozione da parte di esso delle misure necessarie a prevenirla¹¹.

⁸ Come anticipato, la Corte europea dei diritti umani ha avuto modo di ricostruire puntualmente la natura ed il contenuto degli obblighi negativi e degli obblighi positivi che pendono sugli Stati, anche con riguardo alle violazioni che si verificano nel quadro delle operazioni economiche delle imprese. Cfr. ad es. Corte europea dei diritti umani, *Marckx v. Belgium*, sentenza del 13 giugno 1976; Corte europea dei diritti umani, *Goodwin (Christine) v. United Kingdom*, sentenza dell'11 luglio 2002.

⁹ In tale ipotesi l'attribuzione allo Stato della condotta dell'impresa è effettuata in base alla presenza di alcuni requisiti che analizzeremo in dettaglio più avanti quando tratteremo del Principio 4 e del nesso tra Stato e imprese.

¹⁰ Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, *X and Y v. the Netherlands*, sentenza del 26 marzo 1985, par. 23; Corte europea dei diritti dell'uomo, *Case of Moldovan and Others v. Romania (No. 2)*, sentenza del 12 luglio 2005, par. 93.

¹¹ Con specifico riferimento alle condotte delle imprese cfr. A. Bonfanti, *Imprese multinazionali, diritti umani e ambiente*, cit., p. 48 ss. Sia consentito rinviare anche a M. Fasciglione, "Enforcing the State Duty to Protect under the UN Guiding Principles on Business and Human Rights: Strasbourg

- La teoria degli obblighi positivi ha avuto il merito di evidenziare, pertanto, che la responsabilità degli Stati contraenti dei trattati sui diritti umani può sorgere anche in relazione a degli illeciti omissivi che conseguono a violazioni poste in essere da attori non-statali che gli Stati non hanno saputo – o voluto – impedire e prevenire attraverso l'adozione di apposite misure (ad es. la criminalizzazione della condotta degli attori privati, l'adozione di leggi volte a regolare o controllare la condotta di tali attori, l'adozione di politiche e altre misure operative). Questa omissione determina l'acquiescenza dello Stato e la sua 'complicità' nella violazione posta in essere dall'attore non statale.

3.1. Gli obblighi positivi degli Stati e l'esercizio di attività d'impresa

È esattamente siffatto ruolo 'proattivo' delle autorità statali a costituire il nucleo centrale del primo Pilastro dei Principi Guida nel momento in cui esso ne enfatizza l'obbligo di proteggere in relazione alle violazioni dei diritti umani derivanti dalle attività d'impresa. Il *duty to protect*, costituisce una specifica applicazione dell'obbligo generale, descritto poc'anzi, di proteggere i diritti umani dalle violazioni degli attori non statali che grava sugli Stati in base alle norme internazionali sui diritti umani. Esso si fonda su una serie di obblighi 'positivi' di protezione che incombono a tale scopo sugli Stati e che richiedono loro di adottare le misure appropriate ed esercitare la necessaria diligenza per prevenire, punire o investigare i danni cagionati dall'operato di entità private.

- All'interno dei meccanismi universali di protezione dei diritti umani è stato il Comitato sui diritti umani, nel *General Comment* n. 31 relativo alla natura degli obblighi che discendono sugli Stati membri del Patto sui diritti civili e politici, ad illustrare con efficacia come tale meccanismo trovi applicazione anche con riguardo alle attività d'impresa. Secondo il *General Comment*, infatti, gli obblighi positivi degli Stati contraenti di garantire il rispetto dei diritti sanciti dal Patto sono pienamente rispettati solo se gli individui sono tutelati non soltanto dalle violazioni che sono commesse dai funzionari statali «*but also against acts committed by private persons or entities that would impair the enjoyment of Covenant rights in so far as they are amenable to application between private persons or entities*»¹². Esso aggiunge, inoltre, che gli Stati membri del Patto possono violarne gli obblighi anche nel caso in cui omettino di «*take appropriate measures or to exercise due diligence to prevent, punish, investigate or redress the harm caused by such acts by private persons or entities*»¹³.

Il riferimento all'obbligo di diligenza (c.d. *due diligence*) è di cruciale importanza poiché chiarisce che a differenza degli obblighi negativi che impongono agli

views", in A. Bonfanti (ed.), *Business and Human Rights in Europe: International Law Challenges*, New York, 2019, pp. 37-47.

¹² HRCtee, *Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant, General Comment No. 31*, UN Doc. ICCPR/C/21/Rev.1/Add.13, del 26 Maggio 2004, par. 8 (il corsivo è nostro).

¹³ *Ibidem*.

Stati un obbligo di risultato, il *duty to protect* impone – ma come vedremo più avanti non si esaurisce in – uno standard di condotta, richiedendo agli Stati un *facere*. Come evidenziato dal commentario al Principio 1, gli Stati non sono di per sé responsabili delle violazioni dei diritti umani compiuti dalle imprese; essi, tuttavia, possono *indirettamente* violare gli obblighi che discendono dalle norme sui diritti umani allorché, la violazione, sebbene non direttamente attribuibile ad essi, scaturisca dalla mancata adozione da parte dello Stato interessato delle misure appropriate per prevenire, investigare, punire e porre rimedio alle stesse (cosa che determina, come detto, un illecito omissivo).

- Le caratteristiche di questa peculiare forma di responsabilità internazionale dello Stato sono note. La sua configurabilità richiede la compresenza di due elementi. In primo luogo, occorre una condotta omissiva dello Stato che deve aver mancato di adottare le misure necessarie per prevenire la violazione; corollario di questo assunto è che se lo Stato dimostri di aver usato tutta la diligenza richiesta dalla fattispecie *de qua* per prevenire la violazione, esso non potrà essere considerato responsabile anche qualora la violazione abbia luogo. È proprio in questo meccanismo di esonero dalla responsabilità – anche noto come c.d. ‘test della *due diligence*’ – che risiede l’obbligo di condotta (e non di risultato) che grava sullo Stato in base al *duty to protect*. Va segnalato che allo Stato compete generalmente un ampio margine discrezionale nel decidere le migliori modalità (*rectius*: misure) con cui adempiere siffatto obbligo. A tal fine, ma torneremo approfonditamente sul punto più avanti, essi possono prendere in considerazione l’intera gamma delle misure ammissibili, tanto quelle di tipo preventivo quanto quelle di tipo correttivo, comprese le misure di tipo politico, legislativo, amministrativo e giudiziario. In secondo luogo, la responsabilità degli Stati scaturente da obblighi positivi è collegata ad un test di proporzionalità, nel senso che l’imposizione di un obbligo positivo deve riflettere un equo bilanciamento tra interessi generali della comunità ed interessi dell’individuo; conseguentemente una violazione si verifica solo quando questo bilanciamento sia ingiustamente ‘infranto’, pregiudicato dallo Stato.

