

Università Commerciale Luigi Bocconi – Milano
Dottorato di ricerca in diritto internazionale dell'economia
XIX° ciclo

ACCOUNTABILITY
DELL'IMPRESA MULTINAZIONALE
E DIRITTO INTERNAZIONALE

Tesi di:

MATTEO MARIA WINKLER

Matr. n. 935742

«Il faut se garder d'en déduire des règles de conduite: elles ne doivent pas avoir besoin d'être formulées pour qu'on le suive.

Il y a seulement deux choses: c'est l'amour, de toutes les façons ... et la musique de La Nouvelle Orléans ou de Duke Ellington.

Le reste devrait disparaître».

[Boris Vian, *L'écume des jours*, Paris, 1979, p. 17]

INDICE

Capitolo primo – LE IMPRESE MULTINAZIONALI IN UN MONDO GLOBALIZZATO

1. Diritto e globalizzazione	3
2. La società per azioni come modello giuridico del capitalismo industriale	10
2.1. Un modello a diffusione universale	10
2.2. La rivoluzione dei gruppi di società	19
3. Gruppi di società e conflittualità	22
3.1. I vantaggi del gruppo	22
3.2. La qualificazione giuridica dei gruppi: <i>e pluribus unum?</i>	25
3.2.1. L'elemento plurale nei gruppi: i tentativi di regolamentazione	26
3.2.2. L'elemento unitario nei gruppi, ovvero la società <i>holding</i> : il conflitto diventa endemico	32
4. Dal gruppo di società alla «impresa multinazionale»	35
4.1. La natura multiforme dell'impresa multinazionale	39
4.2. Le potenzialità della «multinazionalità»	42
4.2.1. Multinazionalità come conflittualità.	43
4.2.2. Multinazionalità come «concorrenza tra ordinamenti».	49
4.3. Il ruolo delle imprese multinazionali nello scenario attuale.	52

Capitolo secondo – IMPRESE MULTINAZIONALI, REGULATORY COMPETITION E ORDINAMENTO INTERNAZIONALE

5. Imprese multinazionali e <i>regulatory competition</i> : lo scenario	61
5.1. L'istituzionalizzazione della <i>regulatory competition</i> nello scenario globale	61
5.2. <i>Regulatory competition</i> e <i>harmonization</i>	64
6. Il problema delle esternalità ed il ruolo del diritto internazionale	69
6.1. Concorrenza tra ordinamenti ed esternalità: aspetti generali	70
6.2. Il caso della <i>corporate disclosure</i>	74
6.3. Le procedure concorsuali relative a imprese multinazionali	79
6.3.1. Profili critici	82

6.3.2. La vicenda di Yukos	85
6.3.3. Due casi europei: Eurofood e ISA Daisytek	91
6.4. Impresa multinazionale e <i>treaty shopping</i> in materia di investimenti	96
6.4.1. Origine straniera dell'investimento ed imprese multinazionali	100
6.4.2. <i>Treaty shopping</i> in materia di arbitrato commerciale internazionale.	106
6.5. <i>Tragedy of global commons</i> e protezione dell'ambiente.	110

Capitolo terzo – NATURA, STRUTTURA E CONTENUTO DELLE NORME
 INTERNAZIONALI RELATIVE ALL'ACCOUNTABILITY DELL'IMPRESA
 MULTINAZIONALE

7. Spunti per la ricostruzione di una teoria dell'accountability dell'impresa multinazionale	117
7.1. <i>Accountability</i> e conflittualità	117
7.2. Le fonti dell' <i>accountability</i> dell'impresa multinazionale	125
7.2.1. I codici di condotta delle imprese multinazionali: l'azione dell'OCSE	125
7.2.2. Il Progetto di codice di condotta redatto in sede ONU	130
7.2.3. I principi dell'iniziativa <i>Global Compact</i>	134
7.2.4. Iniziative private	136
7.3. Il valore dei codici di condotta: alcune riflessioni	137
8. Quale <i>accountability</i> per l'impresa multinazionale?	144
8.1. L'impresa «irresponsabile»	144
8.2. <i>Accountability</i> dell'impresa multinazionale e Global Governance	149

Capitolo quarto – IMPRESE MULTINAZIONALI ED INCIDENTI INDUSTRIALI
 TRANSNAZIONALI

9. Incidenti industriali e responsabilità	155
9.1. Profili generali	155
9.2. Le dinamiche degli incidenti industriali e le fattispecie di responsabilità	161
9.2.1. Il significato del principio del <i>locus commissi delicti</i> nel diritto internazionale	164
9.2.1.1. Il caso della <i>Amoco Cadiz</i>	166
9.2.1.2. Bhopal e le «uncertain promises of law»	171

9.2.1.3. Tchernobyl, «an incredible misfortune»	178
9.2.2. Le distorsioni conseguenti al principio del <i>locus commissi delicti</i> e la dottrina del <i>forum non conveniens</i>	183
10. Il regime internazionale della responsabilità da incidenti industriali	190
10.1. Il settore dell'inquinamento da idrocarburi	191
10.1.1. Gli accordi internazionali in vigore	191
10.1.2. Le iniziative private in materia	199
10.2. Incidenti causati da sostanze pericolose	202
10.2.1. Il regime del trasporto marittimo di sostanze nocive	203
10.2.2. Il regime del trasporto di sostanze pericolose	205
10.3. Il rischio da incidente nucleare	208
10.4. Considerazioni in punto di normativa internazionale uniforme	211
11. Incidenti transnazionali e principio della responsabilità limitata	216
11.1. Il principio della responsabilità limitata: fondamento economico	217
11.2. Oltre il principio della responsabilità limitata	220
11.3. Responsabilità limitata ed imprese multinazionali	224
11.4. La dottrina del <i>piercing the corporate veil</i> e i suoi riflessi internazionalistici	227
11.4.1. Aspetti generali	228
11.4.2. La prassi internazionale in materia	234
11.4.3. Problemi di diritto internazionale privato	242

Capitolo quinto – IMPRESE MULTINAZIONALI E DIRITTO PENALE DELL'ECONOMIA

12. Il problema dei reati d'impresa tra esigenze di <i>deterrence</i> e modelli comportamentali	251
12.1. Spunti di carattere generale	251
12.2. Il «prezzo della legge»	255
12.3. L'evoluzione dei modelli comportamentali delle imprese e la loro internazionalizzazione	260
13. Reati d'impresa e scenario globale	264
13.1. Il problema della corruzione internazionale	264
13.2. Il problema del riciclaggio di denaro sporco	269
13.3. Le «multinazionali del terrore»	273
14. Le risposte del diritto internazionale	282
14.1. La lotta contro la corruzione	282
14.2. Le norme relative al riciclaggio di denaro	288

14.3. Le misure internazionali di contrasto al finanziamento del terrorismo e la lotta contro le multinazionali del terrore	290
14.4. Conclusioni in punto di normativa internazionale e regime di responsabilità penale degli enti	296
14.5. Il modello italiano	298
14.6. Osservazioni conclusive.	304

Capitolo sesto – IMPRESE MULTINAZIONALI E DIRITTI UMANI

15. Imprese multinazionali e diritti umani	311
15.1. Diritto ai dividendi e diritti umani: conflitto o prevalenza?	311
15.2. Lo stato (carente) del diritto internazionale	316
16. L' <i>Alien Tort Claims Act</i> e la sua giurisprudenza applicativa	319
16.1. Contenuto e struttura	319
16.2. L'utilizzo dell'ATCA nei confronti di individui. Gli sviluppi	322
16.3. Il caso <i>Doe v. Unocal</i>	326
16.4. Spunti critici	331
16.5. Un'analisi economica del diritto internazionale alla luce della giurisprudenza applicativa dell' <i>Alien Tort Claims Act</i> : «a strange tort system»	339
Conclusioni	345
Bibliografia	349

CAPITOLO PRIMO

LE IMPRESE MULTINAZIONALI IN UN MONDO GLOBALIZZATO

«Through size, corporations, once merely an efficient tool employed by individuals in the conduct of private business, have become an institution – an institution which has brought such concentration of economic power that so-called private corporations are sometimes able to dominate the State».

[Supreme Court of the United States, *Liggett v. Lee*, 288 U.S. 517, 565 (1933)]

SOMMARIO: 1. Diritto e globalizzazione. – 2. La società per azioni come modello giuridico del capitalismo industriale. – 2.1. Un modello a diffusione universale. – 2.2. La rivoluzione dei gruppi di società. – 3. Gruppi di società e conflittualità. – 3.1. I vantaggi del gruppo. – 3.2. La qualificazione giuridica dei gruppi: *e pluribus unum?* – 3.2.1. L'elemento plurale nei gruppi: i tentativi di regolamentazione. – 3.2.2. L'elemento unitario nei gruppi, ovvero la società *holding*: il conflitto diventa endemico. – 4. Dal gruppo di società alla «impresa multinazionale». – 4.1. La natura multiforme dell'impresa multinazionale. – 4.2. Il significato del carattere della «multinazionalità». – 4.2.1. Multinazionalità come conflittualità. – 4.2.2. Multinazionalità come «concorrenza tra ordinamenti». – 4.3. Il ruolo delle imprese multinazionali nello scenario attuale.

1. Diritto e globalizzazione.

Per designare la scienza in grado di trasformare sostanze esistenti in natura in sostanze nuove, gli antichi usavano il termine «alchimia».¹ Nel linguaggio popolare, l'alchimia sarebbe l'insieme delle tecniche volte alla trasformazione di metalli volgari in oro e argento: il vero alchimista è colui che riesce a ricavare cose nuove dal nulla.

Ci si chiederà quale nesso leghi la scienza degli alchimisti con il diritto. Tale nesso balzerà subito alla mente se si pensa all'attuale scenario economico internazionale, caratterizzato dalla c.d. «globalizzazione» dei mercati. Che esista ancora un «Vicolo d'oro» degli alchimisti,² lo si può notare non solo visitando Praga, ma anche dando un rapido sguardo allo stato odierno del commercio internazionale. Il giurista di oggi, infatti, attraverso un'abile combinazione di concetti giuridici di derivazione contrattuale, è in grado di elaborare una serie di strumenti idonei a produrre e scambiare ricchezza, senza che essa preesista al contratto.³ Si è sviluppato negli ultimi decenni un nuovo e forte «contrattualismo», che permette al giurista di attingere a una serie pressoché illimitata di tipi contrattuali di invenzione pratica, attraverso i quali egli stesso può creare i nuovi beni da scambiare.⁴ In tale quadro, non è più necessario plasmare la natura ad uso e consumo dell'uomo: ora anche i concetti astratti possono essere plasmati onde ricavarne un profitto immediato e tangibile. Insomma, un'autentica «alchimia giuridica».

Chiaramente, a questo risultato non si è giunti senza il sacrificio di generazioni di studiosi del diritto. Ma non è servita né l'ufficiale

¹ L'alchimia è «la causa delle grandi virtù nascoste le quali sono intrinseche alle cose della natura e a nessuno sono manifeste, a meno che l'alchimia non le renda tali e non le produca» (PARACELSO, *Das Buch Paragranum*, 1530, trad. it. *Paragrano ovvero le quattro colonne dell'arte medica*, Torino, 1961, p. 205).

² Il riferimento è, evidentemente, al Vicolo d'oro di Praga, l'area nella quale, sotto il regno di Rodolfo II d'Asburgo (1552-1612), risiedevano gli alchimisti chiamati a svelare alla corte le arti dell'alchimia.

³ Per questa intuizione v. G. SOROS, *The Alchemy of Finance. Reading the Mind of the Market*, New York, 1994, p. 299 ss. L'ispirazione all'*incipit* di questo lavoro è venuta anche dalla monografia di F. GALGANO, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, 2005, p. 18.

⁴ M. FRANZONI, *Vecchi e nuovi diritti nella società che cambia*, in *Contr. e impr.*, 2003, p. 565 ss., p. 574 s.; S.M. CARBONE, *Strumenti finanziari, corporate governance e diritto internazionale privato tra disciplina dei mercati finanziari e ordinamenti nazionali*, in *Riv. soc.*, 2000, p. 457 ss., 461 ss.

convocazione da parte di un monarca illuminato, né la predisposizione di un ambiente apposito onde coltivare questa scienza.⁵ È stato sufficiente lo sviluppo, avulso dal controllo di una qualsivoglia autorità statale, di una prospera prassi commerciale, sostanzialmente libera di svolgere i propri affari in un territorio globale: con una sorta di (inevitabile) ritorno storico, i contorni della figura del *mercator* di fattura medievale,⁶ abbattuto dall'intento dirigista dei monarchi assoluti dei secoli XVII e XVIII, si ritrovano oggi trasposti nel corpo giuridico dell'imprenditore,⁷ prima specchio dell'impresa industriale e, oggi, *alter ego* del *manager* della grande impresa del terziario.

Naturalmente, l'evoluzione del pensiero giuridico dalla *lex mercatoria* d'origine medievale alle grandi codificazioni del XIX secolo e, successivamente, alla «nuova» *lex mercatoria*, passa attraverso la rivoluzione industriale e il mutamento della concezione del diritto privato, il quale da strumento per la disciplina del diritto di proprietà diviene mezzo per la realizzazione dello scambio di beni attraverso l'istituto del contratto. I compilatori dei codici, abbagliati dal mito della certezza del diritto, certo non avrebbero mai immaginato che il risultato sarebbe stato tanto clamoroso: oggi infatti, nell'epoca post-industriale del capitalismo globalizzato, il contratto è diventato autentica fonte del diritto, reale propulsore di espansione economica.⁸

⁵ Per questo implicito riferimento v. *supra*, nota 2.

⁶ È l'antica *lex mercatoria*, in opposizione alla «nuova» *lex mercatoria*, prodotto della civiltà giuridica del commercio globale. Su quest'ultima, la bibliografia è sterminata. Basti segnalare, per quanto qui interessa, F. BORTOLOTTI, *La «nuova» lex mercatoria, costruzione dottrinarie o strumento operativo?*, in *Contr. e impr./Europa*, 1996, p. 733 ss.; sull'antica *lex mercatoria* v. invece F. MARRELLA, *La nuova lex mercatoria. Principi UNIDROIT ed usi dei contratti del commercio internazionale*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. Galgano, XXXIII, Padova, 2003, p. 69.

⁷ Per un'analisi di questa evoluzione v. F. GALGANO, *Diritto ed economia alle soglie del nuovo millennio*, in *Contr. e impr.*, 2000, p. 189 ss., spec. pp. 189-197.

⁸ Anche il carattere espansivo dell'istituto contrattuale è uno degli aspetti del fenomeno della globalizzazione, in particolare dell'erosione dei poteri dello Stato. Come ben evidenzia M.R. FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Bologna, 2000, p. 159 ss., spec. p. 206, il contratto ha assunto un nuovo aspetto derivantegli da un lato dal progressivo indebolimento dei requisiti di forma (tanto che qualcuno ha parlato di «morte del contratto», nel senso dell'acquisita libertà per le parti di dar vita a qualunque accordo contrattuale al riparo dal controllo del potere pubblico: G. GILMORE, *La morte del contratto*, Milano, 1988), dall'altro dalla riscoperta del principio di oralità, più confacente a un mondo di scambi in rapida intensificazione. Parla di «contrattualismo» S.M. CARBONE, *Corporate governance, internazionalizzazione dei rapporti economici e accountability dell'impresa*, in *Dir. comm. int.*, 2005,

Approfondire le ragioni di questa rivoluzione è fuori dalla portata del presente lavoro. Non ci si può tuttavia esimere dall'evidenziare che il fenomeno è tutt'altro che casuale. Esso deriva dalla diffusione a livello mondiale della filosofia del liberismo, che ha trovato il suo punto di partenza nell'Accordo GATT.⁹ Da allora, la propagazione di quella filosofia, attraverso l'abbattimento delle barriere tariffarie e, di conseguenza, la lenta erosione del vecchio apparato dirigista e accentratore facente capo allo Stato, non si è più arrestata.¹⁰ E con il dissolvimento del blocco comunista, l'impulso di tale idea non ha più trovato ostacoli territoriali: con l'istituzione, nel 1994, dell'Organizzazione Mondiale del Commercio, tutti gli Stati, salvo pochissimi esclusi, hanno definitivamente dato corso a quella concezione.

Ma alla diffusione globale dello spirito del liberismo, foriera di un eccezionale sviluppo dei commerci transnazionali, hanno cooperato gli Stati, cioè soggetti la cui legittimazione giuridica derivava essenzialmente dal principio di sovranità territoriale: dinanzi allo sprigionarsi di fenomeni prettamente globali, gli Stati erano e restano tutt'oggi osservatori territoriali.¹¹ L'erosione dell'ordine giuridico basato sul principio di territorialità può dirsi pertanto effetto di un'unica tendenza, proveniente però da due direzioni opposte: mentre sul piano interno si assiste a una moltiplicazione delle fonti del diritto, risultato vuoi della privatizzazione di diversi settori della vita sociale, vuoi dell'istituzione di molteplici autorità indipendenti, prodotti a loro volta della complessificazione della vita sociale,¹² dall'esterno è la pressione delle esigenze degli operatori del libero

p. 310 ss. V. anche, sul punto, U. DRAETTA, *Internet e commercio elettronico nel diritto internazionale di privati*², Milano, 2005, cap. I, spec. p. 4 ss.

