

I diritti dell'uomo

cronache e battaglie

organo dell'Unione forense per la tutela dei diritti umani

DIRETTORE ANTON GIULIO LANA

anno XXXII, 1, 2021

editoriale

Avvocati per l'Afghanistan

Anton Giulio Lana

speciale: diritti umani e ambiente

Accesso alla giustizia per vittime di violazioni di diritti fondamentali e danni socioambientali nella catena di approvvigionamento delle imprese multinazionali

Robert Bray e Ilaria Pretelli

Migranti ambientali e climatici

Veronica Dini

L'evoluzione della *climate litigation* relativa alla violazione dei diritti umani

Ferdinando Franceschelli

Il "*rights turn*" nel contenzioso climatico in prospettiva comparatistica

Valentina Jacometti

Giustizia ambientale e giustizia sociale: dalla "cultura dello scarto" a nuove istituzioni globali per la "casa comune"

Daniela Padoan

Il diritto umano a un ambiente sano alla luce dell'opinione consultiva della Corte Interamericana dei diritti umani

Tullio Scovazzi

note e commenti

Lotta al cambiamento climatico e prospettive di tutela europea dei diritti in capo alle generazioni future

Rainer Maria Baratti

Obbligo vaccinale e richiesta di certificazione

Vladimiro Zagrebelsky

opinioni e attualità

Being a foreign prisoner in albanian system of deprivation of liberties

Avokati i Popullit, Albania

In ricordo di Giuseppe Tesauro

Cesare Mirabelli

rubriche

Nazioni Unite

a cura di Matteo Carbonelli

Unione europea

a cura di Giuseppe Bronzini

Consiglio d'Europa

a cura di Maurizio de Stefano

Rassegna della giurisprudenza della Corte costituzionale

a cura di Lucia Tria

Immigrazione e asilo

a cura di Adele Del Guercio

Giustizia penale internazionale

a cura di Irene Piccolo

Editoriale Scientifica

speciale: diritti umani e ambiente

ACCESSO ALLA GIUSTIZIA PER VITTIME DI VIOLAZIONI DI DIRITTI FONDAMENTALI E DANNI SOCIOAMBIENTALI NELLA CATENA DI APPROVVIGIONAMENTO DELLE IMPRESE MULTINAZIONALI*

*Robert Bray e Ilaria Pretelli***

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Le iniziative nazionali. – 3. Rischi di frammentazione legislativa in un contesto globale. – 4. Le regole comunitarie di diritto privato internazionale. – 4.1. Il foro competente e la presunta “necessità” di un *forum necessitatis*. – 5. Il diritto applicabile. – 5.1. Norme di applicazione necessaria. – 5.2. Norme di sicurezza e condotta – l’art. 17 del regolamento Roma II. – 5.3. L’art. 7 del regolamento Roma II e la clausola di eccezione. – 6. La giurisprudenza. – 7. Conclusioni.

1. Introduzione

Da tempo la comunità internazionale si è posta l’esigenza di garantire l’accesso alla giustizia alle vittime di violazioni di diritti fondamentali avvenute nell’ambito della catena di approvvigionamento di società aventi sede in paesi ricchi, in particolare nell’Unione Europea, ma le cui conseguenze dannose si producono all’altro lato della catena: nei paesi poveri in cui tali società hanno esternalizzato parte delle loro attività.

Uno dei primi casi, particolarmente eclatanti e scioccanti, che sono arrivati nei tribunali dei paesi occidentali, è stato l’incidente industriale del 2 dicembre 1984 presso gli impianti della Union Carbide Bhopal¹, seguito da altri incidenti quali, più di recente il crollo dell’edificio

* Relazione tenuta in occasione del Convegno webinar “Diritti umani e ambiente” del 16 giugno 2021, organizzato dall’Ordine degli Avvocati di Milano e Scuola Forense di Milano.

** Robert Bray, *ex-capo del segretariato della Commissione giuridica del Parlamento europeo*, e Ilaria Pretelli, *Istituto svizzero di diritto comparato*. Il presente articolo costituisce una riflessione ispirata dal lavoro fatto dagli autori nel contesto di un progetto congiunto dello European Law Institute e dell’Agenzia dei diritti fondamentali dell’Unione europea (si veda <https://www.europeanlawinstitute.eu/projects-publications/current-projects-upcoming-projects-and-other-activities/current-projects/business-and-human-rights/>). Le idee espresse rappresentano le opinioni personali degli autori.

¹ T. BALLARINO, *Questions de droit international privé et dommages catastrophiques*, R.C.A.D.I., 1990, p. 302.

Rana Plaza in Bangladesh². Se, nella ricostruzione di questi incidenti, è stato possibile individuare responsabilità dovute alla negligenza delle imprese multinazionali presenti (a diverso titolo) nel territorio in cui si è verificato il danno, in altri casi tali imprese sono state riconosciute colpevoli di avere scientemente operato in violazione dei diritti umani e ambientali dei popoli nel cui territorio operavano. Emblematica è la vicenda del popolo Ogoni³, che ha subito gravissime perdite umane in conseguenza di azioni concertate tra la Shell e il governo locale e miranti ad arginare la sua protesta contro l'inquinamento del delta del Niger provocato dall'industria di estrazione del petrolio.