In relazione alle violazioni dei diritti umani riconducibili alle operazioni economiche delle imprese, sia gli organismi di monitoraggio istituiti dai trattati internazionali, sia le corti regionali sui diritti umani hanno riconosciuto l’esistenza di obblighi positivi pendenti sugli Stati membri riconoscendone la responsabilità in tutti quei casi in cui essi abbiano omesso di adottare «le misure ragionevoli e appropriate»¹⁴ per controllare le condotte degli attori economici privati e prevenire la violazione delle disposizioni convenzionali.

In ambito regionale europeo, ad esempio, la Corte europea dei diritti umani ha riconosciuto l’esistenza di obblighi positivi sugli Stati contraenti della CEDU in relazione all’inquinamento ambientale scaturente da attività industriali, oppure in relazione alla tutela della salute dei lavoratori e della salvaguardia del loro diritto alla vita privata, lesi dalle condotte dei propri datori di lavoro.

¹⁴ Cfr. Corte europea dei diritti dell’uomo, *Fadeyeva v. Russia*, sentenza del 9 giugno 2005, par. 89.

- Con riferimento alle attività industriali inquinanti, la Corte di Strasburgo ha riconosciuto che la necessità di proteggere il diritto alla vita sancito all'art. 2 CEDU¹⁵, ed il diritto al rispetto della vita privata e familiare di cui all'art. 8 CEDU¹⁶, impongono sugli Stati contraenti degli obblighi positivi, e ha riconosciuto che in relazione a siffatte garanzie la responsabilità dello Stato può derivare anche dal «failure to regulate private industry»¹⁷. La Corte ha affermato che incombe sugli Stati membri l'obbligo positivo di adottare tutte le misure ragionevoli ed adeguate per proteggere i diritti sanciti dagli art. 2 e 8 della Convenzione, ivi incluso l'istituzione di un sistema legislativo e amministrativo in grado di prevenire effettivamente i danni ambientali e proteggere le persone che si trovano nel proprio territorio, anche quando si tratti di attività di imprese private. Nel settore dei diritti sul lavoro, la Corte ha ricostruito in termini di obblighi positivi dello Stato anche quelli discendenti dalle disposizioni dell'art. 11 CEDU in materia di libertà di assemblea ed associazione in relazione alle condotte di imprese in contrasto con il diritto di adesione ai sindacati¹⁸. Similmente, la violazione degli obblighi positivi di cui all'art. 8 CEDU è stata riconosciuta dalla Corte in relazione alla mancata adozione da parte delle autorità nazionali di un quadro normativo in tema di sicurezza sul lavoro degli operatori subacquei tale da proteggerne la salute sul lavoro¹⁹. Infine, con riguardo alle tecniche di video sorveglianza, e di sorveglianza della corrispondenza elettronica dei dipendenti, la Corte ha evidenziato che l'utilizzo da parte del datore di lavoro delle informazioni personali dei dipendenti ottenute attraverso tali strumentazioni può risultare illegittima, in quanto sproporzionata, in assenza di una normativa che ne disciplini l'applicazione, e generare la responsabilità dello Stato interessato²⁰.

In un altro contesto regionale, quello della Convenzione americana sui diritti umani, gli organi di tale sistema, ed in modo particolare la Corte interamericana sui diritti umani, hanno ricostruito proprio in termini di obblighi positivi quelli che incombono sugli Stati membri nei confronti delle popolazioni indigene e dei diritti di queste ultime in relazione alle proprie terre e alle risorse naturali in esse presenti. Esse hanno stabilito, in particolare, la responsabilità degli Stati membri della Convenzione americana nella misura in cui questi ultimi abbiano mancato di protegge-

¹⁵ Corte europea dei diritti umani, *Öneriyıldız v. Turkey*, sentenza del 30 novembre 2004, par. 71; Corte europea dei diritti umani, *Kolyadenko and Others v. Russia*, sentenza del 28 febbraio 2012, in part. par. 89 ss.

¹⁶ *Ex multis*, v. Corte europea dei diritti umani, *López Ostra v. Spain*, sentenza del 9 dicembre 1994, par. 51; *Taşkın and Others v. Turkey*, sentenza del 10 dicembre 2004, par. 113; *Tatar v. Romania*, sentenza del 27 gennaio 2009, par. 88. Con riferimento all'inquinamento acustico causato dalla mancata regolamentazione di aereoscali gestiti da società private cfr. Corte europea dei diritti umani [GC], *Hatton and Others v. United Kingdom*, sentenza del 7 agosto 2003, par. 98, 119-120.

¹⁷ Corte europea dei diritti umani, *Fadeyeva v. Russia*, cit., par. 89.

¹⁸ Corte europea dei diritti umani, *Redfearn v. the United Kingdom*, sentenza del 6 novembre 2012, par. 42 ff.

¹⁹ Corte europea dei diritti umani [GC], *Vilnes and Others v. Norway*, sentenza del 5 dicembre 2013, par. 244. Nel caso specifico, la Corte ha stabilito che le autorità nazionali non avevano adottato le misure necessarie per garantire che le imprese che impiegavano sommozzatori rispettassero la piena trasparenza circa le informazioni essenziali.

²⁰ Cfr. Corte europea dei diritti umani, *Copland v. the United Kingdom*, sentenza del 3 aprile 2007; *Bărbulescu v. Romania*, sentenza del 5 settembre 2017, par. 135-141.

re i diritti di tali popolazioni dalle interferenze provenienti dalle attività economiche delle grandi imprese multinazionali.