⁹ Sulle tendenze all'universalismo e all'affermazione di controlli pubblici meramente internazionali in ambito economico, quali caratteristiche strutturali della comunità internazionale dell'immediato Dopoguerra v. A. COMBA, *Il neo liberismo internazionale. Struttura giuridiche a dimensione mondiale: dagli Accordi di Bretton Woods all'Organizzazione Mondiale del Commercio*, Milano, 1995, p. 27 ss.

¹⁰ Così G. SACERDOTI, *La soluzione delle controversie che coinvolgono Stati e imprese nell'economia globalizzata: procedure interstatali e arbitrati diretti*, in *L'internazionalizzazione dei mezzi di comunicazione e la sovranità statale*, Atti del Convegno tenutosi a Napoli in data 24-25 maggio 2002, Napoli, 2003, p. 97 ss., part. p. 102.

¹¹ V. in proposito N. IRTI, *Le categorie giuridiche della globalizzazione*, in 48 *Riv. dir. civ.*, 2002, p. 625 ss., p. 626 s. Cfr. anche, dello stesso A., *Norma e luoghi. Problemi di geodiritto*, Roma, 2001.

¹² Sul pluralismo delle fonti del diritto quale prodotto della globalizzazione v. S. CASSESE, *La crisi dello Stato*, Roma-Bari, 2002, p. 21, 49. Sulle autorità indipendenti v. in particolare gli spunti di G.

scambio a portare a un progressivo indebolimento politico-giuridico dello Stato.¹³

Gli operatori economici si muovono dunque in uno spazio globale e lo strumento giuridico prediletto per la conclusione dei loro affari è, come *supra* si accennava, il contratto. Più precisamente, si tratta del contratto quale manifestazione giuseconomica dell'*autonomia delle parti*. In un ordine giuridico caratterizzato dal monopolio dello Stato, tale autonomia potrebbe realizzarsi esclusivamente nello spazio angusto graziosamente concesso dal legislatore. Per contro, in un contesto globalizzato di crisi dello Stato, le parti riescono a rendersi libere di realizzare i propri interessi patrimoniali, talvolta anche in spregio alle restrizioni imposte dall'ordinamento statale: in altre parole, essi sono liberi non solo di scegliere il diritto applicabile al contratto, ma anche di *creare* davvero nuovi contratti,¹⁴ nonché, addirittura, di generare *nuovi* beni e scambiarsi utilizzando i vecchi tipi contrattuali, insomma di darsi vere e proprie «norme create a colpi di contratto».¹⁵

L'autonomia contrattuale è pertanto oggi ben più ampia rispetto al passato.¹⁶ Su questo punto, è sufficiente rilevare che le parti non solo risultano libere di tracciare il contenuto del regolamento contrattuale e stabilire il tenore dei reciproci diritti e obblighi, ma anche, più semplicemente, di attingere direttamente da un determinato ordinamento, senza restrizioni, le disposizioni che esse ritengano maggiormente

DE NOVA, *Le fonti di disciplina del contratto e le Autorità Indipendenti*, in *Riv. dir. priv.*, 2003, p. 5 ss., spec. 7 s.; M. ORLANDI, *Autonomia privata e Autorità indipendenti*, *ivi*, p. 271 ss.

¹³ Così S. SASSEN, *Losing Control?*, New York, 1996, trad. it. *Fuori controllo. Mercati finanziari contro Stati nazionali: come cambia la geografia del potere*, Milano, 1998, p. 25 ss.; L. RAISER, *Il compito del diritto privato*, Milano, 1990, p. 261 ss. Sul fenomeno della moltiplicazione delle fonti del diritto v. G. BERTI, *Diffusione della normatività e nuovo disordine delle fonti del diritto*, in *Riv. dir. priv.*, 2003, p. 461 ss., p. 467.

¹⁴ Ne deriva la diffusione globale dei contratti atipici. Per una valutazione del confine tra contratto tipico ed atipico, oggi divenuta piuttosto labile v. ancora M.R. FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione*, cit., p. 95, secondo la quale «non solo [...] gli istituti giuridici vengono continuamente riforgiati in funzione degli interessi presenti sul mercato, ma anche [...] l'innovazione giuridica si fa essa stessa strumento di concorrenza. La contrattazione e la concorrenza intorno agli istituti giuridici diventano in tal senso imprescindibili elementi di dinamizzazione dei mercati. Il che porta continuamente a forzare le categorie giuridiche "tipiche" per far posto all'atipico in cui trovano rifugio nuove intuizioni e invenzioni di scambio». Per un'analisi giusfilosofica dell'attuale concetto di autonomia contrattuale v. ancora M. ORLANDI, *Autonomia privata*, cit., p. 275.

¹⁵ V. ROPPO, *Il contratto e le fonti del diritto*, in 17 *Contr. e impr.*, 2001, p. 1083 ss., p. 1085.

¹⁶ Parla di «irresistibile espansione multidimensionale del principio di autonomia contrattuale» F. MARRELLA, *La lex mercatoria*, cit., p. 110 ss.

vantaggiose per i propri interessi, pure con riguardo a una parte soltanto del loro accordo.¹⁷ Non solo: le parti possono altresì sottoporre le eventuali controversie sorte dall'esecuzione del contratto ad un collegio arbitrale, sia al momento della conclusione del contratto, sia in un momento successivo e, in quest'ultimo caso, potrebbero richiedere agli arbitri l'applicazione delle norme di un determinato ordinamento nazionale, essendo, in mancanza, questi ultimi a definire il diritto applicabile. Si tratta di un fenomeno composito al quale è stato recentemente offerto il nome di «*shopping del diritto nazionale*».¹⁸

È bene precisare che l'espansione dell'autonomia contrattuale non ha unicamente carattere – per così dire – sostitutivo, nel senso di collocarsi all'interno degli spazi lasciati liberi dalla crisi dello Stato. Essa gode di una forza fisiologica quasi inarrestabile e produce essa stessa un arretramento dell'ambito di sovranità dello Stato. Di conseguenza, gli strumenti giuridici approntati dagli Stati sono sempre meno idonei a contrastare il fenomeno. Al libero trasferimento dei contratti si sono infatti accompagnati un libero trasferimento degli *status* giuridici, la «libera circolazione delle decisioni» in ambito comunitario, assurta oggi a quinta libertà garantita dal Trattato CE,¹⁹ l'attenuazione del limite dell'ordine pubblico nel riconoscimento delle decisioni di giudici stranieri,²⁰ la trasposizione quasi incondizionata di istituti

¹⁷ Cfr. l'art. 3 co. 1 della Convenzione di Roma del 19 giugno 1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali, ratificata in Italia con L. 18 dicembre 1984 n. 975 ed entrata in vigore in data 1° aprile 1991. Ai sensi dell'art. 3 co. 2 della Convenzione stessa, le parti potrebbero mutare scelta della legge applicabile anche successivamente alla conclusione del contratto, salvi però i vizi di forma e i diritti dei terzi.

¹⁸ F. GALGANO, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, cit., p. 86 ss.

¹⁹ Sintomatica è, in questa direzione, l'abrogazione degli art. 796 ss. c.p.c., e cioè del macchinoso procedimento di delibazione delle sentenze straniere dinanzi alla Corte d'Appello. Oggi, infatti, grazie all'art. 64 della Legge 31 maggio 1995 n. 218, di riforma del diritto internazionale privato (in *Gazz. Uff.*, serie gen., n. 128 del 3 giugno 1995), per il riconoscimento delle sentenze straniere non è necessaria l'attivazione di alcun procedimento.

²⁰ Il concetto di «ordine pubblico» ha subito, negli ultimi decenni, una serie di modificazioni strutturali. Sul piano squisitamente normativo, si è assistito a una progressiva limitazione della possibilità di ricorrere a tale concetto onde impedire il riconoscimento, nello Stato, di una sentenza resa da un giudice straniero. Al riguardo, possono ricordarsi l'art. 27 n. 1 della Convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968 (testo in F. POCAR, T. TREVES, R. CLERICI, P. DE CESARI, F. TROMBETTA-PANIGADI, *Codice delle convenzioni di diritto internazionale privato e processuale*³, Milano 1999, p. 1166 ss.) e, per l'Italia, l'art. 64 lett. g della Legge n. 218/1995, le quali si riferiscono all'istituto tradizionale dell'ordine pubblico (dello Stato richiesto del riconoscimento). Successivamente, è intervenuto il legislatore comunitario con il noto Regolamento (CE) n. 44/2001 del Consiglio del 22 dicembre 2000, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e

da un ordinamento all'altro,²¹ l'adozione di «codici di autodisciplina» di natura volontaria e a vocazione transnazionale,²² conseguenze delle costanti pressioni esercitate dall'opinione pubblica per l'introduzione, negli ordinamenti nazionali, di istituti conosciuti soltanto in altri paesi.²³

Tipici prodotti dell'autonomia contrattuale sono anzitutto, come sopra di precisava, i *nuovi contratti*. A tal proposito, è sufficiente pensare a quelle fattispecie qualificate come «contratti atipici»,²⁴ quali il *leasing*, il *lease-back*, il contratto di sponsorizzazione, il *franchising*, il brokeraggio, il *factoring*, il *back-to-back*, l'*outsourcing*, il *forfeiting*, il *catering*, ovvero ad autentiche categorie di nuovi contratti, come i contratti di borsa,²⁵ fino a complesse

l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale (c.d. «Bruxelles I»): in *G.U.C.E.*, L 12 del 16 gennaio 2001, leggibile in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2001, p. 815 ss.), destinato a sostituire la Convenzione di Bruxelles ad eccezione dei rapporti con la Danimarca. L'art. 34 n. 1 di tale Regolamento ha ristretto il limite al riconoscimento delle decisioni provenienti da altri Stati membri dell'Unione europea, facendo riferimento ora alla «manifesta» contrarietà all'ordine pubblico. La stessa impostazione si ritrova anche nel Regolamento c.d. «Bruxelles II» (abrogato) e nell'art. 22 lett. a Regolamento c.d. «Bruxelles II bis» (n. 2201/2003 del 27 novembre 2003, relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, che abroga al Regolamento (CE) n. 1347/2000, in *Gazz. Uff. Un. Eur.* L 338 del 23 dicembre 2003).

²¹ Su questo profilo v. la scrupolosa indagine di P. LOTTI, *L'ordine pubblico internazionale. La globalizzazione del diritto privato ed i limiti di operatività degli istituti giuridici di origine estera nell'ordinamento italiano*, Milano, 2005, spec. p. 399 ss. Come rileva L. FUMAGALLI, *L'ordine pubblico nel sistema del diritto internazionale privato comunitario*, in *Dir. comm. int.*, 2004, p. 635 ss., p. 649, nell'ambito comunitario il concetto di ordine pubblico proprio dei sistemi internazionalprivatistici dei singoli Stati membri viene progressivamente sostituito da un sistema uniforme volto alla libera circolazione di valori giuridici comunitari.

²² Si pensi ad esempio al Codice dell'autodisciplina pubblicitaria.

²³ L'esempio più lampante è quello dei contratti tra conviventi o *pactes civiles de solidarité* (PACS). Dopo la loro introduzione a opera di moltissimi Stati, soprattutto in ambito europeo, si è diffusa la convinzione che, se davvero non è possibile riprodurre la disciplina nell'ordinamento, è quantomeno opportuno che di tale valutazione si faccia carico, almeno in termini di discussione, il legislatore. Al riguardo v. E. CALÒ, *Dalla famiglia di fatto al piccolo matrimonio: un diritto comunitario della famiglia?*, in *Contr. e impr./Eur.*, 2000, p. 667 ss. Sulla prospettiva che, presto, i giudici italiani si troveranno a fronteggiare il problema di contratti tra conviventi conclusi all'estero da propri cittadini v. il recentissimo contributo di S. TONOLO, *Lo scioglimento delle unioni di fatto e degli accordi di convivenza nel diritto internazionale privato e processuale italiano*, in *Riv. dir. int.*, 2005, p. 997 ss. Altresì utilissimo, sotto un profilo più generale inerente alla spinta all'inserimento di dinamiche contrattuali nell'ambito del diritto di famiglia, è il lavoro di A. ZOPPINI, *Tentativo d'inventario per il 'nuovo' diritto di famiglia*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, p. 335 ss., p. 336.

²⁴ Cfr. P. RESCIGNO, *Note sulla atipicità contrattuale (a proposito di integrazione dei mercati e nuovi contratti di impresa)*, in *Contr. e impr.*, 1990, p. 43 ss.

²⁵ Cfr. L. BIANCHI D'ESPINOSA, voce *Borsa (contratti di)*, in *Enc. dir.*, V, p. 592 ss.; A.A. DOLMETTA, U. MINNECI, voce *Borsa (contratti di)*, *ivi*, Agg., V, p. 161 ss.

strutture di collegamento contrattuale come i contratti derivati finanziari (*swap, futures* ecc.).²⁶

Con riguardo, infine, ai *nuovi beni*, il riferimento va, naturalmente, alla categoria dei beni immateriali, ma non solo. Già i mercanti genovesi del XIII secolo ben conoscevano il vantaggio di consentire un trasferimento *inter vivos* dell'istituto più antico che il diritto conosca, il debito, attraverso la consegna di un titolo di legittimazione come la cambiale. Con la cartolarizzazione dei crediti, poi, la dematerializzazione dei beni è divenuta definitiva. Si pensi, allora, al valore economico che assumono oggi l'avviamento, l'immagine, il marchio e la *griffe*,²⁷ l'informazione,²⁸ la multiproprietà, il *know how* ecc., insomma quel «capitale invisibile» che già negli anni Venti del secolo scorso autorevole dottrina avvertiva valere molto di più di tutti i beni materiali dell'impresa.²⁹ E infatti, attraverso quel bene immateriale per eccellenza qual è il «prodotto finanziario» è possibile per le parti scambiarsi mero valore economico.

Il successo del prodotto finanziario come bene suscettibile di produrre valore e, quindi, ricchezza non è che il risultato del processo di terziarizzazione dell'industria verificatosi a partire dall'inizio del Novecento. È importante qui evidenziare che il mutamento del modo di produrre (tanto importante che si arriva a definirlo «neo-industrialismo») non ha comportato una modifica immediata dell'impostazione codicistica dell'ordinamento: quest'ultimo si è invece adattato alla nuova realtà, reso malleabile alle

²⁶ Sul contratto di *swap* v. M. PERRINI, *I contratti di swap nella recente giurisprudenza arbitrale*, in *Dir. comm. int.*, 1999, p. 63 ss.; B.S. DARRINGER, *Swaps, Banks, and Capital: An Analysis of Swap Risks and a Critical Assessment of the Basle Accord's Treatment of Swaps*, in 16 *Univ. Pennsylvania Journ. Int. Bus. Law*, 1995, p. 259 ss.; A. CATES, *Swap Financing*, in 20 *Int'l Lawyer*, 1986, p. 837 ss.

²⁷ Sul punto v. A. ATTI, *Le grandi firme come valore di scambio*, in *Contr. e impr.*, 1987, p. 52 ss.; P. AUTERI, *Lo sfruttamento del valore suggestivo dei marchi d'impresa mediante merchandising*, in 5 *Contr. e impr.*, 1989, p. 510 ss., p. 518 ss.; recentemente L.C. UBERTAZZI, *Il valore del marchio nell'era tecnologica*, in *Dir. dell'Internet*, 2006, p. 5 ss.

²⁸ R. PARDOLESI, C. MOTTI, *L'informazione come bene*, in G. DE NOVA, B. INZITARI, G. TREMONTI, G. VISENTINI (a cura di), *Dalle res alle new properties*, Milano, 1991, p. 37 ss.