Una prima iniziativa diretta a prevenire violazioni dei diritti umani collegate a esigenze di massimizzazione del profitto, ha portato l'UE a prevedere un obbligo di *reporting* non finanziario con la direttiva 2014/95/UE⁴. Sebbene l'intento sia lodevole, la previsione di questo obbligo non sembra tenere conto della specificità del fenomeno oggetto del presente contributo. La grande maggioranza delle imprese multinazionali aderisce a standard etici e possiede una cultura organizzativa che assicura che i diritti umani siano rispettati dalle loro filiali e appaltatori in tutto il mondo. A questo proposito, aggiungere uno strato di burocrazia a queste aziende richiedendo loro di soddisfare l'obbligo di *reporting* non finanziario non ci sembra essere né efficiente né sufficientemente efficace allo scopo di migliorare la dovuta diligenza relativa ai diritti dell'uomo.

Di fatto, gli obblighi di *reporting* non escludono la possibilità che le imprese multinazionali approfittino deliberatamente delle carenze dei sistemi giuridici di alcuni paesi terzi e sopprimano l'efficacia dei meccanismi giudiziari dello Stato ospitante, continuando a perseguire il profitto a spese dei diritti umani e della protezione ambientale nel territorio di questi Stati. L'esperienza del passato dimostra che queste carenze sono spesso esacerbate da amministrazioni deboli e dalla corruzione. È quindi improbabile che gli obblighi di reporting costituiscono uno strumento adeguatamente dissuasivo.

² Cfr. *The Rana Plaza Accident and its aftermath*, ILO, https://www.ilo.org/global/topics/geip/WCMS_614394/lang-en/index.htm.

³ Cfr., *ex multis*, B.R. KONNE, *Inadequate Monitoring and Enforcement in the Nigerian Oil Industry: The Case of Shell and Ogoniland*, Cornell International Law Journal, Volume 47, Issue 1 Winter 2014-2013; *Nigeria. The Ogoni Crisis: A Case Study of Military Repression in South-eastern Nigeria*, luglio 1995, Human Rights Watch; *Nigeria. The Ogoni trials and detentions*, 15 settembre 1995, Amnesty International.

⁴ L'ordinamento italiano ha dato attuazione alla direttiva con D.lgs. 30 dicembre 2016, n. 254.

Le vittime delle violazioni dei diritti umani, anche in conseguenza di danni ambientali, spesso hanno poco o nessun accesso alla giustizia nei loro tribunali civili nazionali. Spesso, i ricorrenti nei paesi terzi preferiscono intentare una causa contro le società madri sia perché le entità locali nella catena di approvvigionamento sono sottocapitalizzate sia perché l'esperienza ha illustrato che i tribunali locali sono poco favorevoli ai ricorrenti⁵.

È per questo motivo che la Commissione europea sta studiando la possibilità di adottare una legislazione più efficace in questo settore e che il Parlamento europeo ha adottato una risoluzione il 10 marzo 2021 recante raccomandazioni alla Commissione concernenti la dovuta diligenza e la responsabilità delle imprese⁶. Questa risoluzione propone degli emendamenti alla legislazione europea sul diritto internazionale privato e sui conflitti di leggi: il regolamento Bruxelles Ibis sulla competenza giudiziaria ed il riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze⁷ ed il regolamento Roma II sul diritto applicabile alle obbligazioni extracontrattuali⁸.

Riformare i regolamenti in vigore è una scelta da ponderare attentamente. Le regole del diritto internazionale privato sono state oggetto di negoziazione tra gli Stati membri e hanno resistito alla prova del tempo, sono state precisate e rafforzate grazie al contributo decisivo della giurisprudenza. Qualsiasi ulteriore cambiamento dovrebbe essere motivato da una stringente necessità, tenuto conto della crescente difficoltà dei pratici del diritto a stare al passo con il ritmo impresso dall'Unione Europea all'evoluzione e proliferazione legislative.

Bisogna inoltre considerare che, visto l'art. 3 del protocollo sulla posizione dell'Irlanda, allegato ai trattati, e gli artt. 1 e 2 del protocollo n. 22 sulla posizione della Danimarca allegato ai trattati, l'uso degli artt. 67 e 81 del TFUE come base giuridica per eventuali modifiche ai regolamenti dell'UE sui conflitti di leggi e sul diritto internazionale

⁵ Cfr. P.A. BERGKAMP, sotto la supervisione scientifica del Prof. Dr M.E. STORME e C. VAN DEN BROECK, *Models of Corporate Supply Chain Liability* <https://www.law.kuleuven.be/apps/jural/public/art/55n2/bergkampsupplychainliability.pdf>.

⁶ [https://www.europarl.europa.eu/RegData/seance_pleniere/textes_adoptes/provisoire/2021/03-10/0073/P9_TA-PROV\(2021\)0073_IT.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/seance_pleniere/textes_adoptes/provisoire/2021/03-10/0073/P9_TA-PROV(2021)0073_IT.pdf).

⁷ Regolamento (UE) n. 1215/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 dicembre 2012 concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, GU L 351, 20.12.2012, p. 1.

⁸ Regolamento (CE) n. 864/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 luglio 2007 sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali ("Roma II"), GU L 199, 31.7.2007, p. 40.

privato potrebbe essere problematico in combinazione con un altro o altri articoli del TFUE.