- ▶ In una particolarmente ampia giurisprudenza, la Corte interamericana ha riconosciuto di volta in volta che: gli Stati membri hanno l'obbligo di «take all appropriate measures to protect and preserve the right to life» dei membri delle comunità indigene anche in relazione all'operato di terze parti²¹; che essi hanno l'obbligo di proteggere le terre ancestrali delle popolazioni indigene «in order to prevent damage to the indigenous lands, even damage caused by third parties» attraverso «appropriate supervision and monitoring mechanisms that guarantee human rights; in particular by supervising and monitoring environmental impact assessments»²²; e che incombe a tal fine sugli Stati membri l'obbligo di consultazione delle popolazioni indigene in relazione alle concessioni ad enti privati dello sfruttamento delle loro terre²³.

Sempre con riguardo alla protezione delle terre e delle risorse naturali appartenenti a popolazioni indigene, la Commissione africana dei diritti dell'uomo e dei popoli ha desunto dalle disposizioni della Carta africana sui diritti dell'uomo e dei popoli una serie di obblighi positivi degli Stati membri finalizzati a proteggere i diritti dei propri cittadini «through appropriate legislation and effective enforcement» in modo tale da «protecting them from damaging acts that may be perpetrated by private parties». Essa ha stabilito che gli Stati membri hanno l'obbligo di disciplinare, regolare e monitorare le operazioni delle compagnie petrolifere nei territori delle popolazioni indigene in modo da prevenire il verificarsi di violazioni dei diritti garantiti dalla Carta africana²⁴.

- ▶ Ritornando all'ambito regionale europeo, ma questa volta nel quadro del sistema di protezione creato dalla Carta sociale europea adottata in seno al Consiglio d'Europa, il Comitato europeo dei diritti sociali ha riconosciuto, con riferimento all'inquinamento ambientale generato da una impresa mineraria a partecipazione statale, che dalla Carta discendono per gli Stati membri obblighi positivi di adottare, e aggiornare regolarmente una normativa ambientale nazionale sufficientemente ampia e completa tale da prevenire le violazioni dei diritti garantiti dalla Carta²⁵.

²¹ Cfr. Corte interamericana sui diritti umani, *Case of Kichwa Indigenous People of Sarayaku vs Ecuador*, sentenza del 27 giugno 2012, par. 244.

²² Cfr. Corte interamericana sui diritti umani, *Case Kaliña and Lokono Peoples v. Suriname*, sentenza del 25 novembre 2015, par. 221-223.

²³ Cfr. Corte interamericana sui diritti umani, *Case of Kichwa Indigenous People of Sarayaku vs Ecuador*, cit.

²⁴ Cfr. Commissione Africana dei diritti dell'uomo e dei popoli, *The Social and Economic Rights Action Center and the Center for Economic and Social Rights c. Nigeria*, Comunicazione No. 155/96, decisione del 27 ottobre 2001. Analoga posizione è rinvenibile nella decisione della Corte africana in relazione al già menzionato caso *Trafigura* avente ad oggetto l'illecito sversamento di sostanze tossiche da parte di una società privata (Corte africana dei diritti umani, *Ligue ivoirienne des droits de l'homme (LIDHO) et al. v. Republic of Côte d'Ivoire*, cit., par. 131, 133, 171).

²⁵ Cfr. Comitato europeo dei diritti sociali, *Marangopoulos Foundation for Human Rights (MFHR) v. Greece*, decisione del 6 dicembre 2006, par. 203.

3.2. Obblighi positivi di risultato e obblighi positivi di *due diligence* dello Stato e l'esercizio di attività d'impresa

La giurisprudenza degli organismi di monitoraggio sui diritti umani relativa alla responsabilità di uno Stato per il mancato controllo sulle attività delle imprese evidenzia come gli obblighi positivi di cui gli Stati sono destinatari non si esauriscono solo negli obblighi positivi di *due diligence* ma includono altresì obblighi positivi di risultato. In entrambi i casi tali obblighi impongono agli Stati un *facere*. Tuttavia, mentre la prima tipologia di obblighi si limita ad imporre agli Stati il mantenimento di una determinata condotta, la seconda tipologia impone agli Stati il raggiungimento di un risultato preciso. Dal punto di vista della responsabilità dello Stato la conseguenza di tale suddivisione consiste nel fatto che mentre nel primo caso il mancato raggiungimento del risultato auspicato non comporta la responsabilità dello Stato che dimostri di aver posto in essere in modo diligente la condotta richiesta, nel secondo caso lo Stato sarà responsabile per il mancato raggiungimento del risultato atteso, anche qualora abbia adottato le misure richieste dagli standard di diligenza applicabili al caso concreto.

La comprensione della natura ed il contenuto di questa duplice tipologia di obblighi si rivela fondamentale per cogliere altresì le modalità e la tipologia di misure che devono essere adottate dagli Stati per soddisfare il *duty to protect* ai sensi del primo Pilastro dei Principi Guida. In una prassi giurisprudenziale molto ampia ci limitiamo ad analizzare due casi giurisprudenziali, uno tratto dal sistema della CEDU e l'altro ricavato dal sistema della Convenzione americana, che evidenziano in modo esemplare la duplicità di contenuto degli obblighi positivi che pendono sugli Stati in presenza di violazioni delle norme sui diritti umani riconducibili alle attività delle imprese.

Ci riferiamo, in primo luogo, alla decisione della Corte europea dei diritti dell'uomo nel noto 'caso dei raccoglitori di fragole', c.d. *Strawberry pickers case*²⁶. Si tratta di un ricorso depositato da un gruppo di lavoratori migranti del Bangladesh che lamentavano di essere stati sottoposti a lavoro forzato in Grecia da parte di un'azienda agricola privata, nell'ambito delle attività stagionali di raccolta delle fragole.