²⁹ J.R. COMMONS, *I fondamenti giuridici del capitalismo*, Bologna, 1981, p. 324 ss. Interessanti spunti complessivi possono trarsi dal lavoro di B. INZITARI, *Le new properties nella società post-industriale*, in *Dalle res alle new properties*, cit., p. 53 ss., p. 57 ss.; A. ZOPPINI, *Le «nuove proprietà» nella trasmissione ereditaria della ricchezza (note a margine della teoria del bene)*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, p. 185 ss.

concrete esigenze della produzione da quell'opera di astrazione che proprio i legislatori delle codificazioni avevano assunto a propria missione.³⁰

Dall'avvento del terziario si è passati alla finanziarizzazione degli scambi. Gli effetti di questo processo di finanziarizzazione dell'economia sono sotto gli occhi di tutti. Basti pensare che dal 1980 al 2000 il volume medio giornaliero delle azioni negoziate alla Borsa di New York si è centuplicato, passando da 12 milioni a oltre 1 miliardo di dollari, mentre l'*asset* totale dei fondi comuni è balzato, negli stessi anni, da 135 a 7.800 miliardi di dollari.³¹ Questi dati illustrano in modo paradigmatico le grandi potenzialità del sistema finanziario internazionale, a proposito del quale è stato icasticamente affermato che «[l]’antica alchimia mancò l’obiettivo di produrre dal nulla l’oro; questa nuova giuridica alchimia lo realizza».³²

Offrire un quadro giuridico di questa alchimia rappresenta, per il giurista, la vera sfida del Terzo millennio. Non è però possibile comprendere l'attuale portata del fenomeno senza dare uno sguardo al passato, ed in particolare alla genesi del moderno capitalismo globale, attraverso uno scorcio al modello d'impresa oggi ovunque diffuso, quello di società per azioni, e al prototipo di struttura economica dell'impresa industriale rappresentato dal gruppo di società.

2. La società per azioni come modello giuridico del capitalismo industriale.

2.1. Un modello a diffusione universale. – Nello sviluppo del capitalismo, un ruolo fondamentale è stato svolto dal modello della società per azioni

³⁰ Tanto per offrire uno spunto di riflessione, si pensi, nell'ambito del codice civile italiano, all'art. 1677, che stabilisce per le prestazioni continuative o periodiche di servizi la stessa disciplina, in quanto compatibile, prevista per le prestazioni di beni: non una svista del legislatore del 1942, bensì semplicemente uno scrupolo normativo volto a colmare una lacuna, la quale tuttavia, a seguito della «seconda rivoluzione industriale» assume un preciso significato della rincorsa del diritto all'evoluzione dei tempi.

³¹ La fonte di tali dati è il sito Internet dello Stock Exchange di New York <www.nyse.com>. Inoltre, dal 1995 al gennaio 2000 l'indice Dow Jones è salito da 5.000 a 11.722 punti (sull'evoluzione dell'indice Dow Jones si veda il sito Internet <www.djindexes.com>); il NASDAQ, l'indice dei titoli tecnologici di Wall Street, ha raggiunto quota 5.048 nel marzo 2000, quando nel 1995 si trovava a quota 1.000; l'indice CAC della Borsa di Parigi è passato da quota 2.200 a metà 1996 a quota 6.750 a metà 2000; il Mibtel di Milano è balzato dai 10.751 punti di fine 1996 ai 33.829 punti nel febbraio 2000.

³² F. GALGANO, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, cit., p. 18.

quale forma privilegiata di esercizio di un'attività economica. Com'è noto, tale società è caratterizzata da due elementi: la divisione del capitale in azioni e la responsabilità limitata degli azionisti.

La storia della società per azioni inizia nella Genova del XIV secolo proprio con queste caratteristiche: già da allora, essa venne utilizzata al fine di reperire i capitali necessari per il finanziamento di grandiose campagne di conquista commerciale.³³ Successivamente, a seguito dell'accentramento delle politiche economiche nelle mani dei monarchi assoluti, si adottò la concezione che alla costituzione di società di quel genere potesse procedere esclusivamente il sovrano, il quale solo poteva esimere un soggetto dalla responsabilità che sarebbe su di lui gravata in base al principio – allora diffuso pressoché universalmente – della responsabilità patrimoniale personale ed illimitata di derivazione romanistica.³⁴ Così, tramite la graziosa concessione di *Charters*, i monarchi del XVII secolo iniziarono a conferire il beneficio dell'incorporazione (*incorporation*) alle proprie compagnie commerciali, cui furono attribuiti con essa immensi poteri a carattere esclusivo, quali il diritto di fondare colonie, conquistare territori, battere moneta, stipulare alleanze e amministrare la giustizia.³⁵ Nelle Compagnie delle Indie, infatti, «si fondevano gli interessi finanziari ed espansionistici della Corona con quelli economici e lucrativi dei loro soci».³⁶ In quell'epoca,

³³ Le prime società di capitali nacquero nel medioevo col diffondersi delle repubbliche marinare, quando si pose la questione del finanziamento di grandiose imprese commerciali e/o belliche. Le repubbliche marinare, infatti, per quanto ricche, non potevano sempre permettersi di realizzare campagne di conquista militare per fini commerciali, soprattutto in un'epoca in cui iniziavano ad emergere le prime potenze nazionali quali Spagna, Francia e Inghilterra. L'idea venne agli inizi del XIV secolo al governo della Repubblica di Genova, che deliberò la conquista delle isole di Chio e Focea: per finanziare la missione, il governo costituì un apposito ente, la Maona, ed emise dei titoli, (*luoghi*), che attribuivano ai possessori il diritto allo sfruttamento del mastice e dell'allume prodotti nei territori conquistati. Inoltre, fu stabilito espressamente che i possessori dei luoghi non sarebbero stati chiamati a rispondere dei debiti contratti dalla società. Si trattava della prima società per azioni. Sulla similitudine solo parziale tra Maona e moderna società per azioni v. F. GALGANO, *Storia del diritto commerciale*², Bologna, 1980, p. 61 ss., spec. p. 64.

³⁴ L'autonomia patrimoniale mancava, ad esempio, nella *societas* romana: M. TALAMANCA, voce *Società (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, XLII, Milano, 1990, p. 814 ss. Anche nel nostro ordinamento, la regola generale corrisponde alla responsabilità illimitata del debitore (art. 2740 co. 1 c.c.): E. ROPPO, voce *Responsabilità patrimoniale*, *ivi*, XXXIX, Milano, 1988, p. 1041 ss.

³⁵ A. MIGNOLI, *La società per azioni oggi. Problemi e conflitti*, in *Riv. soc.*, 1990, p. 1 ss., p. 1.

³⁶ G. COTTINO, *Il diritto che cambia: dalle compagnie coloniali alla grande società per azioni*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1993, p. 493 ss., p. 494. V. anche H.W. BALLANTINE, *On Corporations*, Chicago, 1946, p. 31 ss. V. anche W.S. HOLDSWORTH, *English Corporation Law in the 16th and 17th*

agli abusi da parte di amministratori e fondatori – non certo rari – il governo reagiva con la revoca immediata della *Charter*, sicché il controllo da parte dello Stato restava pieno e immutato in tutte le fasi di vita della società.³⁷

Non vi fu tuttavia chi, già allora, non vedesse nel beneficio della responsabilità limitata un logico corollario della struttura fisiologica della società di capitali. Infatti, con l'affermazione del potere commerciale della borghesia, sul volgere del XVIII secolo, iniziò a diffondersi l'idea che il socio azionista non potesse *mai* rispondere per i debiti della società, proprio in virtù del solo conferimento del capitale, e ciò anche qualora la *Charter* nulla prevedesse al riguardo.³⁸ L'introduzione generalizzata del principio della responsabilità limitata avvenne per gradi, inizialmente soltanto per specifici

Centuries, in 31 *Yale Law Journ.*, 1922, p. 382 ss.; F.W. MAITLAND, *The Crown and Corporation*, in 17 *Law Quarterly Rev.*, 1901, p. 131 ss.

³⁷ Il caso della *South Sea Company* è estremamente significativo in questo senso. Costituita a Londra per commerciare con le colonie spagnole dell'America meridionale, la società attrasse ingenti capitali, ma non poté mai esercitare la propria attività in quanto il novero delle imprese legittimate a commerciare con le colonie spagnole era stabilito dalla Corona di Spagna, la quale non aveva alcuna intenzione di concedere licenze a imprese inglesi concorrenti. La società fallì dunque in breve tempo e le contestazioni da parte degli investitori furono tali che nel 1719 il Parlamento dovette vietare la costituzione di società per azioni. Per questi episodi v. T. HADDEN, *Company Law and Capitalism*, London, 1972, p. 10 ss.; J. CARSWELL, *The South Sea Bubble*, London, 1960; H.W. BALLANTINE, *On Corporations*, cit., p. 33. Come si accennava, con il *Bubble Act* del 1719, in 6 *Geo. I*, ch. 18 (1719), il Parlamento inglese vietò, sotto la minaccia di sanzioni detentive, la costituzione di società per azioni e l'emissione di titoli azionari privi di autorizzazione legale.

³⁸ In questo senso nel 1805 un tribunale russo dichiarò che, a motivo della struttura della società per azioni, l'azionista non potesse rispondere delle obbligazioni contratte dalla società. L'anno seguente, lo Zar tradusse il principio sotteso a questa decisione in una apposita legge di carattere generale. V. in proposito T.C. OWEN, *The Corporation under Russian Law, 1800-1917: a Study in Tzarist Economic Policy*, New York, 1991, p. 10. Nel 1816, nella causa *Myers v. Irwin*, 2 *Serg. & Rawle* 368, 371 (1816), la Corte Suprema della Pennsylvania ritenne i membri di un'associazione bancaria responsabili per le obbligazioni assunte da quest'ultima, anche se nella propria opinione dissenziente, i giudici Tilghman e Yeates considerarono che «the personal responsibility of the stockholder is inconsistent with the nature of a body corporate». Si è occupata incidentalmente della questione anche la Corte Suprema del Connecticut nella causa *Marlborough Mfg Co. v. Smith*, 2 *Conn.* 579, 584 (1818). In un caso sottoposto alla Corte distrettuale del Massachusetts nel 1824, riguardante la questione della responsabilità dei soci per il pagamento dei debiti di una società dichiarata insolvente, il giudice rilevò che «the individual stockholders are not liable for the debts of the bank in their private capacities», dal momento che lo statuto della società «relieves them from personal responsibility, and substitutes the capital stock in its stead», costituendo il capitale sociale l'unica garanzia per le obbligazioni della società: v. *Circuit Court of Massachusetts, Wood v. Dummer*, 30 *F. Cas.* 435, 436 (C.C.D. Me. 1824). Suggestivamente, il giudice si chiede perché mai vi sarebbe la necessità di costituire un capitale sociale se i soci dovessero considerarsi personalmente responsabili per i debiti della società (*ivi*, par. 436); il fatto che il capitale sociale costituisca la garanzia iniziale per il pagamento dei debiti contratti dalla società è conferma della responsabilità limitata dei soci: se infatti – ipotizza il giudice – i soci potessero richiedere il rimborso delle proprie azioni il giorno dopo averle sottoscritte, privando quindi i creditori della garanzia, «why is its amount so studiously provided for, and its payment by the stockholders so diligently required?».

ambiti di attività³⁹ e, successivamente, in via generale. La regola della responsabilità limitata venne così introdotta sia negli Stati Uniti a partire dal 1830,⁴⁰ sia in Gran Bretagna a partire dal 1856:⁴¹ si trattò certamente di una svolta epocale nello sviluppo dell'attività d'impresa.⁴² Nell'Europa continentale, il principio fu riconosciuto già con il *Code du commerce* napoleonico del 1807, il cui art. 33 stabilì che «[l]es associés ne sont passibles que de la perte du montant de leur intérêt dans la société».⁴³ L'ultimo Stato a sancire la responsabilità limitata in capo ai soci fu la California, che la accolse solo nel 1930.

Con il riconoscimento del beneficio della responsabilità limitata fu compiuta una prima piccola rivoluzione. Un secondo passo, anch'esso rivoluzionario al pari del primo, fu la decisione di riconoscere ai privati il diritto di costituire società per azioni senza la necessità di un'autorizzazione da parte dello Stato. In Europa, questa novità conseguì all'emanazione, in Francia, della *Loi sur les sociétés* del 1867, quando finalmente fu sancito che le società potessero essere costituite per semplice iniziativa privata.⁴⁴ In alcuni Paesi, la libera incorporazione delle società fu ammessa prima

³⁹ Ad esempio il settore manifatturiero, come nel caso delle leggi del New Hampshire del 1816, del Connecticut del 1818 e del Maine del 1823; cfr. J.E. ANTUNES, *Liability of Corporate Groups*, Deventer/Boston, 1994, p. 123, nota 46. Altri settori in cui la responsabilità limitata fu adottata in via specifica furono quello bancario e ferroviario: R.E. SEAVOY, *The Origins of the American Business Corporation 1784-1855. Broadening the Concept of Public Service During Industrialization*, Westport (Ct), 1982, p. 53 ss.

⁴⁰ In questo senso, per tutte, la legge adottata dallo Stato del Massachusetts il 23 febbraio 1830, ch. 53, § 8, in *Massachusetts Acts*, 1830, 329.

⁴¹ Cfr. il *Limited Liability Act* del 1855 (18 & 19 Vict., ch. 1333) e il *Joint Stock Companies Act* del 1856 (19 & 20 Vict., ch. 47), applicabile alle società aventi più di venti soci e non applicabile alle assicurazioni e alle banche; il *Joint Stock Companies Act* del 1857 (20 & 21 Vict., c. 14) e il successivo *Act to enable Joint Stock Banking Companies to be formed on the Principle of Limited Liability* (21 & 22 Vict. c. 91) estesero la legge precedente anche al settore bancario. Il principio della responsabilità limitata fu introdotto in Canada con il *Joint Stock Companies Act* del 1850 (13 & 14 Vict., ch. 28 (Can. 1850)).

⁴² A questo proposito, diversi autori parlano di svolta epocale o di sviluppo essenziale nella storia della società per azioni (G.D. HORNSTEIN, *Corporation Law and Practice*, St. Paul (Minn.), 1959, par. 20), di privilegio essenziale delle società di capitali (v. H.W. BALLANTINE, *Law of Corporations*, Boston, 1946, p. 4; H.G. HENN, J.R. ALEXANDER, *Laws of Corporations and other Business Enterprises*, St. Paul (Minn.), 1983, p. 96) e di elemento portante delle stesse (H.L. SOWARDS, *Corporation Law: Cases and Materials*, New York, 1978, p. 2).

⁴³ M. SCIUTO, P. SPADA, *Il tipo della società per azioni*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, vol. 1*, Torino, 2004, p. 3 ss., p. 27.

⁴⁴ V. *Loi sur les sociétés*, 24 luglio 1867.

dell'attribuzione del beneficio della responsabilità limitata, mentre in altri essa venne riconosciuta solo in un momento successivo.⁴⁵

Tuttavia, anche in presenza del beneficio della responsabilità limitata e della libera incorporazione, permaneva il difetto di un'autonomia giuridico-patrimoniale piena.⁴⁶ Vi era insomma la tendenza a identificare i soci con la società anche dopo che quest'ultima fosse venuta ad esistenza; il che sembrava implicare che i soci rimanessero gli unici proprietari dei beni sociali. In tal senso, la società di inizio Ottocento era considerata «a collection of many individuals united into one body, under a special denomination»,⁴⁷ ovvero «a body of persons associated together for specific purposes»,⁴⁸ o ancora «a person distinct from that of any of the members, though made up of them all».⁴⁹ Solo con la successiva ondata codificatoria in materia di diritto societario, la società pareva aver acquisito il «metaphysical

⁴⁵ Sotto la spinta delle *lobbies* imprenditoriali, il Parlamento inglese abrogò la legge del 1719 e rese nuovamente legale, a partire dal 1844, il modello della società per azioni; analogamente, la libera costituzione di società per azioni da parte di soggetti privati fu sancita nello Stato di New York a partire dal 1811. Per la Gran Bretagna v. il *Joint Stock Companies Act*, 1844, (7 & 8 Vict., ch. 110). Prima di quelle date, per la costituzione di una *corporation* era necessario un apposito atto legislativo; con la legge del 1811, nello Stato di New York «chiunque poteva costituire una società commerciale del tipo previsto dalla legge senza necessità di ottenere un apposito provvedimento legislativo; occorreva soltanto ottemperare alle condizioni e formalità imposte dalla legge medesima»: v. A.P. SERENI, *La società per azioni negli Stati Uniti*, Milano, 1951, p. 13. Cfr. inoltre R.W. HAMILTON, *The Law of Corporation*, St. Paul, 1990, p. 6 s.; H.W. BALLANTINE, *On Corporations*, cit., p. 37 ss. Per un confronto tra le normative britannica e statunitense in proposito v. L.C.B. GOWER, *Some Contrasts Between British and American Corporation Law*, in 69 *Harvard Law Rev.*, 1956, p. 1369 ss., spec. p. 1371.

⁴⁶ Il principio dell'autonomia patrimoniale non va confuso col principio della responsabilità limitata (sul quale, diffusamente, v. *infra* § 11.1). Mentre il primo protegge la società dai creditori dei soci, che pertanto non possono aggredire il patrimonio sociale se non sono soddisfatti da quello dei soci, il secondo tutela gli azionisti dai debiti della società.

⁴⁷ S. KYD, *A Treatise on the Law of Corporations*, London, 1793/94, I, 1, p. 7. Per una critica a questo concetto di *fictio* cfr. R.L. RAYMOND, *The Genesis of the Corporation*, in 16 *Harvard Law Rev.*, 1906, p. 791 ss.; G.F. CANFIELD, *The Scope and Limits of Corporate Entity Theory*, in 17 *Columbia Law Rev.*, 1917, p. 128 ss.