2. Le iniziative nazionali

Un numero crescente di legislazioni nazionali iniziano ad occuparsi di alcuni aspetti della *due diligence* relativamente ai diritti umani fondamentali, per esempio, il *Modern Slavery Act*⁹ nel Regno Unito, il *Wet zorgplicht kinderarbeid* (Legge sulla dovuta diligenza e il lavoro minorile)¹⁰ nei Paesi Bassi et la *Loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre* in Francia¹¹. Inoltre, di recente il parlamento tedesco ha approvato il *Gesetz über die unternehmerischen Sorgfaltspflichten in Lieferketten* (Legge sulla dovuta diligenza aziendale nelle catene di approvvigionamento)¹² che aggiunge alla eventuale responsabilità civile dell'impresa coinvolta, anche una specifica responsabilità amministrativa. I nuovi obblighi di diligenza previsti dalla legge, creati allo scopo di migliorare la situazione dei diritti umani nelle catene di approvvigionamento internazionali, devono essere attuati attraverso procedimenti amministrativi e mediante sanzioni amministrative. In caso di gravi violazioni, le aziende possono anche essere escluse dagli appalti pubblici fino a tre anni. La legge permette tuttavia ai sindacati nazionali e alle organizzazioni non governative di citare in giudizio a proprio nome anche per conto di altri, consentendo loro di intraprendere un'azione legale se si vuole far valere in tribunale

⁹ Modern Slavery Act 2015: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2015/30/contents/enacted>.

¹⁰ Wet van 24 oktober 2019 houdende de invoering van een zorgplicht ter voorkoming van de levering van goederen en diensten die met behulp van kinderarbeid tot stand zijn gekomen: Un utile riassunto in inglese può essere trovato qui: H. KERSTHOLT, N. DUTILH, *Dutch Child Labor Due Diligence Act Approved by Senate - Implications for Global Companies* (Ropes & Gray, 5 giugno 2019) <https://www.ropesgray.com/en/newsroom/alerts/2019/06/Dutch-Child-Labor-Due-Diligence-Act-Approved-by-Senate-Implications-for-Global-Companies>.

¹¹ Loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre: <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/loi/2017/3/27/ECFX1509096L/jo/texte>.

¹² Sorgfaltspflichtengesetz (Gesetz über die unternehmerischen Sorgfaltspflichten in Lieferketten) -https://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav?startbk=Bundesanzeiger_BGB1&jumpTo=bgbl121s2959.pdf#_bgbl__%2F%2F*%5B%40attr_id%3D%27bgbl121s2959.pdf%27%5D__1627473529430.

la violazione di una “posizione giuridica protetta eminentemente importante” (*eine überragend wichtige geschützte Rechtsposition*).

3. Rischi di frammentazione legislativa in un contesto globale

Queste innovazioni comportano rischi per il mercato interno (cfr. la nota giurisprudenza sulla pubblicità del tabacco)¹³. Alla luce di queste esperienze recenti, si ritiene che vi siano buone ragioni per adottare una normativa UE (preferibilmente un regolamento) sulla base dell’art. 114 del TFUE che stabilisca un dovere di diligenza da parte delle società madri stabilite nell’UE nei confronti delle loro filiali e partner commerciali, suscettibile di meglio proteggere il mercato interno. Il potenziale contenuto del dovere di diligenza emerge da un’analisi del diritto comparato in questa materia. Il fatto che gli Stati membri abbiano adottato o stiano pensando di adottare legislazioni diverse sulla responsabilità della catena di approvvigionamento, mentre altri non hanno una legislazione di questo tipo, ha implicazioni per il mercato interno tali da giustificare un’armonizzazione ai sensi dell’art. 114.

Nel caso di una multinazionale con sede in uno Stato membro, il dovere di diligenza è concepito come l’obbligo di rispettare, imporre, controllare e far rispettare le norme che sanciscono un preciso dovere di diligenza in tutte le aree geografiche di operazione della multinazionale.

Il contenzioso nel foro della società madre nell’UE, basandosi principalmente sul diritto di questo Stato membro, sarebbe allora possibile sen-

¹³ Corte di Giustizia delle Comunità europee, *Germania c. Parlamento europeo e Consiglio*, causa C-376/98, sentenza del 5 ottobre 2000, ECLI: ECLI:EU:C:2000:544; Corte di Giustizia delle Comunità europee, *Germania c. Parlamento europeo e Consiglio*, causa C-380/03, sentenza del 12 dicembre 2006, ECLI: ECLI:EU:C:2006:772. Inoltre, va sottolineato anche l’obiettivo sociale che l’Unione si pone, richiamato ai punti 153 ss. per respingere: “[...]la tesi, sostenuta dalla ricorrente [Germania], secondo cui siffatti provvedimenti di divieto finirebbero per privare le imprese del settore della stampa di considerevoli introiti pubblicitari, o contribuirebbero addirittura alla chiusura di alcune imprese, arrecando, in definitiva, un pregiudizio alla libertà di espressione garantita dall’art. 10 della CEDU [154]. È opportuno ricordare che, per una costante giurisprudenza, se il principio della libertà di espressione è espressamente riconosciuto dall’art. 10 della CEDU e rappresenta un fondamento essenziale di una società democratica, risulta tuttavia dal n. 2 del detto articolo che tale libertà è anch’essa soggetta a talune limitazioni giustificate da obiettivi di interesse generale se tali deroghe sono previste dalla legge, dettate da uno o più scopi legittimi ai sensi della detta disposizione e necessarie in una società democratica, cioè giustificate da un bisogno sociale imperativo e, in particolare, proporzionate al fine legittimo perseguito”.

za dover forzare le regole del diritto internazionale privato con il ricorso a disposizioni imperative, sulla base di una soluzione facilmente comprensibile e solida. Va da sé che l'esistenza di uno strumento dell'Unione europea che stabilisca un obbligo di diligenza legale non escluderebbe un contenzioso basato sulle regole del diritto internazionale privato.