- I ricorrenti, erano stati assunti con una paga di 22 euro per 7 ore di lavoro, avevano svolto la propria attività lavorativa in condizioni di degrado e sotto il 'controllo' di guardie private armate. Alla fine, gli uomini, che non avevano il permesso di lavoro, non erano neanche stati pagati. Avevano così protestato, ne erano seguiti incidenti con i datori di lavoro che avevano addirittura aperto il fuoco sui braccianti. Nel processo penale interno, i titolari dell'azienda venivano assolti dall'accusa di traffico di esseri umani, con l'ufficio del Procuratore che rinunciava a presentare ricorso in Cassazione, e venivano condannati a risarcire ciascun lavoratore unicamente della somma di 43 euro.

²⁶ Cfr. *Chowdury e altri c. Grecia*, sentenza del 30 marzo 2017.

Nell'accogliere il ricorso delle vittime, e nel condannare la Grecia per la violazione degli obblighi positivi che discendono dalle disposizioni dell'art. 4 della Convenzione, che vieta il lavoro forzato e la schiavitù, la Corte di Strasburgo ha fornito una interessante ricostruzione, ai fini della nostra analisi, del campo di applicazione dell'art. 4 CEDU.

La Corte chiarisce, innanzitutto, che il divieto di schiavitù previsto dalla disposizione in esame non può essere limitato esclusivamente all'azione diretta delle autorità statali. Dalle sue disposizioni discendono, infatti, sugli Stati degli obblighi positivi finalizzati a «prevenire la tratta di esseri umani e proteggere le vittime e di adottare disposizioni interne di diritto penale che sanzionino tali pratiche»²⁷. Particolarmente interessante è il percorso logico-sistematico seguito dalla Corte nell'analizzare in dettaglio gli elementi di tali obblighi positivi. I giudici sottolineano l'esistenza ai sensi della Convenzione di un *obbligo generale* degli Stati membri di «putting in place a legislative and administrative framework to prohibit and punish forced or compulsory labour, servitude and slavery»²⁸. Tale obbligo generale, che serve per adempiere «their positive obligation to penalise and effectively prosecute the practices referred to in Article 4 of the Convention»²⁹ (e che nel caso in esame essi ritengono sia stato rispettato dallo Stato greco), è espressione evidentemente di un *obbligo positivo di risultato*, il cui raggiungimento non dipende da condizioni esterne: lo Stato deve agire e fare in modo di dotare il suo ordinamento giuridico di un quadro legislativo e amministrativo volto a proibire e punire il lavoro forzato e la schiavitù. Così facendo esso assolve senz'altro tale obbligo.

Esaminato questo primo *generale* obbligo positivo degli Stati contraenti, la Corte concentra poi la sua analisi sugli «altri obblighi positivi» (*sic!*)³⁰ che scaturiscono dall'art. 4 CEDU e che consistono in quella vasta congerie di *misure operative* che devono essere adottate al fine di prevenire la tratta di esseri umani e proteggere i diritti delle vittime. Nel caso specifico queste misure operative devono essere dedotte dagli standard internazionali esistenti in materia, tra cui, in modo particolare, quelli fissati dalla Convenzione CoE sulla lotta alla tratta³¹. Un primo gruppo di tali misure riguarda, nel ragionamento della Corte, le *misure di prevenzione* della tratta e di protezione delle sue vittime. Esse includono le misure volte a rafforzare il coordinamento a livello nazionale tra i vari organismi anti-tratta; quelle volte a scoraggiarne la domanda, inclusi i controlli alle frontiere; le misure di protezione, quali l'agevolazione dell'identificazione delle vittime attraverso personale qualificato e l'assistenza alle vittime nel loro recupero fisico, psicologico e sociale. Ebbe-

²⁷ Chowdury e altri, cit., par. 86.

²⁸ Chowdury e altri, cit., par. 87.

²⁹ Chowdury e altri, cit., par. 105-109.

³⁰ Chowdury e altri, cit., par. 109.

³¹ Consiglio d'Europa, *Convention on Action against Trafficking in Human Beings*, del 16 maggio 2005.

ne, con riferimento all'insieme di queste misure operative richieste alle autorità degli Stati membri, la Corte conclude che nel caso in esame, le misure adottate dalla Grecia «were not sufficient to prevent human trafficking or to protect the applicants from the treatment to which they were subjected»³². Si tratta, evidentemente, di una formulazione che esprime un giudizio che i giudici rilasciano sul *livello degli sforzi effettuati dalle autorità nazionali* per proteggere le vittime della tratta e che risulta espressione quindi di obblighi positivi di *due diligence* (non a caso definiti anche '*best effort obligations*').

Un secondo gruppo di misure operative oggetto del sindacato della Corte attiene alle misure applicate dalle autorità nazionali per soddisfare l'obbligo di realizzare indagini effettive e punire i responsabili della tratta. Si tratta di un obbligo che sono gli stessi giudici a qualificare esplicitamente come integrante un obbligo di mezzi – «an obligation not of result but of means»³³ – e quindi contenente uno *standard di condotta*. In proposito, la Corte ritiene che nel caso specifico la condotta delle autorità giudiziarie greche, sia quelle giudicanti che avevano concluso per l'assoluzione dei datori di lavoro sulla base di una interpretazione restrittiva della nozione di tratta, sia quelle inquirenti che avevano rinunciato ad effettuare ricorso in Cassazione, evidenziava la violazione da parte dello Stato convenuto degli obblighi procedurali contenuti nell'art. 4, par. 2, CEDU di garantire l'esistenza sul piano interno di indagini e di procedure giudiziarie effettive. In tal senso deponeva, tra l'altro, anche l'irrisorietà della somma riconosciuta ai ricorrenti, in contrasto con l'art. 15 della Convenzione CoE del 2005 che impone agli Stati di prevedere il diritto delle vittime al risarcimento del danno da parte degli autori della violazione e di adottare a tale fine un fondo di indennizzo.

Anche in relazione a questo secondo gruppo di misure, il percorso logico-argomentativo seguito dal giudice di Strasburgo esprime, evidentemente, un giudizio sugli *sforzi effettuati dalle autorità nazionali* che presuppongono l'esistenza a carico dello Stato convenuto di obblighi positivi (a carattere procedurale) di *due diligence* che possono considerarsi soddisfatti quando lo Stato dimostri di aver posto in essere tutti gli sforzi necessari (adottando le misure operative astrattamente idonee a prevenire la violazione) richiesti dal caso, ed indipendentemente dal fatto che la violazione si verifichi o meno.