⁴⁸ J. GRANT, *A Practical Treatise on the Law of Corporations: as well Aggregate as Sole*, London, 1850, p. 1.

⁴⁹ J.W. SMITH, *A Compendium of Mercantile Law*, London (Stevens & Sons), 1931, p. 81. In alcune decisioni dell'epoca, i giudici non avevano nessuna difficoltà a distinguere i soci-individui dalla società-persona e tuttavia si ostinavano a riferirsi alla società «as theys»; anche il linguaggio normativo spesso seguiva questa impostazione: cfr. i casi giurisprudenziali segnalati da P. IRELAND, *Capitalism without the Capitalist*, cit., p. 46 s. Quanto al linguaggio normativo, può rilevarsi che nella Sec. 3 del *Joint Stock Companies Act* britannico del 1856 (cit. *supra*, nota 41), si stabiliva che sette o più persone potessero «form themselves into an incorporated company» (cors. agg.).

being» di un «collective organism».⁵⁰ Nel celebre caso *Salomon v. Salomon & Co. Ltd.* del 1897, la *House of Lords* affermò che una società di capitali avente quale socio unico una persona fisica doveva considerarsi «at law a different person altogether from the subscribers».⁵¹

Il passaggio fondamentale prodottosi in questo importante momento della storia del diritto commerciale fu la diffusione del principio la libera trasferibilità delle azioni. Soltanto accanto ad un concetto di società completamente distinta dai soci – dunque proprietaria esclusiva dei propri beni – le azioni potevano acquisire un determinato valore economico per i soci. In altre parole, con la libera trasferibilità delle azioni sancita sul piano giuridico, «shares emerged as legal objects with their own right»:⁵² le quote del capitale sociale (cioè la ricchezza legata all'esercizio di un'attività economica) iniziarono così a circolare e divennero concretamente monetizzabili indipendentemente dal patrimonio sociale, restando da esso sostanzialmente distinte. Chiaramente, il «capitale invisibile» trasferito insieme al diritto di proprietà dell'azione offriva all'acquirente uno strumento diretto per la gestione della società, cosicché chi acquisiva il pacchetto di azioni di maggioranza era destinato a ottenerne il controllo,

⁵⁰ A dispetto di quanto previsto nel *Joint Stock Companies Act* (v. nota prec.), il successivo *Companies Act* del 1862 (25 & 26 Vict., ch. 89) iniziò a disporre, alla Sec. 6, che sette persone potessero «form an incorporated company», cioè un soggetto completamente distinto dagli stessi. Cfr ancora P. IRELAND, *Capitalism without the Capitalist*, cit., p. 47 s.

⁵¹ House of Lords, *Salomon v. A. Salomon & Co. Ltd.*, (1897) A.C. 22, commentata in 6 *Yale Law Journ.*, 1896, p. 108 ss. Si trattava di una società le cui azioni erano interamente possedute da un individuo (c.d. *one-man corporation*); il liquidatore della società riteneva che l'unico azionista – il quale peraltro risultava creditore privilegiato della medesima – fosse interamente responsabile per i debiti assunti dalla società, che aveva dunque agito come «only an alias» del primo. I giudici di primo e secondo grado diedero ragione al liquidatore, ma la House of Lords, come si è visto, si è mostrata di diverso avviso. In un breve commento a questa famosa sentenza, Lord Denning ha precisato – nella causa *Littelwoods Mail Order Storse Ltd v. I.R.C.*, (1969) 1 W.L.R. (C.A.) 1214, 1254 – che «the decision in *Salomon v. Salomon & Co. Ltd* has to be watched carefully. It has often been supposed to cast a veil over the personality of a limited company through which the courts cannot see. But it is not true. The courts can, ad often do, pull off the mask. They look to see what really lies behind».

⁵² V. ancora P. IRELAND, *Capitalism without Capitalist*, cit., pp. 67-69, secondo la quale «the asset of companies were now owned by company and by the company alone ... the intangible share capital of the company, on the other hand, had become the sole property of the shareholder». Finalmente, «the shareholders of *all* joint stock companies had, so to speak, been expelled from the companies in which they held shares; *all* companies, incorporated and unincorporated, were emptied of their (money capitalist) members and came to be seen as existing without reference to them».

attraverso l'esercizio di quel diritto reale di voto in assemblea che è insito nell'azione medesima.⁵³

Si trattò, in ogni caso, di uno sviluppo tutt'altro che repentino, poiché erano in gioco implicazioni filosofiche, giuridiche ed economiche molto profonde. Infatti, da lì a riconoscere le società come veri e propri soggetti di diritto, il passo era certamente molto breve. Inoltre, non pochi gli esponenti del mondo accademico e giudiziario contestavano energicamente l'assegnazione, ad enti astratti quali le società, di diritti e doveri di cui fino ad allora erano titolari esclusivamente gli individui. Quest'ultimo problema fu sollevato in modo energico quando le società iniziarono a domandare alle corti la tutela prevista per gli individui dal diritto costituzionale. Al riguardo, i giudici della Corte Suprema statunitense avevano in più occasioni osservato che la protezione costituzionale aveva come destinatari naturali gli azionisti, in quanto individui, e solo indirettamente la società.⁵⁴

Un primo segnale di affrancamento da queste concezioni tradizionali si ebbe con la famosa sentenza del 1886 della Corte Suprema americana nella causa *Santa Clara v. Southern Pacific Railroad*, nella quale i giudici riconobbero alle *corporations* sia il diritto a un equo processo, sia il beneficio dell'eguaglianza di fronte alla legge, entrambi espressamente stabiliti per gli individui dal XIV Emendamento;⁵⁵ analoga decisione fu assunta dalla stessa Corte nel caso *Hale v. Henkel* del 1905, in relazione al IV Emendamento.⁵⁶

⁵³ Sul legame tra libera trasferibilità delle azioni e responsabilità limitata v. *infra* § 11.1.

⁵⁴ Ciò in quanto «for the purpose of protecting rights, the property of all business and trading corporations is the property of the individual incorporators»: *The Slaughterhouse Cases*, 83 U.S. (16 Wall.) 36, 100-105 (1873); *San Mateo v. Southern Pacific Railroad Co.*, 13 F. 722, 743-44 (C.C.D. Cal. 1882), 116 U.S. 138 (1885). Per questo dibattito nell'Inghilterra della seconda metà del XIX secolo v. J.R. COMMONS, *I fondamenti giuridici del capitalismo*, cit., p. 247 ss.

⁵⁵ *Santa Clara v. Southern Pacific Railroad Co.*, 118 U.S. 394 (decided May 10, 1886): in tale decisione – concernente l'applicazione alle società, al pari degli individui, delle disposizioni in materia di tassazione della proprietà – i giudici si limitano a statuire che «[t]he court does not wish to hear argument on the question whether the provision in the Fourteenth Amendment to the Constitution, which forbids a State to deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws, applies to these corporations. We are all of opinion that it does». Come rileva M. J. HORWITZ, *The Transformation of American Law 1870-1960. The Crisis of Legal Orthodoxy*, New York/Oxford, 1992, p. 67, la sentenza della Corte Suprema non fu considerata particolarmente innovativa e tuttavia costituì un precedente importante per la giurisprudenza dei settant'anni successivi.

⁵⁶ *Hale v. Henkel*, 201 U.S. 43 (1906), secondo la quale una società incriminata in virtù dello *Sherman Antitrust Act* «is entitled to immunity under U. S. Const., 4th Amend., from such an unreasonable search and seizure as the compulsory production before a grand jury, under a

Questi sviluppi giurisprudenziali non mancarono di generare un vivace dibattito dottrinale. Da una parte vi erano i realisti, i quali consideravano la società come una persona vera e propria, in ossequio alle istanze istituzional-collettivistiche in via di diffusione in quel momento storico; dall'altra si trovavano i sostenitori della c.d. *grant* o *concession theory*, che focalizzavano l'attenzione sul concetto di *incorporation*, quale espressione del potere dello Stato e speciale privilegio concesso per il perseguimento di fini pubblici.⁵⁷ Quest'ultima posizione, entrata in crisi con il declino del procedimento di *incorporation* per effetto della diffusione del modello generalprivatistico di società, aveva subito un *revirement* politico-filosofico verso la fine dell'Ottocento, soprattutto in relazione alla questione dell'attribuzione alla società di diritti garantiti a livello costituzionale.⁵⁸ Naturalmente, non vi era chi non vedesse, in quel vivace dibattito culturale, il carattere problematico del riconoscimento alla società di diritti naturali⁵⁹ e proponesse, in via alternativa, una visione della *corporation* o come il mero risultato dell'autonomia privata degli operatori economici e il prodotto di un libero contratto tra i soci,⁶⁰ ovvero addirittura come un'entità «naturale» in senso

subpoena duces tecum, of all understandings, contracts, or correspondence between such corporation and ... other companies».

⁵⁷ La base teorica della *grant theory* è efficacemente formulata in una sentenza del 1819, resa dalla Corte Suprema nella causa *The Trustees of Dartmouth College v. Woodward*, 17 U.S. 518, 636 (1819), nei termini che seguono: «A corporation is an artificial being, invisible, intangible, and existing only in contemplation of law. Being the mere creature of law, it possesses only those properties which the charter of its creation confers upon it, either expressly, or as incidental to its very existence.... The objects for which a corporation is created are universally such as the government wishes to promote. They are deemed beneficial to the country; and this benefit constitutes the consideration, and, in most cases, the sole consideration of the grant».

⁵⁸ Cfr. M.J. HORWITZ, *The Transformation*, cit., p. 73. Basti rilevare che la giurisprudenza della Corte Suprema, anche dopo i casi citati nelle note precedenti, continuò a considerare «a corporation while a fiction of law recognized for some purposes as a person, and for purposes of jurisdiction as a citizen», tanto che essa «is not endowed with inalienable rights of a natural person» [*Northern Securities Co. v. United States*, 193 U.S. 197, 362 (1904)].

⁵⁹ Una delle conseguenze più problematiche di questa concezione è rinvenibile nel fatto che la riconduzione dell'ente-società a un ordinamento positivo determinato rendeva l'ente stesso inesistente se riferito a un ordinamento diverso, impedendo così il riconoscimento di società straniere: v. in questo senso la decisione della Corte Suprema nel caso *Bank of Augusta v. Earle*, 38 U.S. (13 Pet.) 519, 587-88 (1839), che fu poi seguita anche nei decenni successivi. Si noti che questa tesi fu mantenuta dalla Corte Suprema anche dopo il riconoscimento, a beneficio delle società, di diritti costituzionalmente garantiti.

⁶⁰ Uno dei sostenitori di tale tesi fu V. MORAWETZ, *A Treatise on the Law of Private Corporations*, Boston, 1886, I, p. 24, secondo il quale la società non potrebbe esistere senza un atto di volontà dei soci e, per questa ragione, essa non può dirsi «'created' by an act of the legislature».

lockeano, potenziale titolare di obblighi e diritti «naturali» preesistenti allo Stato.⁶¹

Quest'ultima posizione presentava un indubbio vantaggio, perché riconduceva l'ente-società alla formula della tradizionale società di persone (*partnership*) e poteva agevolmente essere utilizzata dalle corti per «ignorare» (*to disregard*) la personalità della società, ove le condotte poste in essere dagli azionisti fossero contrarie alla legge.⁶² La teoria naturalistica, per contro, faceva leva sull'argomento che la società di capitali disporrebbe di poteri di cui gli individui non godono, quali la responsabilità limitata, la perpetuità e la possibilità di mutare forma.⁶³ Tuttavia, i naturalisti basavano la loro forza dialettica sullo sviluppo storico della società per azioni: criticando la teoria contrattualistica, essi rilevavano con grande aderenza ai fatti che il vero potere espansivo della società non veniva dagli azionisti, bensì dagli amministratori, veri promotori della *corporation*: di qui, era giocoforza affermare che «stockholders today are primarily investors and not

⁶¹ In base a questa teoria «a corporation is an entity, not imaginary or fictitious, but real, not artificial but natural»: A.W. MACHEN, *Corporate Personality*, in 24 *Harv. Law Rev.*, 1911, p. 253 ss., p. 261 s.; «to the realist, a corporation is more than a legal fiction and more than the sum of shareholder rights and duties. The business corporation is a complex mode of productive organization with a logic of its own» (Note, *Constitutional Rights of the Corporate Person*, in 91 *Yale Law Journ.*, 1982, p. 1641 ss., p. 1650).

⁶² Nel caso *State v. Standard Oil Co.*, promosso dallo Stato dell'Ohio in virtù della vigente normativa antitrust (49 Ohio St. 137 (1892); di esso v. anche l'opinione individuale del giudice Minshall, *ivi*, 176), veniva in rilievo un *shareholder's voting trust* costituito dall'intera compagine azionistica e manageriale della Standard Oil Co. (v. *infra* § 2.2). In quella decisione, i giudici considerarono che «a corporation is a legal entity, apart from the natural persons who compose it, is a mere fiction, introduced for convenience in the transaction of its business, and of those who do business with it; but like every other fiction of the law, when urged to an intent and purpose not within its reason and policy, may be disregarded. ... Where all, or a majority of the stockholders composing a corporation, do an act which is designed to affect the property and business of the company, and which, through the control their numbers give them over the selection and conduct of the corporate agencies, does affect the property and business of the company, in the same manner as if it had been a formal resolution of its board of directors; and, the act so done is *ultra vires* of the corporation and against public policy, and was done in their individual capacities for the purpose of concealing their real purpose and object, the act should be regarded as the act of the corporation». Per una teorizzazione del rimedio del *disregarding* v. G.F. CAMFIELD, *The Scope and Limits*, cit., p. 133 ss. V. anche P.I. BLUMBERG, *The Corporate Personality in American Law: A Summary Review*, in 38 *Am. Journ. Comp. Law*, 1990, Suppl., p. 49 ss., p. 52: «the view of the corporation as an association of aggregate of the individuals composing it played an important role in the late nineteenth century in facilitating the development of the law to broaden and extend constitutional protections to corporations in order to protect the economic interests of shareholders».

⁶³ D. JONES, *A Corporation as "A Distinct Entity"*, in 2 *Counsellor*, 1892, p. 78 ss., p. 81; J.P. DAVIS, *The Nature of Corporations*, in 12 *Polit. Science Quart.*, 1897, p. 273 ss., p. 278.

proprietors».⁶⁴ Questa evoluzione fu originata all'inizio degli anni Novanta dell'Ottocento, quando negli Stati Uniti fecero la loro comparsa i primi conglomerati finanziari, «which definitively converted shareholders into impersonal investors».⁶⁵ Si tornerà più avanti su questo ultimo profilo. Per ora è sufficiente sottolineare che questa è l'ultima grande rivoluzione che investì la società per azioni poco più di un secolo fa.

2.2. La rivoluzione dei gruppi di società. – Nell'economia industriale, il modello della società per azioni sembrava risolvere il problema della propulsione alla circolazione del capitale e dello sviluppo dell'attività economica. Da un lato, infatti, grazie alla separazione patrimoniale la ricchezza corrispondente al valore economico dell'azione poteva essere liberamente trasferita da un soggetto a un altro; dall'altro, il beneficio della responsabilità limitata proteggeva il socio dagli eventuali esiti negativi dell'attività svolta dalla società: in caso di insolvenza, i beni della società – e solo tali beni – sarebbero stati liquidati a favore di creditori con buona pace degli azionisti, i quali avrebbero perso soltanto le sostanze date in conferimento.

Ma l'evoluzione delle concezioni giuridiche andava di pari passo con l'inventiva degli operatori economici. Il modello della società di capitali era nato nel contesto di imprese monosettoriali. Tuttavia, il trasferimento dell'azione come quota di ricchezza non poteva arrestarsi a un limitato settore: anzi, l'azione cominciò a passare di mano in mano, passando da un settore produttivo a un altro e, da allora, quello stesso modello iniziò a superare se stesso. Poiché accumulare il «capitale invisibile» costituito dai pacchetti di controllo di svariate società significava accumulare ricchezza, in un certo momento storico si ritenne possibile raggruppare tutti i pacchetti di controllo nelle mani di un unico soggetto. Il passo successivo fu compiuto dal primo miliardario americano John D. Rockefeller.

Rockefeller considerava l'accumulo di ricchezza «una questione di coscienza, che riguardava solo [lui] e il [suo] Dio».⁶⁶ Egli possedeva i

⁶⁴ J.T. CARTER, *The Nature of Corporation as a Legal Entity*, Baltimore, 1919, p. 160.

⁶⁵ Così M.J. HORWITZ, *The Transformation*, cit., p. 94.