La legge francese sul dovere di vigilanza impone alle società un dovere nei confronti delle loro filiali e delle loro relazioni d'affari, e fornisce alle persone interessate la possibilità di far valere tale dovere attraverso il diritto civile. L'Italia ha dato l'esempio con l'art. 4.1 del decreto legislativo n. 231/2001, in base al quale le società madri possono essere rese responsabili in Italia di reati penali commessi da una controllata all'estero ma non perseguiti, e nell'art. 2497 del codice civile in base al quale le società madri hanno un dovere di diligenza ("*di corretta gestione societaria e imprenditoriale*") nei confronti delle loro controllate. In caso di inadempienza, gli azionisti possono chiedere un risarcimento alla società madre.

Uno strumento dell'UE che armonizzi un tale dovere avrebbe il vantaggio di imporre precisi obblighi alla società multinazionale situata in uno Stato membro e quindi di creare una causa potenziale di azione nel foro europeo in cui tale società ha posto la sua sede. I vantaggi sono evidenti: per esempio, una domanda di misure provvisorie potrebbe facilmente essere presentata nel luogo in cui si trova la sede legale della multinazionale, superando così le barriere all'accesso al rimedio causate da una protezione giuridica insufficiente e da una *governance* debole nel paese ospitante.

Una misura legislativa che preveda che l'impresa principale abbia specifici doveri di vigilanza nei confronti delle sue filiali e nei confronti delle relazioni commerciali con terzi per quanto riguarda l'integrità degli affari, la protezione dell'ambiente, la salute e la sicurezza dei lavoratori e delle popolazioni indigene appare dunque auspicabile, in linea con quanto prescritto dai Principi Guida delle Nazioni Unite in materia di responsabilità delle imprese, dovere di rispettare i diritti umani e di agire con la dovuta diligenza.

Per rendere effettivi tali doveri e responsabilità, l'accesso alla giustizia è essenziale. Ciò significa che i tribunali della sede della società principale dovrebbero avere la giurisdizione su qualsiasi controversia in relazione a possibili violazioni di tale dovere di vigilanza.

Un dovere di diligenza da parte dell'impresa principale, che copra ogni impresa della catena di approvvigionamento e che possa essere fatto valere nei suoi confronti presso i tribunali del foro in cui essa opera,

può inoltre essere creato per contratto. Si tratterebbe, in altre parole, di creare un dovere di vigilanza contrattualmente stabilito che copra questioni specifiche. In tal modo, coloro che hanno subito abusi dei diritti umani potrebbero intentare un'azione presso i tribunali del luogo in cui la società principale ha la sede. In tale luogo, potrebbero essere citate, congiuntamente, le sue filiali e fornitori, se la *lex fori* lo prevede. L'elemento contrattuale ha diversi vantaggi. In primo luogo, le vittime delle violazioni dei diritti umani potrebbero citare in giudizio una multinazionale "a casa sua", non solo sulla base di un dovere di diligenza (i.e. di vigilanza) che concede un'azione per responsabilità extracontrattuale (illecito), ma anche sulla base della violazione della clausola contrattuale (una sorta di contratto sociale, o impegno a rispettare elementari esigenze socioambientali nei territori in cui opera la sua catena di approvvigionamento). In secondo luogo, la violazione del contratto può offrire un elemento importante nella valutazione della responsabilità. In terzo luogo, offrirebbe una *norma agendi* che chiarisca con esempi non esaustivi gli obblighi di diligenza in materia di diritti umani. Infine, coprirebbe le parti della catena di approvvigionamento e renderebbe la clausola più efficacemente applicabile. Lo scopo è di facilitare al massimo l'accesso effettivo alla giustizia per le vittime di violazioni dei diritti umani e di danni all'ambiente. Soluzioni di questo tipo sono già allo studio oltre oceano. Esiste ad esempio, in seno all'American Bar Association, un Working Group to Draft Model Contract Clauses to Protect Human Rights in International Supply Chains¹⁴.

Per quanto riguarda il dovere di vigilanza stesso, ci sembra che se i tribunali inglesi, per esempio, applicano la giurisprudenza che impone un dovere di vigilanza a questo tipo di situazioni, ricavandolo da un principio generale di giustizia, a fortiori il legislatore di diritto continentale può creare un dovere di vigilanza legale.

Sarebbe poi opportuno valutare l'introduzione di una clausola che stabilisca che il contratto debba prevedere un preciso impegno del committente, volto a controllare e garantire il rispetto dei diritti umani da parte della catena di approvvigionamento, con un preciso dovere di informazione, e anche di formazione del personale operante in loco, nonché estensione di tale dovere di vigilanza. Di conseguenza, l'impresa principale verrebbe sottoposta a un preciso obbligo, al quale un documento di certificazione non potrebbe sottrarla (i.e. non potrebbe così sostenere di aver adempiuto al dovere di vigilanza per

¹⁴ "Si veda il portale dedicato qui: https://www.americanbar.org/groups/human_rights/business-human-rights-initiative/contractual-clauses-project/".

il solo fatto di essersi adoperata a far sottoscrivere un impegno di diligenza e vigilanza ai collegamenti commerciali presenti nella catena di approvvigionamento o per il solo fatto di aver dato mandato ad un'impresa esterna di eseguire un audit sociale, o di aver correttamente adempiuto agli obblighi di reporting non finanziario etc.). Infatti, la disposizione europea dovrebbe richiedere che la società principale intraprenda azioni positive immediate in caso di violazione, compresa l'imposizione di sanzioni o la sospensione della relazione commerciale e, in ultima istanza, la risoluzione del contratto, a seconda della gravità della violazione. Per evitare abusi, la rescissione del contratto non potrebbe comunque prescindere da una richiesta al tribunale competente nell'UE che consenta di valutare adeguatamente la buona fede della società avente sede nell'area EU.

Sulla scorta della legge tedesca, un'inadempienza dell'azienda principale a queste disposizioni, la esporrebbe a sanzioni amministrative.