Per tirare le somme, nel caso in esame la Corte di Strasburgo ha ritenuto che, nonostante l'esistenza in Grecia di un quadro normativo generale astrattamente idoneo a prevenire e reprimere le tratta e le forme di schiavitù incompatibili con l'art. 4 CEDU, le misure adottate in concreto dalle autorità greche non erano state sufficienti per impedire il consumarsi della violazione né per rimediare alla stessa attraverso la punizione effettiva dei datori di lavoro colpevoli.

Un altro *leading case* è fornito dalla sentenza resa dalla Corte interamericana

³² Chowdury e altri, cit., par. 115.

³³ Chowdury e altri, cit., par. 116 (l'enfasi è nostra).

dei diritti umani nel 2015 nel caso *Kaliña and Lokono Peoples*³⁴, concernente la protezione dei diritti delle popolazioni indigene del continente americano e delle loro terre ancestrali sottoposte a violazioni derivanti dalle attività economiche di compagnie private.

- Nel caso specifico un gruppo di individui appartenenti a due popolazioni indigene avevano portato all'attenzione della Corte l'impatto negativo sull'ambiente e sui diritti dei membri di tali comunità derivante dalle attività di estrazione mineraria condotte nei loro territori tradizionali da alcune imprese private sulla base di alcune concessioni e licenze di sfruttamento rilasciate dallo Stato convenuto (il Suriname). Le autorità nazionali erano accusate non solo di non aver creato un quadro normativo volto al riconoscimento del diritto di proprietà collettiva delle due popolazioni sulle loro terre, ma anche di aver rilasciato alle imprese minerarie delle concessioni e delle licenze di sfruttamento senza alcuna preventiva consultazione delle due popolazioni indigene volta ad ottenerne il consenso *preventivo, libero ed informato*.

La Corte interamericana ha riconosciuto la violazione da parte del Suriname di diversi obblighi positivi discendenti dalle disposizioni della Convenzione americana e in particolare: *a*) quelli concernenti la mancata adozione nell'ordinamento interno delle misure legislative per la delimitazione e demarcazione del territorio delle popolazioni ricorrenti; *b*) quelli relativi alla mancata creazione dei meccanismi procedurali per la loro consultazione e partecipazione (tutti obblighi positivi di risultato); *c*) infine quelli relativi all'inesistenza di rimedi effettivi (*ex art. 25 della Convenzione americana*) tramite cui far valere le violazioni lamentate. Proprio con riguardo ai rimedi effettivi, nella sentenza in esame la Corte tiene a precisare come essa abbia più volte evidenziato che l'obbligo di cui all'art. 25 «is not restricted to the mere existence of courts and formal proceedings» ma impone allo Stato di «take positive measures to ensure that such remedies are effective to decide whether there has been a human rights violation and, eventually, to provide redress»³⁵. La Corte aggiunge, emblematicamente, che la disposizione in esame identifica «two specific State obligations»; un obbligo positivo di risultato di «legislate and ensure the due application by the competent authorities of effective remedies» ed un obbligo di positivo di *due diligence* e cioè «to guarantee the means to execute the respective decisions and final judgments issued by those competent authorities»³⁶.

- Oltre che di una pietra miliare nella ricostruzione del *duty to protect* statale in materia di impresa e diritti umani, la sentenza in esame rappresenta la prima volta in cui un tribu-

³⁴ Corte interamericana dei diritti umani, *Case of the Kaliña and Lokono Peoples v. Suriname*, sentenza del 25 novembre 2015.

³⁵ Cfr. Corte interamericana dei diritti umani, *Case of the Kaliña and Lokono Peoples v. Suriname*, cit., par. 238.

³⁶ Cfr. Corte interamericana dei diritti umani, *Case of the Kaliña and Lokono Peoples v. Suriname*, cit., par. 239.

nale internazionale sui diritti umani rinvia ai Principi Guida ONU. I giudici dichiarano, infatti, di 'prendere atto' (sic!) dei Principi Guida, dell'obbligo dello Stato di proteggere di cui al primo Pilastro, nonché del dovere delle imprese di «prevent, mitigate, and accept responsibility for the adverse human rights impacts directly linked to their activities»³⁷.

Per tirare le somme, la Corte opera una netta distinzione tra l'*obbligo positivo generale (di risultato)* dello Stato convenuto – consistente nell'aver in vigore un sistema giuridico astrattamente idoneo a fornire delle vie di rimedio alle vittime delle violazioni dei diritti umani che avvengono nell'ambito delle operazioni delle imprese – e, dall'altro lato, degli *obblighi positivi operativi e specifici (di due diligence)* – consistenti nell'adozione delle misure che assicurino l'effettiva applicazione delle vie di rimedio che sono in astratto disponibili per le vittime di violazioni nell'ordinamento interno.

L'esame di questi casi giudiziari consente di trarre alcune indicazioni generali sugli obblighi che gravano sugli Stati nell'ambito del primo Pilastro dei Principi Guida ONU.

3.3. Gli obblighi positivi di risultato dello Stato e l'esercizio di attività d'impresa: un quadro di sintesi

Con riferimento all'impatto negativo sui diritti umani delle operazioni delle imprese, le norme internazionali sui diritti umani fissano per gli Stati innanzitutto un insieme di obblighi positivi di risultato.

- Si tratta di obblighi a carattere generale che impongono agli Stati: *a)* di avere (oppure adottare, abolire o modificare) un sistema legislativo interno che sia in grado in astratto di tutelare i diritti umani delle vittime dalle violazioni derivanti da attività delle imprese; *b)* avere in vigore un sistema amministrativo che sia in grado in astratto di prevenire le violazioni dei diritti umani derivanti da tali attività; *c)* avere un sistema giudiziario che sia in grado in astratto di investigare ed accertare l'esistenza di violazioni dei diritti umani derivanti dalle attività d'impresa³⁸; *d)* avere un ordinamento interno che sia in grado in astratto di porre rimedio alle violazioni dei diritti umani anche quando commesse nell'ambito delle attività delle imprese³⁹; *e)* avere un ordinamento interno che sia in grado in astratto di assicurare l'adozione da parte degli organi amministrativi e giudiziari di misure concrete in caso di violazione dei diritti umani che si verificano nell'ambito delle attività d'impresa (ad es. comunicare informazioni

³⁷ Cfr. Corte inter-americana dei diritti umani, *Case of the Kaliña and Lokono Peoples v. Suriname*, cit., par. 223-225, in part. par. 224.