⁶⁶ La citazione è tratta da K. PHILLIPS, *Ricchezza e democrazia. Una storia politica del capitalismo americano*, Milano, 2005, p. 88.

pacchetti di controllo numerose società dedite all'estrazione, alla lavorazione e al commercio di petrolio, prima tra tutte Standard Oil Company. Tuttavia, egli non poteva disporre la riunione in un unico ente, dal momento che, per legge, le società non potevano detenere partecipazioni in altre società. Tale divieto derivava dal timore che, assumendo partecipazioni esterne, le società potessero mutare indiscriminatamente il proprio oggetto sociale, attraverso un atto *ultra vires* destinato ad allargare indebitamente il rischio e l'attività dell'impresa.⁶⁷ Nei pochi casi in cui tale facoltà era ammessa, essa aveva come fine il mero investimento di *surplus* finanziari, come nel caso delle banche e delle compagnie di assicurazione.⁶⁸

Ma Rockefeller era assistito da un'ottima squadra di legali. Il più valido di questi, Samuel Dodd, propose e ottenne che le quaranta società possedute da Rockefeller fossero riunite in un unico *trust*.⁶⁹ Ai nove *trustees* nominati

⁶⁷ Le ragioni di tale esclusione erano molteplici. Anzitutto, si temeva un indebito allargamento dell'oggetto sociale della società partecipante. Secondariamente, si voleva prevenire un aumento del rischio d'impresa in capo agli azionisti senza il consenso di questi. In terzo luogo, la facoltà di acquistare azioni di altre società era attribuita dalla legge solo a determinate società, quali banche, imprese di trasporti e un esiguo numero di industrie manifatturiere, sicché pareva arduo ricavarne un principio di ordine generale. V. in questo senso le seguenti pronunce di corti inglesi: *In re Asiatic Banking Corp.*, 4 L. Rev., ch. 252 (1869); *Great Eastern Ry. v. Turner*, 8 L. Rev., ch. 149 (1872); *In re European Society Arbitration Accounts*, 8 C.A. (1878).

⁶⁸ Per un'analisi di queste normative v. W.R. COMPTON, *Early History of Stock Ownership by Corporations*, in 9 *Geo. Wash. Law Rev.*, 1940, p. 125 ss., p. 127, anche in nota, il quale rileva come l'esempio trainante delle banche e delle assicurazioni – le prime società a poter godere del beneficio dell'acquisizione di quote azionarie all'inizio dell'Ottocento, sull'onda di un insperato successo – abbia portato moltissime altre società a richiedere, al momento dell'*incorporation*, la possibilità di acquistare partecipazioni in altre società; del resto, detto beneficio consentiva, in particolare alle banche, di investire ulteriormente gli utili in altre società. Per una rassegna della giurisprudenza nordamericana sul tema v. *ult. art. cit.*, p. 131, nota 14. A partire dal 1851, a poter acquistare partecipazioni in altre società erano soltanto quelle società aventi nella propria *charter of incorporation* una norma espressa in tal senso. Le prime legislazioni che hanno introdotto una disposizione generale ne limitavano comunque l'efficacia a determinati ambiti di attività, solitamente al mercato ferroviario o telegrafico e fu grazie a tali legislazioni che, proprio in quest'epoca, nacquero le prime società *holdings*. Come rileva ancora W.R. COMPTON, *Op. cit.*, cit., p. 129 s., nel caso della Southern Pacific Company (*incorporated* con una *Special Law* del Connecticut negli anni 1881-1884), la *charter* prevedeva che la società avrebbe potuto svolgere attività nel campo dei trasporti e delle comunicazioni in genere, avvalendosi di qualunque mezzo, quindi anche dell'acquisizione di quote di altre società; anche la Carrol Company (*incorporated* nel New Hampshire nel 1853) era autorizzata, in base alla propria *charter*, a organizzare altre società nel settore minerario e manifatturiero.

⁶⁹ Si trattava dell'istituto dello *shareholder's voting trust*, che consiste nella costituzione di un *trust* da parte di tutti gli azionisti di una società, con trasferimento in capo allo stesso di tutte le azioni in cambio di *trust certificates*. In tal modo i *trustees* acquistano la qualità di azionisti e hanno il diritto di votare e, eventualmente, di trasferire le azioni; per converso, gli azionisti originari acquistano diritti nei confronti dei *trustees*, dai quali percepiscono i dividendi. In sostanza, si producono due diritti di proprietà, contemporaneamente sussistenti: in capo al *trustee* resta il titolo legale (*legal*

amministratori furono trasferite, nel 1881, le azioni di tutte le società del gruppo in cambio del rilascio di *trust certificates*. Quelle nove persone, tra le quali naturalmente spiccavano Rockefeller e Dodd, giunsero ad amministrare un patrimonio di 150 milioni di dollari, con una crescita di profitti consolidati medi da 20 a 100 milioni di dollari dal 1891 al 1911.⁷⁰ Lo *Standard Oil Trust* divenne così la maggiore impresa del settore petrolifero e all'alba del nuovo secolo John Rockefeller si ritrovò a essere l'uomo più ricco del mondo, fino a quando, nel 1911, una sentenza della Corte Suprema lo costrinse a rinunciare alla carica di presidente e a disporre la scissione del *trust* in 34 diverse società, tra le quali le odierne *Esso/Exxon*, *Amoco* e *Chevron*.

La vicenda è ampiamente illustrativa. Dodd aveva infatti compreso che l'istituto del *trust* offriva una veste giuridica originale al gruppo di società, attraverso la separazione patrimoniale che è il fulcro dell'istituto medesimo. Senza il ricorso al *trust*, i gruppi di società sarebbero stati relegati a mero fenomeno di fatto e mantenuti in una sorta di «*vacuum* normativo».⁷¹

Lo *Standard Oil Trust* risale, come si è visto, al 1881. La sua costituzione non passò inosservata e negli anni immediatamente successivi furono aperte numerose inchieste in merito agli effetti distorsivi della concorrenza che tali concentrazioni di potere economico erano destinate a provocare. Seguirono ondate di protesta e in seno al Congresso si iniziò a discutere l'approvazione

title), mentre l'azionista originario rimane il beneficiario delle azioni, conservando l'*equitable title* (A.P. SERENI, *La società per azioni*, cit., p. 94 ss.). All'epoca il *trust* non risultava *incorporated* e, pertanto, gli azionisti non incorrevano nel divieto di acquisire partecipazioni intersocietarie. Sull'utilizzo di questo strumento nel diritto societario americano v. in generale H.W. BALLANTINE, *Voting Trusts, Their Abuses and Regulation*, in 21 *Texas Law Rev.*, 1942/43, p. 139 ss.

⁷⁰ Cfr. i grafici e la sintesi riportate sul sito Internet <www.micheloud.com/FXM/SO/SOT.htm>.

⁷¹ Cfr. la lucida analisi di U. PATRONI GRIFFI, *Governo e responsabilità nei gruppi d'impresa*, Zürich, 2000, pp. 15-20. Va ricordato, a questo proposito, che il primo gruppo di società europeo fu quello facente capo alla *Compagnie Gènevoise de l'Industrie du Gaz*, nato nel 1861; il primo gruppo italiano nacque nel 1898 ed era guidato dalla *Società per lo sviluppo delle imprese elettriche*. Scrivono a questo proposito F. GALGANO, F. MARRELLA, *Diritto del commercio internazionale*, cit., p. 88 s., che «la società per azioni era stata una creazione legislativa; e solo con norma di legge si era potuto dare vita ad un tipo di società nel quale la partecipazione dei soci era tramutata in un valore di scambio, liberamente circolabile come cosa mobile... Il gruppo di società è, all'opposto, frutto della inventiva imprenditoriale: non già creazione legislativa, bensì creazione dell'autonomia privata [...]. Il gruppo di società nasce dalla valorizzazione di potenzialità implicite nella forma giuridica della società per azioni, che l'inventiva imprenditoriale porta alle estreme conseguenze. La configurazione della partecipazione sociale come valore di scambio permette il controllo fra società: chiunque può acquistare o sottoscrivere azioni; così può una società acquistare o sottoscrivere azioni di un'altra società».

di una legge-quadro in materia di concorrenza. I Rockefeller corsero immediatamente ai ripari ed esercitarono pressioni affinché fossero approvate leggi permissive nei confronti dei gruppi di società. Grazie ad un'intensa attività di *lobbying*, Standard Oil segnò un ulteriore punto a proprio favore: nel 1888 il Parlamento del New Jersey approvò la c.d. *holding company clause*, riconoscendo ufficialmente in capo alle *corporations* la facoltà di acquistare azioni di altre società.⁷² Due anni dopo, il Congresso approvò lo *Sherman Antitrust Act*, la prima disciplina *antitrust* della storia, che minacciava di travolgere tutti i *trusts* costituiti a fini concentrativi.⁷³ Per tutta risposta, le grandi società per azioni si trincerarono dietro il modello inaugurato in New Jersey e i suddetti *trusts* furono immediatamente *incorporated* in apposite società.⁷⁴ Fu così che nacquero i primi gruppi di società.

3. Gruppi di società e conflittualità.

3.1. I vantaggi di gruppo. – Il riconoscimento a livello legislativo della facoltà di costituire gruppi di società portò a una rapida diffusione degli stessi negli ordinamenti a economia capitalistica. Una volta riconosciuti come fenomeno di fatto, i gruppi si rivelarono straordinari catalizzatori di ricchezza.

Sotto un primo profilo, i gruppi sono infatti in grado di moltiplicare l'entità del capitale investito, attraverso l'apporto di azionisti di minoranza

⁷² In *Public Laws of New Jersey*, 1888, c. 269, p. 385 (enacted on April, 8). La legge del New Jersey fu seguita da altri interventi normativi in numerosi altri Stati, quali il Delaware (1889), New York (1890), il Connecticut e la Pennsylvania (1895). V. per tutti M. FREEDLAND, *History of the Holding Company Legislation in New York State: Some Doubts as to the 'New Jersey First' Tradition*, in 24 *Fordham Law Rev.*, 1955, p. 369 ss., spec. p. 408, a parere del quale la normativa del New Jersey non può considerarsi pionieristica, in quanto destinata ad applicarsi, per espressa previsione, solo a un numero limitato di società. Sugli eventi che portarono all'approvazione della citata riforma e sui suoi effetti v. C. GRANDY, *New Jersey and the Fiscal Origin of Modern American Corporation Law*, New York/London, 1993, spec. p. 75 ss.

⁷³ Lo *Sherman Act* si trova pubblicato in 15 U.S.C.A., §§ 1-7.

⁷⁴ La giurisprudenza sembrò inizialmente favorevole alla sottrazione dei neonati gruppi di società dall'applicazione dello *Sherman Act*: v. in proposito la celebre sentenza della Corte Suprema, *United States v. E.C. Knight*, 156 U.S. S. Ct. 249, 39 L. Ed. 325 (1895).

nel capitale delle società partecipate.⁷⁵ Questo specifico vantaggio, sfruttato sin dal primo capitalismo finanziario statunitense,⁷⁶ è conosciuto con il termine «leva azionaria» e grazie ad esso l'azionista di maggioranza riesce ad ammortizzare i conferimenti nelle società figlie, spartendoli con gli azionisti esterni di volta in volta coinvolti, ma conservando in ogni caso la sua posizione di preminenza nelle delibere sociali.⁷⁷

Sotto un secondo profilo, la morfologia del gruppo contribuisce alla *diluizione del rischio* lungo l'ossatura del gruppo stesso e a beneficio delle società controllanti. In questo senso, il principio della responsabilità limitata dell'azionista rispetto alle obbligazioni contratte dalla società riceve, nei gruppi di società, «a dramatic extension».⁷⁸ Mentre nel modello della società monade tale principio consente all'azionista di trasferire in capo alla

⁷⁵ V. C. DEMATTÉ, *Modelli di crescita delle imprese a leverage multiplo: rischi e deformazioni*, in *Economia & Management*, 1995, n. 6, p. 5 ss., p. 7, il quale limpidamente spiega: «È facile verificare che con questo sistema il volume delle risorse sulle quali può contare l'imprenditore che ha impostato il sistema si moltiplica rispetto al capitale di rischio da esso apportato. Si moltiplica in funzione del capitale di rischio degli azionisti di minoranza; in relazione al rapporto di leva fra il capitale di rischio totale e il capitale di debito; infine in funzione del numero dei livelli societari a cascata. Se il sistema impiegato per realizzare l'effetto leva multipla prevede che il capitale di controllo debba sempre essere di maggioranza assoluta (51%) e che ogni società possa raccogliere il capitale di rischio, l'imprenditore può assemblare, per ogni miliardo che lui impiega: quasi 6 miliardi, se si limita ad una società solamente; quasi 35 se dovesse avvalersi di un sistema gerarchico a due livelli; 203 per tre livelli; e oltre 7.000 miliardi se dovesse fare leva su 5 livelli. L'effetto si amplificherebbe ulteriormente se l'imprenditore si accontentasse di un controllo inferiore al 51% nei vari livelli e se l'indebitamento dovesse andare oltre due volte il capitale di rischio». L'Autore poi evidenzia che: è possibile ampliare l'indebitamento fino a tre volte i mezzi propri; l'azionista resta in posizione di controllo anche mediante la titolarità di un mero 30% del capitale sociale; egli può inoltre ricorrere a patti di sindacato e all'inserimento di limiti statuari di possesso di azioni al fine di garantirsi sempre e comunque il controllo del gruppo. Tutti questi ulteriori mezzi sono analizzati da F. GIACCARI, *Le aggregazioni aziendali*, Bari, 2003, pp. 107-115.

⁷⁶ Cfr. i dati citati da L. GALLINO, *L'impresa irresponsabile*, Torino, 2005, p. 33. V. inoltre l'analisi di R. HILFERDING, *Il capitale finanziario*, Milano, 1976, p. 141, che già nel 1910 indagava come le grandi società del settore ferroviario negli Stati Uniti si siano concentrate, con l'aiuto di alcune banche d'affari, in gruppi di società sotto il controllo di un unico soggetto.

⁷⁷ Si supponga che la società A possieda al 70% la società B, la quale possiede a sua volta il 60% della società C; si supponga altresì che C debba procedere a un rifinanziamento a seguito di aumento di capitale. Per l'aumento di capitale di 100 di C, B verserà dunque 60, mentre agli azionisti esterni sarà richiesto di adempiervi con l'apporto di complessivi 40. Per sostenere i relativi oneri finanziari, l'assemblea di B avrà provveduto a un aumento di capitale: A avrà per questo versato 70 nelle casse di B. Complessivamente, A avrà pagato il 70% di 60, cioè 42.

⁷⁸ Come precisa P.I. BLUMBERG, *Limited Liability and Corporate Groups*, in 11 *Journ. of Corp. Law*, 1985-86, p. 573 ss., p. 576, «[w]ith this development, [...] major business was soon transformed into large complexes of affiliated corporations collectively conducting the business of the enterprise. In the corporate group, limited liability for the corporate components of the enterprise, as well as for the ultimate investors, followed automatically. This development appeared to have followed without any recognition that the principle was receiving a dramatic extension».

società il rischio derivante dall'esercizio dell'attività economica, nei gruppi il soggetto al vertice vede grandemente diminuita la propria quota di rischio, grazie alla combinazione tra la struttura verticistica del gruppo e la limitazione di responsabilità. È questa la primaria caratteristica del gruppo di società, come risultato dell'evoluzione capitalistica industriale del modello della società per azioni.

È importante inoltre sottolineare che la forma organizzativa del gruppo contribuisce ad una notevole riduzione dei costi a carico della struttura societaria di gruppo. L'espansione economica di ogni impresa implica infatti dei costi, che riguardano il monitoraggio del mercato, la pianificazione, la contrattazione, la determinazione dei piani di produzione (costi di coordinamento) ovvero attengono al controllo e all'incentivo delle persone (dirigenti periferici e dipendenti) a garanzia dell'uniformità interna nell'attività dell'impresa (costi di incentivazione). Ora, la struttura del gruppo riduce entrambe queste tipologie di costi, decrementando la distanza tra centro e periferia, tra momento decisionale accentrato e momento d'esecuzione.⁷⁹

Chiaramente, a queste condizioni il gruppo può diventare un eccezionale strumento di elusione nei confronti dello Stato o del mercato.⁸⁰ Si pensi a un gruppo di società diversificato, nel quale le singole partecipate svolgono attività in settori differenti: solo individualmente esse potranno accedere a sussidi statali; aprire linee di credito anche in caso di insolvenza della *holding*; demandare a società di persone attività per le quali non è richiesta trasparenza e godere del conseguente regime fiscale agevolato; entrare in programmi di salvataggio o crisi previsti dallo Stato senza coinvolgere altri rami d'azienda in attivo e via dicendo. Ma anche: utilizzare il patrimonio di

⁷⁹ Cfr. L. CANNARI, C. GOLA, *La diffusione dei gruppi industriali in Italia*, in *I gruppi di società. Atti del Convegno internazionale di studi (Venezia, 16-17-18 novembre 1995)*, Milano, 1996, II, p. 813 ss., p. 821 s., anche in nota; F. GIACCARI, *Le aggregazioni aziendali*, cit., p. 129. Al riguardo, rileva correttamente C. DEMATTÉ, *La gestione dei gruppi: la prospettiva aziendale*, in *I gruppi di società*, cit., II, p. 1117 ss., p. 1122, che tra le caratteristiche dei gruppi di società spicca «l'impiego dell'autonomia societaria al fine di articolare nel modo migliore i rapporti tra i soggetti coinvolti in una specifica attività, uscendo dalla rigidità della gerarchia – che può prendere il sopravvento nelle strutture monosocietarie multibusiness – ma senza cadere nella precarietà e nelle incertezze dei rapporti lasciati esclusivamente ai liberi giochi del mercato (come accadrebbe nel caso di più società distinte e non coordinate da una capogruppo) e senza privarsi della possibilità di cogliere le sinergie potenziali fra attività diverse».