Questa soluzione potrebbe essere facilmente combinata con misure per alleggerire l'onere probatorio delle vittime.

L'armonizzazione delle legislazioni in questo ambito nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia, avrebbe il vantaggio di risparmiare alle vittime i costi e le insidie di procedimenti che coinvolgono elementi di diritto internazionale privato, alla luce delle considerazioni che seguono.

4. Le regole comunitarie di diritto privato internazionale

In linea di principio, quando il convenuto è domiciliato all'interno dell'UE, le norme di diritto internazionale privato dell'UE sono già largamente armonizzate e costituiscono quindi una competenza esclusiva dell'UE¹⁵. In tutti gli altri casi, cioè quando una certa materia non è stata coperta dai regolamenti europei ex art. 81 TFUE, si applicano le norme nazionali di diritto internazionale privato di ogni Stato membro.

4.1. Il foro competente e la presunta "necessità" di un forum necessitatis

La dottrina ha spesso suggerito di introdurre una norma sul *forum*

¹⁵ Corte di Giustizia delle Comunità europee, *Competenza della Comunità a concludere la nuova Convenzione di Lugano concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale*, parere 1/03 del 7 febbraio 2006, ECLI:EU:C:2006:81.

necessitatis sulla falsariga delle norme previste dal regolamento sulle successioni e dal regolamento sulle obbligazioni alimentari per le violazioni dei diritti umani e i danni socioambientali.

La Commissione europea ha proposto l'aggiunta di un tale foro quando ha rivisto le principali regole giurisdizionali del regolamento Bruxelles I nel 2012. Ma il Parlamento europeo ha respinto la proposta, non perché non credesse nella buona amministrazione della giustizia per le imprese, i diritti umani e altri casi, ma perché più l'UE espande le sue regole giurisdizionali a casi che hanno meno di un legame immediato con l'UE, più, ovviamente, è probabile che si confronti con procedimenti esistenti altrove e con preoccupazioni politiche, circa l'interferenza dell'UE in questioni che non sono necessariamente di sua competenza. Regole giurisdizionali snelle ed efficaci aiutano la rapidità della giustizia. Prolungate linee di indagine su disposizioni di procedura civile vaghe o talvolta persino ridondanti, non aiutano la rapidità della giustizia¹⁶. Altri proponenti del *forum necessitatis* ammettono che mentre può fornire accesso alla giustizia per le vittime di violazioni dei diritti umani, crea anche il rischio di *forum shopping* potenzialmente aumenta l'incertezza per i convenuti in particolare quando si tratta di imprese multinazionali¹⁷.

Per di più, anche se i Paesi Bassi hanno un foro di necessità nel proprio sistema giuridico, i comitati consultivi congiunti olandesi per il diritto internazionale privato hanno considerato che la piena armonizzazione delle regole di giurisdizione nei confronti dei convenuti di Stati terzi non era auspicabile perché l'UE dovrebbe lasciare la piena armonizzazione delle regole di diritto internazionale privato sulla giurisdizione alla Conferenza dell'Aia e perché il sistema di Bruxelles I è di natura distributiva piuttosto che attributiva. In altre parole, Bruxelles I non era destinato a creare nuovi criteri di giurisdizione, ma "semplicemente" a creare una ripartizione razionale del potere giurisdizionale tra gli Stati membri. Il fondamento di questo regime è il principio dell'Unione di fiducia reciproca nei sistemi giuridici degli altri Stati membri, un principio che non si applica agli Stati terzi. Di conseguenza, non ci sarebbe alcuna garanzia che i tribunali di uno Stato terzo assumano la giurisdizione quando uno Stato dell'UE non può farlo; né l'assunzione

¹⁶ G. VAN CALSTER, <https://novabhre.novalaw.unl.pt/european-parliament-proposal-to-amend-boosting-corporate-due-diligence/>.

¹⁷ L. ROORDA and C. RYNGAERT, *Business and Human Rights Litigation in Europe: the Promises Held by Forum of Necessity-based Jurisdiction*, at p. 1, <https://unijuris.sites.uu.nl/wp-content/uploads/sites/9/2014/12/Business-and-Human-Rights-Litigation-in-Europe.-The-Promises-Held-by-Forum-of-Necessity-based-Jurisdiction.pdf>.

della giurisdizione da parte di uno Stato membro dell'UE sulla base del regime rivisto di Bruxelles I garantirebbe il riconoscimento e l'esecuzione da parte dei tribunali dello Stato terzo interessato. Quindi la natura chiusa del regime Bruxelles I non si presta all'estensione a controversie che coinvolgono convenuti di Stati terzi¹⁸.

Da parte sua, la Commissione europea aveva sostenuto che “Le norme armonizzate compensano la soppressione delle norme nazionali vigenti. [...] il forum necessitatis garantisce il diritto degli attori dell'UE a un giudice imparziale, diritto particolarmente rilevante per le imprese dell'UE che investono in paesi con un ordinamento giuridico non ancora ben sviluppato”.¹⁹ Questa giustificazione non coincide con le ragioni solitamente addotte per un forum di necessità per i casi di dovuta diligenza rispetto ai diritti dell'uomo.

Inoltre, nella sua Raccomandazione del 2 marzo 2016²⁰, il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa ha raccomandato che quando le imprese commerciali sono domiciliate in un paese esterno al Consiglio stesso, gli Stati membri dovrebbero considerare la possibilità di consentire ai loro tribunali nazionali di esercitare la giurisdizione sulle richieste civili riguardanti le violazioni dei diritti umani legate alle imprese, se non è disponibile nessun altro foro effettivo che garantisca un processo equo (*forum necessitatis*) e c'è un collegamento sufficientemente stretto con lo Stato membro interessato.