³⁸ Si tratta evidentemente del 'rovescio della medaglia' del diritto individuale ad un rimedio effettivo e che, come vedremo quando procederemo nell'analisi del terzo Pilastro dei Principi Guida ONU, esprime la necessità per lo Stato di evitare qualsivoglia forma di diniego di giustizia.

³⁹ Esamineremo nella Parte III l'obbligo dello Stato di rimediare alle violazioni dei diritti umani e le sue differenti implicazioni.

rilevanti alle potenziali vittime, consentirne la partecipazione ai processi decisionali, fornire cure mediche, ecc.).

L'insieme di tali obblighi positivi di risultato attengono alla funzione dello Stato in qualità di *regolatore generale*, cioè come soggetto deputato al compito di 'organizzare' l'apparato statale e tutte le strutture attraverso le quali si esercita il potere pubblico, secondo modalità funzionali anche al controllo del rispetto dei diritti umani nell'ambito delle attività economiche delle imprese⁴⁰. Questi obblighi, insomma, impongono agli Stati di intervenire sulle *disfunzioni di tipo strutturale, istituzionale e sistemico* che possono sussistere nei rispettivi ordinamenti interni (dal punto di vista legislativo, amministrativo e giudiziario) in relazione alle violazioni dei diritti umani che avvengono nell'ambito delle attività delle imprese⁴¹. Si tratta di obblighi positivi in quanto essi richiedono agli Stati di mantenere una condotta attiva, un *facere*; allo stesso tempo si tratta di obblighi di risultato dal momento che il loro raggiungimento non dipende da alcuna condizione (non vi è il rischio che il risultato non possa essere raggiunto) ragion per cui la violazione dell'obbligo deriva dalla semplice assenza del risultato atteso.

- È proprio all'applicazione di tale tipologia di obblighi positivi che fa rinvio la Corte africana dei diritti umani nel già menzionato caso Trafigura⁴². In effetti, la Corte nel condannare lo Stato convenuto per le violazioni del diritto alla vita, alla salute e all'ambiente salubre causate dall'illecito sversamento di rifiuti tossici riconducibile alle attività della società multinazionale, ha evidenziato come la Costa d'Avorio avesse ommesso di adottare le appropriate misure «legali, amministrative e di altro tipo volte a proibire l'importazione di rifiuti tossici così come stabilito dalla Convenzione di Bamako»⁴³, e le ha conseguentemente ordinato di «attuare riforme strutturali allo scopo di aumentare la capacità di trattamento dei rifiuti» nel suo territorio⁴⁴.

⁴⁰ L'espressione 'regolatore generale' è ripresa da Ruggie per descrivere proprio il ruolo dello Stato nei Principi Guida. Egli sottolinea come nell'adottare misure – volontarie o vincolanti, nazionali od internazionali – per promuovere il rispetto dei diritti umani da parte delle imprese, gli Stati «are doing what we expect governments to do: to govern, and to govern in the public interest» (cfr. J. Ruggie, *Letter to the Business and Human Rights Resource Centre*, del 19 settembre 2019, consultabile al sito https://media.business-humanrights.org/media/documents/files/documents/19092019_Letter_John_Ruggie.pdf).

⁴¹ Sulle violazioni strutturali nel diritto internazionale e in modo specifico nel sistema internazionale di tutela dei diritti umani v. A. Saccucci, *La responsabilità internazionale dello Stato per violazioni strutturali dei diritti umani*, Napoli, 2018.

⁴² Corte africana dei diritti umani, *Ligue ivoirienne des droits de l'homme (LIDHO) et al. v. Republic of Côte d'Ivoire*, cit.

⁴³ *Ibidem*, par. 184 (l'enfasi è nostra).

⁴⁴ *Ibidem*, par. 254 (l'enfasi è nostra).

3.4. Gli obblighi positivi di *due diligence* e l'esercizio di attività d'impresa: un quadro di sintesi

In secondo luogo, le norme internazionali volte a regolare l'impatto delle operazioni economiche delle imprese sui diritti umani, fissano per gli Stati anche degli obblighi positivi di *due diligence*.

- Si tratta in questo caso di obblighi operativi che impongono agli Stati di prevenire le violazioni dei diritti umani che avvengono nel quadro delle attività d'impresa, attraverso l'adozione sul piano sostanziale di differenti tipologie di misure (ad esempio, previsione di meccanismi di controllo sull'impatto delle attività private sulla salute delle persone e sull'ambiente, mediante il rilascio di concessioni e licenze; la previa consultazione e consenso informato delle popolazioni il cui territorio è oggetto di sfruttamento nell'ambito di attività di imprese, e simili). La giurisprudenza degli organismi internazionali di controllo sui diritti umani adopera differenti formulazioni per descrivere tali misure: ad esempio «adottare le misure ragionevoli per impedire»; adottare «le precauzioni utili» o «le misure legali, politiche, amministrative e culturali». Quest'obbligo di prevenzione si traduce dal punto di vista procedurale nella necessità di svolgere inchieste e indagini allorquando la violazione dei diritti umani si sia verificata in modo da consentire l'identificazione e la punizione dei responsabili e l'effettiva tutela delle vittime. Rientrano in tale categoria anche l'obbligo di adottare in alcuni casi misure di riparazione (che in genere sono espressione di obblighi di risultato): ciò avviene in quei casi in cui gli organi di monitoraggio condannano gli Stati a 'svolgere indagini' allo scopo di, ad esempio, individuare i corpi delle vittime, perseguire i responsabili, come misura di soddisfazione nei confronti delle vittime⁴⁵.