⁸⁰ Cfr. F. BARCA, *Il gruppo nei modelli di proprietà delle imprese: profili teorici, verifiche empiriche e spunti per una riforma*, in *I gruppi di società*, I, p. 83 ss., p. 103.

sussidiare per estinguere debiti della controllante; prestare fideiussioni tra società del gruppo; rinunciare a crediti infragruppo per eludere procedure concorsuali; costituire una *cash pool* centralizzata e conseguente assoggettamento della sussidiaria alle capacità finanziarie della capogruppo ecc.⁸¹

A tutti questi risultati distorsivi o lesivi di interessi di terzi, lo Stato ha sempre tentato di fornire una risposta, mediando tra l'esigenza di non frenare l'espansione dei commerci e la necessità di combattere l'elusione. In questo quadro si combinano perciò due ordini di problemi: uno meramente teorico, afferente la qualificazione dei gruppi⁸² ed un altro più pratico, concernente le misure poste in essere dallo Stato per fronteggiare il fenomeno.⁸³

3.2. La qualificazione giuridica dei gruppi: e *pluribus unum*? – La prima delle questioni testé accennate, sulla quale i giuristi si sono interrogati sin dall'inizio del secolo scorso, riguarda la possibilità di attribuire al gruppo una personalità giuridica autonoma. La loro prima preoccupazione era garantire la tutela dei terzi, pregiudicati dalla moltiplicazione degli schermi giuridici quale tipica conseguenza della struttura di gruppo.⁸⁴ A fronte di tale esigenza, ci si domandò se potesse attribuirsi una qualche qualificazione giuridica al gruppo in quanto tale, in modo da estendere eventuali condotte elusive al gruppo come entità autonoma ovvero da distribuire su tutte le società partecipate l'ambito di tutela di taluni interessi esterni. Tale interpretazione giunse però alla conclusione che la nozione di gruppo come unità (*Einheit*) dovesse assumere un significato prettamente economico e che, di conseguenza, compito del diritto fosse occuparsi unicamente delle singole persone giuridiche componenti il gruppo medesimo.

Ad alimentare questa opinione ha certamente contribuito un linguaggio normativo tutt'altro che chiaro ed univoco. Talora nell'impianto codicistico

⁸¹ Per qualche spunto v. recentemente M. GARCEA, *I «gruppi finti». Appunti in tema di gruppi di società e interposizione nell'esercizio dell'impresa*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, p. 204 ss., p. 209.

⁸² Su questo punto v. oltre § 3.2.

⁸³ Su questo punto v. *infra* § 3.2.1 e 3.2.2.

⁸⁴ In tal senso F. GALGANO, *Le nuove società di capitali e cooperative*, in F. GALGANO, R. GENGHINI, *Il nuovo diritto societario*², in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. Galgano, XXIX, Padova, 2004, p. 183 s.

compaiono termini quali «gruppi di imprese», «impresa controllante» e «controllata», ma senza che venga adombrata una disciplina generale. Ciò però non significa che il gruppo, in quanto tale, non abbia una rilevanza giuridica: una cosa, infatti, è la personalità giuridica; altro è il semplice interesse dell'ordinamento per una realtà di fatto. La rilevanza di un fenomeno può manifestarsi in diversi modi, ad esempio nell'indirizzo di divieti diretti, come avviene per la normativa *antitrust*,⁸⁵ soprattutto in ambito comunitario,⁸⁶ ovvero nell'imposizione di obblighi, come nel caso della trasparenza infragruppo⁸⁷ e nella disciplina del bilancio consolidato.⁸⁸ In tutti questi settori, il gruppo *esiste* non come mera realtà economica, bensì come situazione di fatto meritevole di attenzione da parte del diritto.

3.2.1. L'elemento plurale nei gruppi: i tentativi di regolamentazione. – Un primo aspetto dei gruppi di società che l'ordinamento ha tentato di mettere a fuoco concerne la tutela del mercato da pratiche anticoncorrenziali.⁸⁹ Da questo punto di vista, il legislatore temeva che l'organizzazione unitaria dell'impresa costituisse un ostacolo alla tutela degli interessi del mercato o dello Stato. Così, i primi interventi mirarono ad assicurare che i gruppi non aggirassero la disciplina della concorrenza, cui si aggiunsero analoghi timori quanto ai criteri di redazione del bilancio e all'esigenza di un corretto

⁸⁵ Secondo V. DONATIVI, *Impresa e gruppo nella legge antitrust*, Milano, 1996, p. 3, il metodo seguito dal diritto *antitrust* nella presa di mira della realtà della «impresa» – anziché del gruppo a struttura plurale – risponde a «una precisa scelta di politica legislativa: raccogliere le istanze di un ramo dell'ordinamento giuridico che più di ogni altro reclama un'impostazione di tipo “sostanzialistico” (il c.d. “metodo dell'economia”) portando ad ulteriore compimento quel processo teso ad attribuire piena evidenza giuridica al fenomeno dell'aggregazione tra imprese».

⁸⁶ Nel diritto comunitario *antitrust* si è affermata, sin dalle prime applicazioni del Trattato CE, una nozione unitaria di «impresa», con radicale superamento della struttura plurale del gruppo di società. Per un'analisi delle norme nelle quali l'impresa appare come centro di imputazione di effetti giuridici o come vero e proprio soggetto giuridico (ad es. l'art. 81 del Trattato) v. F. BONELLI, *La nozione di impresa nelle regole di concorrenza nel Trattato C.E.E.*, in P. VERRUCOLI (a cura di), *La nozione d'impresa nell'ordinamento comunitario*, Milano, 1977, p. 37 ss., p. 39 ss. Per la nozione giurisprudenziale di impresa si veda Corte di Giustizia CE, 31 ottobre 1974, *Centrapharm c. Sterling Drug*, causa 15/74, in *Racc.*, 1974, p. 1147 ss.

⁸⁷ Sull'argomento v. recentemente P. SILVESTRO, *Riflessioni sulla pubblicità in materia di gruppi*, in *Rass. giur. energia elett.*, 2005, p. 243 ss.

⁸⁸ In argomento v. R. SANTINI, *Bilancio consolidato di gruppo*, in 7 *Contr. e impr.*, 1991, p. 811 ss.; F. GALGANO, *Il bilancio della capogruppo, il bilancio consolidato e la responsabilità degli amministratori della holding*, *ivi*, 1997, p. 269 ss.

⁸⁹ Come nel caso dello *Standard Oil Trust*, esaminato *supra* § 2.2.

prelievo fiscale.⁹⁰ Pionieristica fu anche in questo caso la prassi statunitense, nell'ambito della quale la prima campagna contro i gruppi di società fu condotta, com'era prevedibile, sotto la bandiera dello *Sherman Act* del 1890. Prima la giurisprudenza,⁹¹ poi il legislatore con un'apposita legge, il *Clayton Act* del 1914, sancirono in modo categorico l'applicazione delle disposizioni *antitrust* anche alle *holdings*, vietando l'acquisto di partecipazioni intersocietarie qualora l'effetto prodotto fosse quello di costituire un monopolio o distorcere la concorrenza.⁹² Del resto, proprio in quel Paese il gruppo era nato come espressione di ben note tendenze all'accumulo sfrenato di ricchezza: esso non poteva sfuggire, in quel particolare frangente storico, alle maglie di un Congresso attento a che le esigenze del libero mercato non venissero distorte da manovre speculative di capitalisti d'assalto.

Ma i gruppi emersero come «pluralità» di imprese distinte (*Vielheit*) anche *sotto il profilo economico*, in relazione alla loro maggiore efficienza in termini di riduzione dei costi, sul piano del frazionamento del rischio d'impresa, del *leverage* finanziario e dell'articolazione dell'organizzazione imprenditoriale.⁹³ L'iniziale approccio del diritto nei confronti di questi fenomeni fu esclusivamente repressivo.⁹⁴ In particolare, gli interventi legislativi riguardarono: la predisposizione di regolamenti di vigilanza

⁹⁰ Cfr. in proposito, anche per i vari riferimenti storico-normativi, U. PATRONI GRIFFI, *Governo e responsabilità*, cit., p. 21 ss.; secondo S.M. CARBONE, *Stabile organizzazione e gruppo di imprese nel diritto internazionale tributario*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1980, p. 5 ss., spec. p. 15, «la nozione di “gruppo di imprese” rappresenta la più ampia aggregazione di unità operative, giuridicamente ed economicamente distinte, al fine di imputarne il complesso ciclo produttivo ad un unico ente di cui si è interessati a valutare unitariamente i risultati per un corretto esercizio del potere impositivo dei vari Stati partecipi della sua formazione».

⁹¹ *Northern Securities Co. v. United States*, 193 U.S. 197, 24 S.Ct. 436, 48 L. Ed. 679 (1904).

⁹² Il *Clayton Act* si legge in 15 U.S.C.A. §§ 12-27. Sull'atteggiamento dell'epoca contrario all'introduzione di norme eccessivamente permissive a favore dei gruppi in generale v. C. GRANDY, *New Jersey*, cit., p. 80 ss.

⁹³ Come ha correttamente evidenziato A. JACQUEMIN, *Le groupe de sociétés: décentralisation dans la concentration*, in AA.VV., *Les groupes de sociétés*, Atti del seminario organizzato a Liegi il 19-21 ottobre 1972, La Haye, 1973, p. 27 ss., p. 29 s., «le groupement des sociétés s'inscrit dans le contexte plus général de la concentration» e «un intention commune que l'on peut attribuer à ces divers types [de concentrations] est le désire de contrôler les marchés ou de replacer les transactions de marchés par une organisation interne moins coûteuse ou moins risquée».

⁹⁴ Cfr. A. BRUNETTI, *Trattato di diritto delle società*, Milano, 1948, II, p. 47, il quale spiegava che i gruppi «rientrano [...] nel dominio dell'economia formando quelli che, nel linguaggio degli affari, si dicono i sistemi planetari. La legge non può occuparsene *ex professo*, ma interviene, quando occorre, per impedire o reprimere qualche fenomeno degenerativo».

sull'attività delle società *holding*;⁹⁵ il divieto, per la società appartenente ad un gruppo, di stipulare prestiti con gli amministratori di un'altra;⁹⁶ l'inaugurazione di uno stretto regime di trasparenza dei rapporti infragruppo;⁹⁷ la disciplina del momento della formazione del capitale sociale;⁹⁸ infine, il divieto di partecipazioni di controllo reciproche.⁹⁹ In generale, tutte queste normative consideravano il gruppo nella sua versione pluralistica, escludendo completamente l'elemento dell'unità;¹⁰⁰ il loro scopo manifesto consisteva nella tutela degli interessi degli azionisti di minoranza e dei creditori sociali.

⁹⁵ A questo proposito, nel 1935 il Congresso statunitense approvò, nell'ambito del *New Deal*, il *Public Utility Holding Company Act*, 15 U.S.C. (Supp. 1937) 79, facente parte del più vasto *Public Utilities Act*, di cui costituiva il titolo I; la normativa ivi contenuta si applicava alle società *holding* del settore del gas e dell'elettricità e stabiliva una serie di divieti e limiti all'attività di tali società. Su questo strumento v. E.D. OSTRANDER, *The Public Utility Holding Company Act*, in 12 *Journ. Land & Public Util. Econ.*, 1936, p. 49 ss., spec. p. 51 (per l'elenco delle *prohibitions* sancite dalla legge); L.T. FOURNIER, *Simplification of Holding Companies Under the Public Utility Act of 1935*, in 13 *Journ. Land & Public Util. Econ.*, 1937, p. 138 ss.; R.W. TUCKER, *The Public Utility Act of 1935: Its Back-ground and Significance*, in 4 *Southern Econ. Journ.*, 1938, p. 423 ss. La *Section II* della legge prevedeva, nel progetto iniziale, l'abolizione di tutte le *holdings* del settore – e, per questa ragione, fu denominata *Death Sentence* –, ma in sede di approvazione del testo finale fu prevista una norma che di fatto conservava i due terzi delle società esistenti: B. SHAW, *Public Utility Holding Company Act: Corporate Simplification and Geographic Integration under Section II*, in 36 *Michigan Law Rev.*, 1938, p. 1360 ss.; W.H. ANDERSON, *Public Utility Holding Companies: The Death Sentence and the Future*, in 23 *Journ. Land & Public Util. Econ.*, 1947, p. 244 ss.; L.W. LEARY, "Fair and Equitable" *Distribution of Voting Power under the Public Utility Holding Company Act of 1935*, in 52 *Michigan Law Rev.*, 1953, p. 71 ss.

⁹⁶ Vedi sotto questo profilo l'art. 6 del R.D.L. 30 ottobre 1930 n. 1459, convertito in L. 4 luglio 1931 n. 660, la prima legge italiana a utilizzare il termine «controllo» (E. FINZI, *Società controllate*, in *Riv. dir. comm.*, 1932, p. 462 ss., p. 462), che stabiliva sanzioni penali a carico degli amministratori che contraessero prestiti in qualsiasi forma, direttamente o indirettamente, con la società amministrata o con una società da questa controllata o dalla quale la stessa sia controllata. Secondo l'Autore testé citato (p. 465), la norma avrebbe avuto come fine quello di garantire che l'amministratore agisse non come mandatario della società controllante, bensì come organo della società controllata.

⁹⁷ La prima normativa completa in materia di gruppi può rinvenirsi nel § 128 del *Aktiengesetz* del 30 gennaio 1937. Su di essa v. R. DUROUDIER, *La loi allemande sur les sociétés par actions (Aktiengesetz 1937)*, Paris, 1954.

⁹⁸ Cfr gli art. 2359 e 2360 cod. civ. La redazione di tali articoli da parte del legislatore del 1942 fu conseguenza della presa di coscienza – piuttosto parziale e anzi del tutto discutibile – che «il pericolo insito in questi raggruppamenti di imprese non sta [...] nel loro funzionamento, ma può sorgere dalla formazione del capitale» (*Relazione al Re*, n. 963).

⁹⁹ V. in proposito l'art. 8 della legge francese del 4 marzo 1943; l'art. 27 del *Company Act* britannico del 1948.

¹⁰⁰ Secondo L. MOSSA, *Il diritto azionario delle imprese dominanti*, in *Nuova riv. dir. comm.*, 1956, pp. 127-132, p. 129, questa situazione derivava dal rifiuto, da parte delle legislazioni dell'epoca, di riconoscere il controllo come realtà giuridica.

Tutte queste regolamentazioni, peraltro di natura settoriale e difficilmente coordinabili tra loro, trascuravano tuttavia il vero problema, ossia che la società posta al vertice del gruppo è in grado, in virtù del diritto reale derivante dalla proprietà della maggioranza delle azioni delle partecipate, di esercitare su queste ultime un autentico *potere di fatto*, in relazione alla determinazione delle politiche aziendali e alla gestione delle rispettive imprese. Nella democrazia societaria, come del resto in quella politica, la tutela delle minoranze è essenziale, onde evitare che le decisioni dell'ente siano assunte «a colpi di maggioranza» e in direzione contraria agli interessi della società. L'ossatura del gruppo di società è basata proprio sul potere della maggioranza, rappresentata dalla società controllante: potere sì fondato *sul diritto* – dunque legittimo –, ma pur sempre foriero di pericolosi conflitti.¹⁰¹ Quello che si denomina come *controllo* e che può ricondursi a una serie eterogenea di ipotesi fattuali (dalla semplice partecipazione azionaria di maggioranza alla detenzione di quote di minoranza basate su sindacati di voto, alla sottomissione formulata in un contratto, fino all'influenza esercitata in via di fatto)¹⁰² altro non è che l'espressione giuridica di un autentico *potere*. Di conseguenza, ogni iniziativa legislativa che non affronti di petto il problema spinoso dello strapotere nei gruppi di società è destinata a restare inapplicata.