Dalla formulazione di questo passaggio, dal preambolo e dalle varie risoluzioni adottate dall'Assemblea parlamentare, sembrerebbe che intendesse suggerire che l'art. 6, comma 1, della Convenzione europea dei diritti dell'uomo rende necessario adottare un *forum necessitatis*, che è una lettura piuttosto audace della Convenzione e della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo.

È significativo, a questo proposito, che la risoluzione del Parlamento europeo del 10 marzo 2021 con raccomandazioni alla Commissione sulla dovuta diligenza delle imprese e la responsabilità delle imprese ha abbandonato la proposta di un *forum necessitatis* contenuta nel paragrafo 29 della relazione della commissione giuridica.

¹⁸ *Ibidem*, p. 21-22.

¹⁹ COM(2010) 748, Relazione, punto 3.1.2. <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:0748:FIN:IT:PDF>.

²⁰ Consiglio d'Europa, Comitato dei Ministri, *Human Rights and business*, Recommendation CM/Rec(2016)3 of the Committee of Ministers to Member States <https://edoc.coe.int/en/fundamental-freedoms/7302-human-rights-and-business-recommendation-cmrec20163-of-the-committee-of-ministers-to-member-states.html>.

A conti fatti, concludiamo che c'è poco da guadagnare includendo un *forum necessitatis* nella legislazione dell'UE, anche se fosse formulato in modo ristretto per coprire solo i casi di due diligence in materia di diritti umani e ambiente. Il *forum necessitatis* non sembra essere molto utilizzato nell'UE, anche se almeno 10 Stati membri hanno disposizioni nella legislazione o nella giurisprudenza per tale criterio di giurisdizione.

5. Il diritto applicabile

Le norme del regolamento Roma II, sul diritto applicabile sono di applicazione universale, vale a dire che, fatte salve le disposizioni relative alle norme imperative²¹ e all'ordine pubblico²², qualsiasi legge specificata dal regolamento si applica indipendentemente dal fatto che sia o meno la legge di uno Stato membro²³.

5.1 Norme di applicazione necessaria

L'art. 16 del regolamento Roma II prevede che le disposizioni del regolamento non pregiudicano l'applicazione delle disposizioni della legge del foro che siano di applicazione necessaria, quale che sia la legge applicabile all'obbligazione extracontrattuale.

È stato anche suggerito l'uso dell'art. 16 del regolamento Roma II per rendere un'eventuale legislazione sulla dovuta diligenza applicabile contro una società madre con la sede nell'Unione europea. Se alcune norme sui diritti umani e sull'ambiente fossero caratterizzate come disposizioni della legge del foro che sono di applicazione necessaria, allora dovrebbero essere applicate al posto della legge del paese della filiale che sarebbe normalmente applicabile secondo la regola generale dell'art. 4 comma 1 del regolamento Roma II.

Se tale caratterizzazione fosse confermata, l'art. 16 diventerebbe applicabile con il risultato di fissare standard di protezione più elevati.

La risoluzione del Parlamento europeo del 10 marzo 2021, sottolineando che le vittime di violazioni di diritti umani collegati alle attività delle imprese spesso non sono sufficientemente protette dalla legge del paese in cui il danno è stato causato, ritiene che le disposizioni

²¹ Roma II, art. 16.

²² *Ibidem*, art. 26.

²³ *Ibidem*, art. 4.

pertinenti della futura direttiva dovrebbero essere considerate disposizioni della legge del foro che sono di applicazione necessaria ai sensi dell'art. 16 del regolamento Roma II.

5.2. Norme di sicurezza e condotta – l'art. 17 del regolamento Roma II

È stato suggerito che l'art. 17 del regolamento Roma II potrebbe essere utilizzato per fare applicare per esempio delle norme europee sulla sicurezza al posto di lavoro nei paesi terzi.

Ma il considerando corrispondente²⁴ chiarisce che le norme di sicurezza e di condotta *“in vigore nel paese in cui il fatto dannoso è stato commesso”*, possono essere prese in considerazione *“anche ove l'obbligazione extracontrattuale sia disciplinata dalla legge di un altro paese”* e che il concetto dovrebbe essere *“interpretato come riferito a tutte le disposizioni che presentano un collegamento con la sicurezza e la condotta, comprese per esempio le norme relative alla sicurezza stradale in caso di incidente”*.

Secondo la relazione della proposta di rifusione di Bruxelles I della Commissione²⁵, *“quando la legge designata non è quella del paese ove il fatto che ha causato il danno si è prodotto, l'art. 13 del regolamento proposto obbliga il giudice a tener conto delle norme di sicurezza e di comportamento in vigore nel luogo e nel momento in cui il fatto generatore del danno si è verificato.”* L'articolo è basato sulle disposizioni analoghe delle convenzioni dell'Aia sugli incidenti stradali (art. 7) e sulla responsabilità per danno da prodotto (art. 9).

La regola si basa sul fatto che l'autore è tenuto a rispettare le norme di sicurezza e di comportamento *nel paese in cui agisce*, quale che sia peraltro la legge applicabile alle conseguenze civili della sua azione e che di tali norme va tenuto conto anche in sede di determinazione della responsabilità. *“Prendere in considerazione la legge straniera non significa per ciò stesso applicarla: il giudice applicherà esclusivamente la legge designata dalla norma di conflitto, ma dovrà tener conto di un'altra legge quale dato di fatto, ad esempio quando si tratti di valutare, per determinare l'ammontare del danno risarcibile, la gravità della colpa commessa o la buona o cattiva fede dell'autore”*.