Da un punto di vista sistematico, quindi, a chi scrive pare che gli obblighi che pendono sugli Stati in questo secondo gruppo possano essere suddivisi in tre sottocategorie:

- La prima concerne l'obbligo sostanziale di regolare e controllare le attività delle imprese. Tale obbligo comprende la previsione di un sistema di licenze per l'esercizio, la sicurezza e il controllo sulle loro attività e la fornitura al pubblico di informazioni (ad es. soprattutto quando si tratti di attività pericolose). La seconda ha ad oggetto l'obbligo procedurale di consentire la partecipazione del pubblico e garantire un processo decisionale informato che sia basato sullo svolgimento di indagini, studi e valutazioni di impatto ambientale. La terza attiene all'obbligo di applicazione effettiva delle norme sui diritti umani attraverso la previsione di meccanismi giurisdizionali e di rimedi efficaci.

I summenzionati obblighi positivi di *due diligence* esprimono anch'essi un contenuto 'attivo', o 'proattivo', da parte dello Stato, e quindi un *facere*; a differenza degli obblighi positivi di risultato essi, però, non impongono allo Stato di raggiungere un preciso risultato atteso, bensì si limitano a richiedere di effettuare gli sforzi necessari perché tale risultato possa essere ottenuto (come detto c.d. '*best effort*

⁴⁵ Cfr. ad esempio, Commissione Africana dei diritti dell'uomo e dei popoli, *The Social and Economic Rights Action Center and the Center for Economic and Social Rights c. Nigeria*, cit., par. 70.

obligations'). La responsabilità dello Stato, pertanto, non deriva solamente dal fatto che il risultato atteso non si sia verificato, ma anche dalla circostanza che lo Stato non abbia fatto tutto ciò che era in suo potere per raggiungere tale risultato. In questo contesto lo standard di *due diligence* diviene un meccanismo per 'misurare' il livello di 'sforzo' impiegato dallo Stato per adempiere l'obbligazione. Se lo Stato ha posto in essere tutto quello che era necessario ed adeguato per raggiungere il risultato, avrà esaudito il contenuto dell'obbligo e non sarà responsabile anche qualora si sia prodotta una violazione.

La distinzione tra gli obblighi statali attinenti alla funzione dello Stato come regolatore generale, e gli obblighi operativi, sostanziali e procedurali di prevenzione, attinenti a fattispecie specifiche, è di cruciale importanza per comprendere, come vedremo nel corso delle pagine seguenti, il contenuto del primo Pilastro dei Principi Guida.

4. Il problema dell'applicazione extraterritoriale dell'obbligo dello Stato di proteggere alle attività transnazionali delle imprese

È possibile ritenere che l'obbligo degli Stati di proteggere sia esigibile nei confronti degli Stati anche quando tali operazioni abbiano luogo all'estero? Il quesito impone, insomma, di verificare l'applicabilità extraterritoriale di siffatto obbligo.

Il problema dell'applicazione extraterritoriale del *duty to protect* statale è collegato al fatto che al giorno d'oggi l'esercizio dell'attività d'impresa avviene sempre più spesso su scala transnazionale, oltrepassando i confini tra Stati. Ciò può avvenire: *a*) attraverso la costituzione di società affiliate e/o l'esercizio degli investimenti diretti o il controllo della proprietà di imprese situate nei Paesi terzi; oppure *b*) perché le imprese conducono le proprie attività lungo le catene globali del valore, caratterizzate da molteplici attori aziendali e non aziendali che interagiscono attraverso i confini nazionali. Il punto problematico risiede nella circostanza che nel caso in cui l'operato di queste imprese causi delle violazioni dei diritti degli individui o delle popolazioni situate in Stati terzi (i c.d. *Host States*, che ospitano l'investimento – o in cui sono situate le imprese che forniscono di servizi o prodotti le imprese *leader* delle catene del valore) è estremamente difficile per le vittime riuscire ad avere accesso a dei rimedi effettivi ed ottenere una riparazione.

Ciò può dipendere da vari fattori. In primo luogo, dalle caratteristiche proprie delle relazioni tra imprese e *Host States*: questi ultimi possono non essere in grado (*unable*) oppure, anche qualora lo siano, possono non essere intenzionati (*unwilling*) ad applicare gli standard normativi nazionali in materia di diritti fondamentali. A ben vedere, le imprese (soprattutto le grandi multinazionali) a causa sia del potere economico raggiunto, sia della facilità con cui esse possono modificare le proprie decisioni di investimento trasferendo gli investimenti in altri Paesi, sono in grado di condizionare le istituzioni statali – che normalmente competono con altri Stati per attrarre gli investimenti stranieri – inducendoli a ridurre (o a congelare) gli

standard normativi interni, creando le condizioni favorevoli per il verificarsi di comportamenti lesivi dei diritti individuali, o di quelli collettivi appartenenti a particolari gruppi di individui e comunità⁴⁶.

Sotto un altro punto di vista, l'utilizzo delle *value chains* per la realizzazione di beni o servizi funzionali alla produzione aziendale comporta la 'polverizzazione' delle condotte e l'impossibilità, anche laddove esistano nei sistemi giuridici nazionali delle vie di ricorso, di attribuire la responsabilità per le violazioni dei diritti umani o determinare chi detiene il controllo effettivo sulle condotte degli enti che operano a valle della catena di fornitura. Questo insieme di ostacoli ha indotto gli studiosi a mettere in rilievo il ruolo svolto dagli Stati di origine delle imprese (gli *Home States*) attraverso il potere di controllo che essi possono esercitare sulle attività svolte nei Paesi terzi dalle imprese domiciliate nel loro territorio anche quando queste operino attraverso società affiliate o lungo le catene del valore oppure lungo quelle di approvvigionamento⁴⁷.

Una volta chiariti i motivi del crescente interesse verso il problema dell'applicabilità extraterritoriale dello *State duty to protect*, occorre verificare quale soluzione può essere data a siffatto problema. Ora, poiché si tratta di questione collegata all'ambito di applicazione delle norme sui diritti umani, è a tale sistema che occorre fare riferimento. È noto, in proposito che i trattati sui diritti umani impegnano gli Stati contraenti nell'ambito del loro territorio o della loro giurisdizione.