Quanto sia difficile costruire una normativa completa dei gruppi di società lo sa bene il legislatore tedesco, cui va riconosciuto il merito di aver inaugurato la prima disciplina organicamente dedicata al fenomeno, l'*Aktiengesetz*. Tale disciplina venne adottata nel 1965 e rappresenta a tutt'oggi il primo apprezzabile tentativo di ricondurre l'intera figura del

¹⁰¹ Cfr. sul punto L. CANNARI, C. GOLA, *La diffusione*, cit., p. 820; V. ALLEGRI, *Brevi appunti in tema di tutela degli azionisti esterni nei gruppi di società*, in *I gruppi di società*, cit., I, p. 603 ss., pp. 607-609; P.G. MARCHETTI, *Sul controllo e sui poteri della controllante*, *ivi*, II, p. 1547 ss., p. 1549. Sul controllo di fatto v. I. CHIEFFI, *Il gruppo di fatto qualificato nella realtà giuridica italiana*, in *I gruppi di società*, cit., II, p. 964 ss. con ampia bibliografia. Gli stessi timori sono espressi anche da legislatori stranieri: A. BENOIT-MOURY, *Les groupes de sociétés en droit belge*, *ivi*, I, p. 137 ss., p. 178 ss.; Y. GUYON, *Le droit des groupes de sociétés (droit français)*, *ivi*, I, p. 195 ss., p. 204 ss.; D.D. PRENTICE, *The Law of Corporate Groups in Great Britain*, *ivi*, I, p. 275 ss., p. 306 ss. V. anche G. ROSSI, *Il conflitto epidemico*, Milano, 2003, p. 40 ss.

¹⁰² Cenni in G.F. CAMPOBASSO, *Controllo societario*, cit., p. 794; G. ROSSI, *Il fenomeno dei gruppi ed il diritto societario: un nodo da risolvere*, in *I gruppi di società*, cit., I, p. 17 ss., p. 24; M.S. SPOLIDORO, *Il concetto di controllo nel codice civile e nella legge antitrust*, in *Riv. soc.*, 1995, p. 456 ss., spec. 462 ss.

gruppo a un ambito prettamente giuridico.¹⁰³ La legge in parola rispecchia, anche nella struttura, la costante tensione tra *Einheit* e *Vielheit*: essa distingue i c.d. «gruppi nascenti da contratto» (*Vertragskonzerne*), nei quali prevale l'interesse (economico) di gruppo, con i dovuti bilanciamenti,¹⁰⁴ dai c.d. «gruppi di fatto» (*faktische Konzerne*), nei quali risultano prevalenti le esigenze di tutela delle società controllate. Nella prima ipotesi, la società dominante può governare la società dominata secondo il proprio volere e può disporre liberamente del patrimonio di quest'ultima; tuttavia, essa risponderà di *tutte* le perdite subite dalla controllata, anche se dichiarata fallita.¹⁰⁵ Per contro, nel caso di gruppo di fatto risulta centrale il problema

¹⁰³ Nella parte generale dell'*Aktiengesetz* (AktG) (§§ 15-19) – legge adottata in data 6 settembre 1965 ed entrata in vigore il 1° gennaio 1966 (v. per tutti J.E. ANTUNES, *Liability of Corporate Groups*, cit., pp. 314-324; M. LUTTER, *Il gruppo di imprese*, cit., p. 7 ss.; G. RAGUSA MAGGIORE, *Aspetti particolari della tutela del socio nel «Konzern»*, in *Riv. soc.*, 1970, p. 675 ss.; AA.VV., *La Legge tedesca sulle società per azioni*, Milano, 1971; W. GADOW, C.H. BARZ, *Aktiengesetz: Großkommentar*, Berlin, 1970) – si trovano le definizioni di «impresa dipendente» (*Abhängige Unternehmen*) e di «gruppo di imprese» (*Konzernunternehmen*): la prima viene descritta come l'impresa giuridicamente autonoma sulla quale un'altra impresa è in grado di esercitare, in base a una partecipazione al capitale di rischio o in altro modo, una influenza dominante (*beherrschenden Einfluß*); viceversa, si ha gruppo di imprese quando le imprese sono assoggettate a una «direzione unitaria» (*einheitliche Leitung*). Quest'ultimo concetto prescinde dall'esistenza di rapporti di controllo tra società, ma si basa sulla nozione di eterodirezione, operativa o generale, delle società affiliate, sicché la normativa *de qua* risulta applicabile sia ai gruppi verticali, con l'attività di direzione in capo a una società madre, sia ai gruppi orizzontali, nei quali invece le società partecipano paritariamente alla fase direttiva del gruppo.

¹⁰⁴ Secondo la disciplina in esame, i principali contratti attraverso i quali l'esercizio della direzione unitaria risulta legittimo sono di due tipi: il «contratto di dominazione» (*Beherrschungsvertrag*), con il quale l'impresa dominata trasferisce alla dominante la direzione della propria attività economica e il «contratto di cessione degli utili» (*Gewinnabführungsvertrag*), con il quale la dominata si obbliga a cedere integralmente alla dominante i propri utili netti. Il contratto di dominazione deve essere stipulato per iscritto, approvato dalle assemblee dei soci delle dominate e iscritto del registro delle imprese a pena di nullità (§ 293, Abs. 1, 3; § 294, AktG). In base a tale contratto, la società dominante è legittimata a esercitare l'attività di direzione, anche senza considerare l'interesse delle dominate, purché l'eventuale danno procurato a queste ultime risulti funzionale a un vantaggio economico conseguito dal gruppo. In entrambi i contratti, gli interessi delle società controllate sono tutelati attraverso un'adeguata remunerazione del capitale, mediante un dividendo annuo garantito a favore degli azionisti che decidano di restare nella società (§ 304, Abs. 1, 2 AktG), mentre per i recedenti è previsto un indennizzo in denaro o azioni della società dominante; inoltre, la società dominante ha l'obbligo di ripianare, al termine di ogni esercizio, l'eventuale disavanzo di bilancio delle società dominate, a garanzia dei creditori sociali di queste (§ 302, Abs. 1, AktG). Come rileva U. PATRONI GRIFFI, *Governo e responsabilità*, cit., p. 33, questo regime ha contribuito a un totale svilimento del principale beneficio del gruppo, cioè il frazionamento del rischio; per tale ragione, questo sistema è stato poco utilizzato in Germania e anche altri Stati, che hanno preso il modello tedesco come riferimento *de iure condendo*, hanno preferito adottarne alcune varianti (*ult. loc. cit.*, p. 34 s.).

¹⁰⁵ In base al § 302 AktG, la controllante è tenuta a coprire le perdite risultanti dal bilancio della controllata, indipendentemente dalla causa delle perdite, cioè sia che esse derivino da una cattiva

del controllo esercitato dalla capogruppo, che non può rappresentare un danno per la controllata. Il pregiudizio eventualmente arrecato dalla controllante costituisce pertanto, in tal caso, un illecito che può essere attenuato soltanto dal pagamento, da parte della controllante, di un adeguato indennizzo.¹⁰⁶

La giurisprudenza applicativa dell'*Aktiengesetz* ha fornito un quadro del regime giuridico di gruppo, ammettendo che la controllante possa essere chiamata a rispondere per la lesione degli interessi della controllata qualora questa, attraverso un proprio comportamento anche colposo, abbia subito un danno patrimoniale in conseguenza dell'omessa considerazione dei suoi interessi da parte della prima.¹⁰⁷

Lo scopo precipuo della disciplina in vigore in Germania è evitare che il controllo esercitato dalla capogruppo si trasformi in un pregiudizio per la sussidiaria. Si vuole, cioè, che l'appartenenza al gruppo non elida la ragion d'essere della società singolarmente considerata. Il che sembra realizzare la preoccupazione che l'invenzione imprenditoriale del gruppo non rappresenti la base per l'alimentazione di conflitti e, dunque, per la distruzione delle potenzialità economiche insite nel modello della società di capitali.

Analoga normativa è stata adottata dall'Italia a seguito della riforma del diritto societario del 2003. Secondo i nuovi art. 2497 ss. c.c., infatti, i soci e i creditori delle partecipate possono agire direttamente nei confronti della partecipante per le condotte realizzate nell'interesse proprio o altrui «in violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale», salvo che il danno risulti eliso dal «risultato complessivo dell'attività di direzione e coordinamento ovvero integralmente eliminato anche a seguito di operazioni a ciò dirette» (art. 2497 co. 1). Si tratta di responsabilità

gestione da parte della controllante, sia che esse conseguano ad uno sfavorevole andamento degli affari. Se la società controllante viene dichiarata fallita e la controllata ha subito delle perdite, quest'ultima concorre quale creditore nella massa fallimentare.

¹⁰⁶ § 311 AktG. In virtù della c.d. «teoria dell'indennizzo», il sacrificio degli interessi delle controllate risulta lecito nei limiti in cui la capogruppo provveda a ristorarlo mediante il pagamento di una somma di denaro. In proposito v. P. SPADA, *L'amministratore della società per azioni tra interesse sociale ed interesse di gruppo*, in *Riv. dir. civ.*, 1989, p. 233 ss., p. 237 ss.; M. LUTTER, *The Law of Groups of Companies in Europe. A Challenge for Jurisprudence*, in 1 *Forum intern.*, 1983, spec. p. 24.

¹⁰⁷ Cfr. U. PATRONI GRIFFI, *Governo e responsabilità*, cit., p. 38 s., il quale rileva altresì che spetta all'attore provare l'esistenza di una direzione unitaria centralizzata, il danno subito dalla società dominata e il rapporto di causalità tra questo e l'azione della dominante.

diretta, anche se sussidiaria (art. 2497 co. 3), attivabile anche in caso di assoggettamento a procedura concorsuale dal curatore o dal commissario (art. 2497 co. 4).¹⁰⁸

Traspare abbastanza lucidamente da tutte queste normative la volontà degli Stati di non frenare, attraverso una regolamentazione della responsabilità troppo stretta, l'impulso economico risultante dalla creazione del gruppo di società. Alla forza propulsiva del gruppo, tuttavia, non fa da contrappeso un'energia regolamentare sufficiente a frenare l'utilizzo del gruppo come strumento di abuso o elusione.

3.2.2. L'elemento unitario nei gruppi, ovvero la società *holding*: il conflitto diventa endemico. – Nella società *holding* si sprigionano tutte le potenzialità del capitalismo post-industriale. La *holding* è, com'è noto, la società deputata alla detenzione delle partecipazioni in altre società:¹⁰⁹ essa, a seconda dei casi, può svolgere un'attività di coordinamento dell'attività industriale delle sussidiarie (c.d. *holding* «industriale»), ovvero assumere come oggetto sociale unicamente l'acquisto e la vendita di partecipazioni (c.d. *holding* «finanziaria» o «*trust* d'investimento»).¹¹⁰ Nel primo caso, il suo scopo è l'espansione della produzione; nel secondo, il suo fine è la concentrazione di ricchezza, anche se altre volte la *holding* può occuparsi di entrambi gli ambiti.

Strutturalmente, la *holding* è l'espressione del «potere» di vertice dell'impresa di gruppo, che le deriva dalla proprietà della maggioranza delle

¹⁰⁸ Al riguardo v. F. DI GIOVANNI, *La responsabilità della capogruppo dopo la riforma delle società*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, p. 31 ss., p. 37 ss.; F. GALGANO, *Le nuove società di capitali*, cit., p. 183 ss.; G. SBISÀ, *Responsabilità della capogruppo e vantaggi compensativi*, in *Contr. e impr.*, 2003, p. 591 ss., p. 599 ss.

¹⁰⁹ Sulla figura della società *holding* v. R. MORO VISCONTI, *Le holding: bilancio, struttura finanziaria, fiscalità e valutazioni. Tipologie di società holding*, Milano, 2004; F. VELLA, *Le società holding*, Milano, 1993; A. COURET, D. MARTIN, *Les sociétés holdings*, Paris, 1991.

¹¹⁰ Le partecipazioni detenute dalla *holding* industriale sono iscritte a bilancio alla voce «immobilizzazioni», come avviene per tutti «gli elementi patrimoniali destinati ad essere utilizzati durevolmente» (art. 2424 *bis* co. 1 c.c.). In particolare, si presumono immobilizzazioni (e come tali vanno iscritte) le partecipazioni in altre imprese che superino la soglia della «influenza notevole» indicata dall'art. 2359 co. 3 c.c. (art. 2424 *bis* co. 2 c.c.). Per contro, le partecipazioni in controllate, collegate e controllanti detenute dalla *holding* finanziaria devono essere iscritte alla voce «attivo circolante» di cui all'art. 2424 lett. C, III c.c.

azioni delle partecipate.¹¹¹ Proprio in virtù dell'assoggettamento a tale potere, queste ultime sono anche denominate «sussidiarie» o «controllate»: attraverso tali società, la volontà della *holding* si propaga trasversalmente nella struttura del gruppo e verso l'esterno.¹¹² Ciò implica che le determinazioni della volontà delle sussidiarie o controllate sono, nella maggior parte dei casi, il risultato della «eterodirezione» esercitata dalla *holding*.

A motivo di queste sue peculiarità, la *holding* è ancora oggi oggetto di opinioni controverse e orientamenti giurisprudenziali incerti.¹¹³ Nel linguaggio codicistico originario, infatti, residuava un timore che la trasformazione di una società monade in una *holding* potesse comportare un mutamento di fatto del suo oggetto sociale, con conseguente deviazione dell'attività della società rispetto a quella originariamente convenuta dai soci.¹¹⁴ Questa limitazione è venuta progressivamente meno con l'avvento dei gruppi di società, all'interno dei quali la *holding* svolge un'attività di conduzione dell'impresa che è sua propria, ben distinta da quella delle partecipate, attività alla quale la recente riforma italiana del diritto societario ha attribuito la qualifica di «direzione e coordinamento di società» (art. 2497 ss. c.c.). Quest'ultima attività altro non è che lo specchio, visto con lo sguardo della *holding*, dell'eterodirezione come potere al quale è soggetta la sussidiaria.

Le nozioni di «direzione e coordinamento», «eterodirezione» e di «controllo» sono il prodotto giuridico di entità dinamiche astratte, alle quali è

¹¹¹ Secondo F. GALGANO, *Le nuove società di capitali*, cit., p. 176, «[b]isogna rendersi conto – per quanto possa apparire brutale una simile spiegazione – che è la proprietà delle azioni (o altro diritto reale su di esse), nella misura idonea ad attribuire il controllo, il fondamento ultimo della supremazia della controllante sulle controllate».

¹¹² In Italia, la riforma del diritto societario del 2003 ha affrontato il problema dello *status* giuridico della *holding* industriale, offrendone – come si accennava *supra*, § 3.2.1 i.f. – una disciplina agli art. 2497 ss. c.c. In particolare, il legislatore si è occupato della figura della società che esercita «attività di direzione e coordinamento di società», stabilendo il diritto al risarcimento del danno in capo ai soci di queste ultime qualora la prima abbia agito «nell'interesse imprenditoriale proprio o altrui in violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale delle società medesime». Cfr. F. GALGANO, *I gruppi nella riforma delle società di capitali*, in *Contr. e impr.*, 2002, p. 1015 ss.

¹¹³ Ad essersi interessato a questo dibattito in modo costante è F. GALGANO, *Qual è l'oggetto della holding?*, in *Contr. e impr.*, 1986, p. 327 ss., con conclusioni a p. 338 ss. e con ampi riferimenti giurisprudenziali e dottrinali; ID., *I gruppi nella riforma*, cit., p. 1023 ss.; ID., *L'oggetto della holding è dunque, l'esercizio mediato e indiretto dell'impresa di gruppo*, in *Contr. e impr.*, 1990, p. 401 ss.

¹¹⁴ Simbolo di questo approccio è l'art. 2361 c.c.

possibile attribuire, dal punto di vista economico, un costo e un prezzo immediatamente monetizzabili.¹¹⁵ Il luogo nel quale si scambiano i suddetti beni immateriali è, appunto, il «mercato del controllo».¹¹⁶ Ma se, come si è evidenziato sinora, il «controllo» è causa di conflitti, è chiaro che il mercato del controllo è, tendenzialmente, un luogo all'interno del quale il bene scambiato può divenire oggetto di vere e proprie guerre tra imprenditori, condotte a suon di scalate.¹¹⁷ Anzi, tra le società sembra si stia «sempre più diffondendo un costume cannibalesco»,¹¹⁸ che assume la forma di una vera e propria lotta per la conquista del potere. E l'arma più efficace a disposizione dei contendenti è il contratto: si ritorna dunque alla traccia dalla quale si era partiti, l'uso libero dello strumento contrattuale come manifestazione dell'era della globalizzazione dei mercati, che consente sia la creazione del controllo, sia il suo scambio.