Di conseguenza, queste regole sono state concepite e promulgate in riferimento agli incidenti stradali e alla responsabilità del prodotto

²⁴ Considerando n. 34.

²⁵ COM(2003)427 <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52003PC0427&from=EN>.

e, inoltre, per permettere di prendere in considerazione il diritto locale quando il diritto applicabile è quello di un paese straniero.

L'applicazione della legge locale ha portato a negare il risarcimento dei danni subiti dai lavoratori e dalle loro famiglie con il crollo dell'edificio Rana Plaza²⁶. Loblaws, il più grande rivenditore del Canada e principale acquirente di vestiti prodotti nella fabbrica del Bangladesh, aveva richiesto "audit sociali" sulla fabbrica che opera nel Rana Plaza, ma questi non avevano identificato tutti i pericoli a cui i lavoratori erano esposti e, in particolare, quelli che alla fine si sono concretizzati. I danni subiti dai lavoratori sono stati una diretta conseguenza dell'inspiegabile decisione dei dirigenti della fabbrica di ignorare l'ordine comunale di evacuazione dell'edificio. Sul sito erano ben visibili le crepe nei tre pilastri dell'edificio, successivamente crollati, che avevano spinto la polizia e l'ufficiale comunale a ordinare ai lavoratori di lasciare l'edificio. Se i lavoratori non avessero obbedito all'ordine irresponsabile dei loro datori di lavoro di tornare al lavoro il giorno dopo, nonostante la decisione della polizia, molti non sarebbero morti. La legge applicabile al risarcimento delle vittime è stata discussa nell'ambito di un'azione collettiva intentata dai lavoratori feriti e dai parenti di coloro che sono morti contro Loblaws in Canada. In conformità con la "legge del luogo in cui il danno si è verificato", la cui determinazione ha richiesto una complessa indagine, la Corte ha respinto le richieste di risarcimento.

L'art. 17 non è concepito allora per coprire la fattispecie che stiamo considerando e la sua applicazione va opportunamente esclusa nei casi di danni socioambientali nella catena di approvvigionamento delle imprese multinazionali.

5.3. L'art. 7 del regolamento Roma II e la clausola di eccezione

Attualmente, vi sono due modi per assicurare il principio del *favor laesi*. Uno consiste nell'applicare la regola dell'ubiquità, che consente alle vittime di violazioni di diritti umani connesse a danni ambientali di invocare l'art. 7 del regolamento Roma II. L'altra è quella di insistere per l'applicazione dell'art. 4(3) che consente alle vittime di illeciti di invocare il principio del collegamento più stretto²⁷.

²⁶ Corte di appello di Ontario, *Das v. George Weston Ltd*, sentenza del 12 dicembre 2018, 2018 ONCA 1053 136 e seguenti.

²⁷ Cf. A. PETER - S. GLESS - CH. THOMALE - M.-PH. WELLER, *Business and Human Rights: Making the Legally Binding Instrument Work in Public, Private and Criminal Law*, Max Planck Institute for Comp. Public Law & Int'l Law (MPIL) Research Paper No

Questa norma permette alla vittima di superare la *lex loci damni* di cui all'art. 4, paragrafo 1.

Nei casi di responsabilità delle imprese esiste certamente una stretta connessione tra un illecito e il luogo in cui il comportamento che lo ha causato si è perfezionato. Ad esempio quando il danno è la diretta conseguenza di un comportamento intenzionale come la decisione dell'amministratore di una società di fornire armi al governo di uno Stato per reprimere nel sangue manifestazioni di popolazioni indigene dirette a limitare l'impatto ambientale di una sua filiale.

La soluzione di attuare il *favor laesi* attraverso la clausola di salvaguardia non equipara la situazione delle vittime di danno ambientale a quella delle vittime di violazioni dei diritti umani, poiché non permette alla vittima di scegliere tra le due leggi (come nell'art. 7), ma, al momento attuale, è l'unica via percorribile.

Tale via non è peraltro esente da difficoltà attuative, che solo la giurisprudenza potrà acclarare.

6. La giurisprudenza

Dal punto di vista della giurisprudenza, ci sono stati degli sviluppi molto significativi soprattutto in Inghilterra (dove la giurisprudenza considera sempre gli strumenti comunitari) e nei Paesi Bassi.

La giurisprudenza che ha considerato la questione della potenziale responsabilità delle società madri per gli atti e le omissioni delle filiali in una serie di casi sta in evoluzione: in particolare per l'Inghilterra, *Chandler v. Cape Plc*²⁸, *Adams v. Cape*²⁹, *Thompson v. Renwick Group*³⁰, *AAA v. Unilever*³¹, *Vedanta*³² e *Okapi*³³ e per un esempio dall'Olanda *Milieudefensie*

06-2020, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3561482. Cf. anche I. PRETELLI, *A Humanist Approach to Private international Law and the Internet*, Yearbook of Private International Law, Volume 22 (2020/2021), pp. 201-243.

²⁸ Corte di appello di Inghilterra e Galles, *Chandler v. Cape*, sentenza del 25 aprile 2012, [2012] EWCA (Civ) 525.

²⁹ Corte di appello di Inghilterra e Galles, *Adams v. Cape Industries Plc*, sentenza del 27 luglio 1989, [1990] Ch. 433.

³⁰ Corte di appello di Inghilterra e Galles, *Thompson v. The Renwick Group Plc*, sentenza del 13 maggio 2014, (2014) EWCA CIV 635.