- Il termine *giurisdizione*, che rinvia in generale all'autorità di governo *nel suo complesso* e non è solo riferito al potere legislativo a quello giudiziario, o a quello amministrativo, viene interpretato in genere in senso territoriale, cioè è riferito al territorio dello Stato⁴⁸. Tuttavia, in alcuni casi eccezionali il diritto internazionale ammette che gli Stati possano esercitare una giurisdizione extraterritoriale, nel senso che in alcune situazioni lo Stato può esercitare i propri poteri anche oltre i confini territoriali. Ad esempio, gli Stati mantengono la giurisdizione sui propri cittadini anche quando questi si trovano all'estero; alcuni reati possono essere perseguiti in uno Stato indipendentemente dal luogo in cui sono stati commessi (ad esempio, la pirateria e i reati a sfondo sessuale mi-

⁴⁶ Cfr. D. Birchall, "Corporate Power over Human Rights: An Analytical Framework", in *Bus. Hum. Rights J.*, 2021, pp. 42-66.

⁴⁷ In senso favorevole al riconoscimento di un siffatto obbligo extraterritoriale v. D. Augenstein, D. Kinley, "When human rights "responsibilities" become "duties": the extraterritorial obligations of states that bind corporations", in S. Deva, D. Bilchitz (eds), *Human Rights Obligations of Business: Beyond the corporate responsibility to respect?*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013, p. 271 ss. In senso contrario, cfr. C. Methven O'Brien, "The Home State Duty to Regulate the Human Rights Impacts of TNCs Abroad: A Rebuttal", in *Bus. Hum. Rights J.*, 2018, pp. 47-73. La questione è anche al centro dei negoziati ONU su di un trattato internazionale su imprese e diritti umani con l'art. 9 della bozza di trattato che si sofferma sulla giurisdizione extraterritoriale dei futuri Stati membri (cfr. in part. OEIGWG, *Updated draft legally binding instrument (clean version) to regulate, in international human rights law, the activities of transnational corporations and other business enterprises*, luglio 2023).

⁴⁸ Cfr. B. Conforti, M. Iovane, *Diritto internazionale*, XII ed., cit., pp. 213-215 ss.; B. Stern, "Quelques observations sur les règles internationales relatives à l'application extraterritoriale du droit", *AFDI*, vol. 32, 1986, pp. 7-52, in part. p. 23.

norile). Inoltre, e proprio con riguardo ai trattati internazionali sui diritti umani, gli Stati si impegnano a rispettare gli obblighi da essi discendenti sia all'interno del proprio territorio, sia al di fuori di esso ovunque esercitino la propria autorità di governo: le fattispecie sono note ed includono, ad esempio, l'invio di contingenti militari all'estero, l'occupazione di territori di altri Paesi con forze armate, la detenzione di presunti terroristi in basi situate in Stati terzi.

Ebbene, *quid iuris* in relazione alle operazioni economiche transfrontaliere delle imprese? I Principi Guida adottano un approccio estremamente cauto. Il Principio 2 sancisce, infatti, che gli Stati «dovrebbero specificare in modo chiaro l'aspettativa che tutte le imprese aventi sede nel loro territorio e/o sotto la loro giurisdizione rispettino i diritti umani in tutte le loro attività». Il commentario al Principio 2 aggiunge inoltre che «allo stato attuale, generalmente gli Stati non sono tenuti in base al diritto internazionale dei diritti umani a disciplinare le attività extraterritoriali delle imprese aventi sede nel loro territorio e/o sotto la loro giurisdizione. Allo stesso modo, siffatta eventualità non è nemmeno loro proibita, a condizione che vi sia una base giurisdizionalmente adeguata».

- La formulazione del Principio 2 si spiega ove si consideri che nel diritto internazionale convivono due nozioni di giurisdizione. Una nozione, propria del diritto internazionale generale, rinvia al potere (o al diritto) degli Stati di regolare attraverso il proprio diritto interno la condotta delle persone fisiche e giuridiche. Siffatto potere – espressione della sovranità statale – è limitato dall'esistenza di uguali poteri sovrani di altri Stati e ha come detto un carattere principalmente territoriale. Ne consegue che uno Stato non può esercitare la giurisdizione sul territorio di un altro Stato senza che quest'ultimo abbia prestato il suo consenso, invito o acquiescenza. Una seconda nozione di giurisdizione si applica, invece, in relazione ai trattati internazionali sui diritti umani: essa serve a definire l'ambito di applicazione degli obblighi che da tali trattati discendono per gli Stati contraenti. Anche se tale tipo di giurisdizione rimane essenzialmente territoriale, essa può eccezionalmente operare estraterritorialmente in presenza di particolari circostanze (ad es. allorquando lo Stato eserciti un controllo effettivo su di una determinata area geografica o su determinati individui)⁴⁹.

L'esercizio extraterritoriale della giurisdizione è dunque un fatto eccezionale che può originare tre situazioni specifiche: a) la *prescriptive extraterritorial jurisdiction*; b) la *adjudicative extraterritorial jurisdiction*; c) la *enforcement extraterritorial jurisdiction*⁵⁰. Con specifico riferimento alla regolamentazione della con-

⁴⁹ La letteratura in materia è vastissima. Ci limitiamo, per ragioni di spazio, a rinviare a Y. Shany, "The Extraterritorial Application of International Human Rights Law", in *RCADI*, vol. 409, Leiden, 2020, pp. 9-152; S. Vezzani, "Considerazioni sulla giurisdizione extraterritoriale ai sensi dei trattati sui diritti umani", in *RDI*, 2018, pp. 1086-1135; M. Milanovic, *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties*, Oxford, 2011; P. De Sena, *La nozione di giurisdizione statale nei trattati sui diritti dell'uomo*, Torino, 2002.

⁵⁰ Torneremo su questi aspetti anche nella Parte III, lì dove esamineremo gli ostacoli che si pongono all'esercizio della giurisdizione extraterritoriale in quelle situazioni in cui le vittime di violazioni dei diritti umani che si verificano nell'ambito delle attività di impresa cerchino di accedere a delle