³¹ Corte di appello di Inghilterra e Galles, *AAA v. Unilever PLC and Unilever Tea Kenya Limited*, sentenza del 14 luglio 2018, [2018] EWCA Civ 1532.

³² Corte suprema del Regno Unito, *Lungowe v. Vedanta Resources plc*, sentenza del 10 aprile 2019, [2019] UKSC 20.

³³ Corte suprema del Regno Unito, *Okpabi v. Royal Dutch Shell Plc*, sentenza del 12 febbraio 2021, [2021] UKSC 3.

v. *Shell*³⁴. La giurisprudenza illustra le somiglianze e le differenze tra l'approccio della common law e quello del diritto continentale. Mentre, in Inghilterra, i tribunali utilizzano l'approccio del duty of care (dovere di vigilanza) per affermare la competenza giurisdizionale e per ritenere le società madri responsabili per gli atti e le omissioni delle entità della catena di approvvigionamento; nel diritto continentale, è sufficiente basare la rivendicazione illecita sulla colpa, il danno e un legame causale tra la colpa e il danno. Questi test sono quasi identici ai requisiti di common law del dovere di vigilanza, una violazione di quel dovere, e un nesso causale tra la violazione del dovere e il danno che si è verificato.

Poi non è sempre necessario applicare un diritto diverso da quello del paese terzo. La legge del paese terzo non è sempre e necessariamente meno severa di quella del paese in cui ha sede l'impresa principale. In fatti, in certi casi, i tribunali di Inghilterra e, in misura minore, i tribunali dei Paesi Bassi hanno affermato la loro giurisdizione e hanno anche applicato il diritto dei paesi che fanno parte della famiglia della common law.

Un altro fattore da tenere presente è illustrato dalla causa inglese *Municipio de Mariana*³⁵. È importante in quanto stabilisce un chiaro precedente di *abuse of process*. La causa è stata intentata da oltre 200.000 ricorrenti per il risarcimento dei massicci danni umani, ambientali ed economici causati dal crollo del 2015 della diga di Fundão nel sud-est del Brasile. L'abuso è stato affermato principalmente sulla base del fatto che in Brasile erano in corso procedimenti paralleli in una fase avanzata; un fondo di compensazione per le vittime era stato istituito nel 2015 e un altro era in fase di negoziazione e le richieste individuali erano state presentate da individui che non erano stati ammessi a tali sistemi di compensazione. Sebbene la giurisdizione non sia stata mantenuta per abuso del processo, il tribunale discute *obiter* l'applicazione della regola della *litispendenza* del regolamento Bruxelles Ibis con riferimento agli Stati terzi e conclude che, dato il rischio effettivo di sentenze inconciliabili, avrebbe applicato l'art. 34 di tale regolamento per sospendere il procedimento.

Queste regole sono ispirate dalla desiderabilità di un'armonia internazionale delle soluzioni. Si fa anche riferimento alla vecchia dottrina della *comitas gentium*. Come ha osservato Lord Collins in *AK*

³⁴ Rechtbank Den Haag, Milieudefensie et al/Royal Dutch Shell PLC [26 May 2021] C/09/571932/HA ZA 19-379 (versione inglese) <<https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:RBDHA:2021:5339>>.

³⁵ High Court di Inghilterra e Galles, *Municipio de Mariano v. BHP Group plc and BHP Group Ltd*, sentenza del 9 novembre 2020, [2020] EWHC 2930 (TCC).

*Investment CJSC*³⁶, la *comitas gentium* richiede che il tribunale sia estremamente cauto prima di decidere che c'è un rischio che la giustizia non sia fatta nel paese straniero dal tribunale straniero.

7. Conclusioni

Questi sviluppi ci portano a due conclusioni complementari.

I recenti sviluppi legislativi su scala nazionale presentano il rischio di creare nuovi conflitti di leggi e di appesantire ulteriormente la burocrazia d'impresa. A tutela del mercato interno l'Unione Europea potrebbe raccogliere queste esperienze in una legislazione di sostanza che preveda l'introduzione, anche per via contrattuale, di un obbligo di diligenza e vigilanza sull'intera catena di approvvigionamento che culmina nell'introduzione di beni e servizi nell'area di libertà, sicurezza e giustizia.

L'oggetto dell'obbligo sarebbe quello di garantire, efficacemente, a differenza di quanto si è fatto fino ad ora, su scala internazionale, l'obbligo del *neminem laedere*.

A fronte del perseguimento di questo obiettivo per via legislativa, sul piano giurisprudenziale un approccio caso per caso può rivelarsi utile per soppesare l'esistenza in concreto di una significativa disuguaglianza di poteri (*égalité des armes*) tra le vittime e le società (o la società) convenute e soprattutto per valutare la buona o mala fede dell'impresa multinazionale coinvolta più o meno direttamente nell'evento di danno socioambientale. L'atteggiamento della impresa multinazionale, siccome emerge dalle decisioni dei suoi organi, appare infatti dirimente. Occorre evidentemente evitare che un principio di giustizia possa essere rovesciato abusivamente per mezzo di un'interpretazione legalistica della norma che lo esprime. Il diritto internazionale privato dispone di strumenti efficaci per evitare soluzioni ingiuste, come l'eccezione di ordine pubblico. Con questa precisazione, un più ampio riconoscimento del *favor laesi* nel diritto internazionale privato europeo in materia di violazioni di diritti fondamentali e danni socioambientali nella catena di approvvigionamento delle imprese multinazionali è da accogliere con favore.

³⁶ Judicial Committee of the Privy Council, Regno Unito, *AK Investment CJSC v. Kyrgyz Mobil Tel Ltd*, sentenza del 10 marzo 2011. [2011] UKPC 7.