Ma si tratta di un'arma a doppio taglio: in quanto espressione di un *potere*, il controllo esige una serie di bilanciamenti che il diritto contrattuale non può, da solo, offrire. Pertanto, con l'avvento della globalizzazione, di cui la società *holding* è al tempo stesso oggetto e protagonista, i conflitti sono

¹¹⁵ Su questo punto cfr. il lavoro di L. ZINGALES, *What Determines the Value of Corporate Votes*, in 110 *Quart. Journ. of Econ.*, 1995, p. 1047 ss.; per il rilievo che il controllo non ha un valore in sé, bensì determinato anche dalla fiducia degli azionisti di minoranza v. G. SICILIANO, *La regolamentazione dei trasferimenti del controllo e delle acquisizioni di società quotate. Efficienza economica e protezione degli azionisti di minoranza*, in *Banca, impresa, società*, 1997, p. 345 ss., p. 350; sui benefici privati diversi dai dividendi sulle azioni si sofferma L. ENRIQUES, *Gruppi piramidali, operazioni infragruppo e tutela degli azionisti esterni: appunti per un'analisi economica*, in *Giur. comm.*, 1997, p. 698 ss., p. 709 ss., con interessanti osservazioni, tra l'altro, in merito alla maggiore liquidità che caratterizza le azioni di società al vertice di gruppi nei quali è consolidata, agli occhi del mercato, una politica non aggressiva nei confronti degli azionisti esterni: secondo l'A., infatti, meno la posizione di controllo risulta contendibile, più gli azionisti di minoranza si sentiranno tutelati, rispetto a scalate ostili di soggetti che potrebbero soltanto mirare a depredate il patrimonio sociale (*ivi*, p. 711). Il che probabilmente contribuisce a spiegare la ragione per cui i gruppi di società tendono alla stabilità dell'azionariato di vertice.

¹¹⁶ Cfr. il magistrale contributo di R. WEIGMANN, *Concorrenza e mercato azionario*, Milano, 1978, spec. pp. 71-116; L. ENRIQUES, *Mercato del controllo societario e tutela degli investitori. La disciplina dell'OPA obbligatoria*, Bologna, 2002, p. 11 ss.; H.G. MANNE, *Mergers and the Market for Corporate Control*, in 73 *Journ. of Pol. Ec.*, 1965, p. 110 ss.; M.C. JENSEN, R. RUBACK, *The Market for Corporate Control: The Scientific Evidence*, in 11 *Journ. Fin. Econ.*, 1983, p. 5 ss.

¹¹⁷ Come rileva G. ROSSI, *Il conflitto epidemico*, cit., p. 55 (v. anche p. 58), «[i]l conflitto di interessi è [...] intrinseco nella struttura stessa dei mercati finanziari, come dimostrano innumerevoli dati – ad esempio il fatto che non esista alcuna limitazione alla partecipazione di società quotate in altre quotate anch'esse».

¹¹⁸ A. MIGNOLI, *La società per azioni oggi*, cit., p. 15. Il fenomeno pare originato negli Stati Uniti sulla spinta della *mergermania* dilagata nel corso della presidenza Reagan: v. in proposito S.M. GRASSANI, *Poison Pill: le scalate ostili negli U.S.A.*, in *Contr. e impr.*, 1993, p. 770 ss., p. 772.

destinati ad aumentare in parallelo con l'irresistibile ascesa del diritto contrattuale.¹¹⁹ Nella *holding* globale, insomma, si esprime in maniera netta quell' «eccesso di appagamento della situazione giuridica di chi agisce in conflitto rispetto a quella di chi il conflitto lo subisce»,¹²⁰ quello sfruttamento istituzionalizzato delle «smagliatur[e] del diritto»¹²¹, quella tendenza allo «slittamento dal governo alla *governance*»¹²² che rappresentano, tutte insieme, l'odierna e titanica sfida degli economisti e, ancor prima, dei giuristi.

4. Dal gruppo di società alla «impresa multinazionale».

L'accento ai risultati della diffusione dei gruppi di società, effettuato nei paragrafi che precedono, non è casuale. Esso rappresenta infatti il punto di partenza per prendere in esame, pur brevemente, gli sviluppi successivi concretatisi nel fondamentale passaggio dai gruppi di società alle «imprese multinazionali».¹²³

Storicamente, le imprese multinazionali iniziarono a diffondersi in modo capillare dopo la fine della seconda guerra mondiale.¹²⁴ Il predominio

¹¹⁹ Nello scenario della globalizzazione, «il diritto pubblico [...] si ritrae e il diritto privato [...] avanza» (D. ZOLO, *Globalizzazione. Una mappa dei problemi*, Roma-Bari, 2004, p. 94).

¹²⁰ G. ROSSI, *Il conflitto epidemico*, cit., p. 21 s. (ma anche p. 63).

¹²¹ *Ibidem*, p. 56.

¹²² A. MCGREW, *Il grande dibattito sulla globalizzazione*, in E. BATTINI, R. RAGIONIERI (a cura di), *Culture e conflitti nella globalizzazione*, Città di Castello, 2002, p. 3 ss., p. 14; sul problema dei conflitti v. anche, per un discorso più generale, R. RAGIONIERI, *Conclusione: conflitti nella globalizzazione*, *ivi*, p. 225 ss., p. 238 ss.

¹²³ Sotto il profilo terminologico, l'impresa multinazionale non può confondersi con altri due istituti comuni. Anzitutto, l'impresa multinazionale non è una «impresa internazionale», che consiste invece in un ente costituito per volontà di due o più Stati a mezzo di un trattato internazionale. In proposito v. L. MARI, *Le imprese internazionali*, Milano, 1984. Essa non è neppure una «società multinazionale» (*multinational corporation*), concetto che non corrisponde ad alcuna realtà di fatto: tra il sostantivo e l'aggettivo vi è infatti una evidente incompatibilità, in quanto la società (*corporation*) non può che essere legata a un determinato ordinamento statale e, proprio per tale ragione, essa non può che avere una sola nazionalità, con conseguente esclusione di qualsiasi «società multinazionale». Non fa testo dunque il fatto che il termine sia stato utilizzato in sede di Nazioni Unite, come ad es. il *Report of Group of Eminent Personalities, The Impact of Multinational Corporations on Development and on International Relations*, U.N. Doc. E/550/Rev. 1 ST/ESA/6, 1974.

¹²⁴ Se si disquisisce intorno alla storia degli investimenti internazionali, occorre precisare che nella storia del capitalismo precedente la seconda guerra mondiale gli investimenti potevano qualificarsi,

strategico-politico statunitense, che a tale guerra seguì, accompagnato dal sostegno offerto da quel Paese alla ricostruzione dell'Europa attraverso il Piano Marshall, comportarono un'espansione delle imprese americane sul suolo europeo. Tale fenomeno non fu ostacolato dai governi europei, che anzi non esitarono a costituire nel continente un'area di libero scambio con regole di concorrenza basate sugli stessi principi di mercato diffusi nel modello statunitense. Fino ai primi anni Settanta sembrò che questo modello, espresso anche attraverso accordi internazionali di progressiva liberalizzazione degli scambi, fosse destinato ad assumere portata universale.¹²⁵

Dopo la crisi monetaria del 1971, l'espansione delle imprese multinazionali americane subì una parziale battuta d'arresto, a seguito dell'emergere di imprese d'origine europea e giapponese e all'indebolimento dell'egemonia americana. Nello scenario internazionale, gli anni Settanta sono spettatori delle rivendicazioni dei Paesi in via di sviluppo in seno all'Assemblea Generale delle Nazioni Unite, dell'acuirsi delle tensioni derivanti dalla Guerra Fredda e della crisi petrolifera. Si assiste in quegli anni a una progressiva riemersione degli Stati nazionali, come prodotto diretto del dissolvimento dei vecchi imperi coloniali. In tale quadro, entra in crisi anche la precedente concezione di impresa multinazionale, formatasi nei circoli accademici americani e basata sul vantaggio competitivo originario dell'impresa nel Paese d'origine. Secondo questa visione, l'impresa multinazionale svolgerebbe una funzione di «efficienza e dominazione», attraverso l'eliminazione dell'anarchia dei mercati internazionali e la

più che come internazionali, piuttosto come «interregionali», avendo luogo dalla madrepatria alla colonia: così G. JONES, *Multinationals and Global Capitalism from the Nineteenth to the Twenty-first Century*, Oxford, 2004, p. 22.

¹²⁵ Gli Accordi di Bretton-Woods rivelano in modo paradigmatico l'atteggiamento assunto dalla Comunità internazionale del tempo, favorevole a una incondizionata promozione degli investimenti all'estero nell'interesse della ricostruzione dell'economia mondiale: v. in proposito l'art. I, sez. 2 dell'Accordo istitutivo della Banca Mondiale e l'art. 12 della Carta dell'Avana, mai entrata in vigore, come ricordato da N.J. SCHRIJVER, *A Multilateral Investment Agreement from a North-South Perspective*, in E.C. NIEUWENHUYNS, M. BRUS (eds.), *Multilateral Regulation of Investment*, The Hague/London/Boston, 2001, p. 17 ss., p. 18, anche in nota. Tale atteggiamento era destinato a mutare con il processo di decolonizzazione, grazie al quale emersero nuovi Stati restii ad accettare supinamente regole generate dai Paesi industrializzati: v. *infra* § 4.2.1.

liberazione delle energie produttive fino ad allora sopite.¹²⁶ L'indebolimento dell'egemonia statunitense da un lato e l'emersione dei sistemi-paese dall'altro, indussero gli economisti a ipotizzare che il successo dell'impresa multinazionale non derivasse da una posizione iniziale di vantaggio, bensì, più correttamente, da una valorizzazione del complesso dei differenziali nazionali.¹²⁷ Rispetto a questi ultimi, la multinazionale svolge dunque una funzione di relazione e di diffusione della conoscenza.

Segue poi, nell'arco degli anni Ottanta, una nuova concezione eclettica, più attenta al complesso delle vicende dell'impresa multinazionale. Attraverso una combinazione delle teorie precedenti, essa evidenzia sia la condizione di vantaggio di cui godrebbe inizialmente l'impresa, sia la sua capacità di sfruttare internazionalmente i vantaggi di proprietà goduti nella propria organizzazione interna, sia la possibilità di trasferire a livello locale tali vantaggi.¹²⁸ La teoria eclettica valorizzava diversi aspetti dell'impresa multinazionale: dalla superiorità tecnologica al libero accesso alle informazioni, conoscenze e *know-how*, alla gestione delle formule per nuovi prodotti e processi già brevettati, alla disposizione di ingenti quantità di capitali, allo sfruttamento delle economie di scala attraverso la centralizzazione della ricerca, del *marketing* e della finanza, al coordinamento delle attività a diverso valore aggiunto attraverso i confini nazionali, fino alla capacità di promuovere in modo rapido la diversificazione dei prodotti.¹²⁹ Accanto a questi *ownership advantages*, l'impresa multinazionale gode anche di una serie di *location advantages*, derivanti da fattori locali relativi alle economie ospitanti, quali ad esempio l'esistenza di ostacoli tariffari o barriere non tariffarie, le notevoli differenze nel costo del lavoro e il vantaggio di una

¹²⁶ S.H. HYMER, *The Multinational Corporation and the Law of Uneven Development*, in J. BHAGWATI (ed.), *Economics and World Order from the 1970's to the 1990's*, New York, 1972, p. 113 ss., p. 117 ss.

¹²⁷ Su questa evoluzione v. R. GRANDINETTI, E. RULLANI, *Impresa transnazionale ed economia globale*, Roma, 1996, p. 119 s., 124 e 128.

¹²⁸ J.H. DUNNING, *International Production and the Multinational Enterprise*, London, 1981, p. 32 ss.

¹²⁹ Cfr. G. JONES, *Multinationals and Global Capitalism*, cit., p. 7 ss.; S. HYMER, *L'impresa multinazionale*, Torino, 1974, p. 67.

maggior protezione legale per gli investimenti esteri o di un regime fiscale particolarmente favorevole.¹³⁰

Accanto agli economisti, anche i giuristi hanno cercato di accertare la genesi e la natura del fenomeno dell'impresa multinazionale, tentando di offrirne anzitutto una definizione giuridica. Cadendo nell'errore già commesso con riguardo ai gruppi di società, essi hanno utilizzato criteri di volta in volta diversi, mai universali, quali l'estensione territoriale da un punto di vista quantitativo,¹³¹ il momento gestionale multinazionale dell'impresa,¹³² ovvero la diversa origine o nazionalità di tutti i soggetti operanti al suo interno.¹³³

A prescindere da questi tentativi definitivi, tanto parziali quanto sterili, ci pare corretto individuare ed approfondire alcune caratteristiche fondamentali dell'impresa multinazionale rilevanti per il presente lavoro, quali la molteplicità delle sue forme ed il carattere della multinazionalità come elemento tipico del fenomeno. A sua volta, come subito di vedrà, la vera impresa multinazionale è in grado di trarre vantaggio da questa caratteristica, non senza sollevare complesse questioni giuridiche.

¹³⁰ Cfr. J.H. DUNNING, *International Production*, cit., p. 80 s. Questo doppio livello di azione dell'impresa multinazionale, centrale e locale, si esprime in un maggiore decentramento per ragioni di *marketing*, limitandosi il controllo della *holding* alle strategie *antitrust*, al monitoraggio dei costi fiscali, alla detenzione delle conoscenze e del *know-how*; così, essendo contemporaneamente accentrata e decentrata, l'impresa multinazionale agisce in tre dimensioni: una dimensione globale (accentrata) per le politiche, le strategie e la ricerca; una dimensione regionale o continentale per le manifatture e l'amministrazione; una dimensione nazionale per il *marketing*, la tesoreria e la gestione del personale: Y. HADARI, *The Structure of the Private Multinational Enterprise*, in 71 *Michigan Law Rev.*, 1973, p. 729 ss., p. 750 s. Cfr. inoltre, su questo stesso punto, M. VENZIN, *La gestione strategica delle aziende multinazionali*, Milano, 2004, p. 15.

¹³¹ Così R. VERNON, *Les entreprises internationales*, Paris, 1973, p. 20 ss. Il criterio dell'estensione geografica, basato su dati empirici relativi al numero delle filiali e sul numero di Stati coinvolti nella produzione dell'impresa non è decisivo perché non fornisce al giurista alcuno strumento utile per comprendere compiutamente il fenomeno. Peraltro, tra i sostenitori del criterio geografico, non vi è neppure unità di vedute in merito all'importanza dei dati di volta in volta analizzati: cfr. CH. LEBEN, *Le juridique: problème de définition*, in AA.VV., *L'entreprise multinationale face au droit*, Paris, 1977, p. 44 ss., p. 50.

¹³² La teoria c.d. «gestionale» fa leva sulle modalità concrete di direzione e coordinamento dell'attività d'impresa e individua l'impresa multinazionale nell'impresa all'interno della quale il *management* è proiettato in una dimensione internazionale. La teoria in parola privilegia il momento unitario dell'impresa multinazionale, ma non dà conto della realtà pluralistica della medesima: v. sul punto CH. LEBEN, *Le juridique*, cit., pp. 50-57.

¹³³ Nell'impresa multinazionale ideale, l'amministrazione, l'azionariato, i lavoratori subordinati e la struttura presenterebbero tutti caratteri di internazionalità.

4.1. La natura multiforme dell'impresa multinazionale. – Come autorevole dottrina ha da tempo rilevato, le imprese multinazionali sono null'altro che gruppi di società.¹³⁴ Ciò è senz'altro vero, ma non in senso tecnico, bensì esclusivamente per un particolare elemento che accomuna l'interezza delle esperienze di imprese multinazionali sinora analizzate dalla letteratura giuridica ed economica. Tutte le multinazionali hanno infatti in comune l'esistenza del «controllo» che rapporta un ente rispetto ad un altro,¹³⁵ esattamente come avviene nei gruppi di società per il rapporto tra *holding* e società sussidiarie o controllate. Ciò non toglie che la realtà delle imprese multinazionali sia sempre stata estremamente variegata e la ragione di questa molteplicità di forme risiede proprio in quella creatività imprenditoriale che costituisce la rappresentazione più palese dell'espansione della libertà contrattuale tipica dell'epoca della globalizzazione post-industriale.¹³⁶

Nel caso delle imprese multinazionali, può davvero dirsi che la fantasia delle costruzioni giuridiche abbia superato le limitazioni dei tipi contrattuali. Un primo modo attraverso il quale un ente può porre un altro sotto la sua influenza è la stipulazione di un accordo commerciale che dia sostanza giuridica a una relazione di controllo e stabilisca un grado minimo di comunanza d'affari.¹³⁷ Si pensi a un accordo di distribuzione con un distributore situato nello Stato ospitante,¹³⁸ a un contratto di *franchising*, che crea una dipendenza in ambito commerciale tra il *franchisor* situato in un

¹³⁴ In questo senso la dottrina pressoché unanime: G. SACERDOTI, *Le imprese multinazionali in un mondo di Stati*, in *Com. int.*, 1974, pp. 12 ss., p. 19 s.; CH. LEBEN, *Le juridique*, cit., p. 67; R. VERNON, *Economic Sovereignty at Bay*, in 47 *Foreign Affairs*, 1968, 1, p. 110 ss., p. 114; V. ALLEGRI, *Note giuridiche sulle c.d. società multinazionali*, in *Riv. soc.*, 1975, p. 876 ss., p. 884; C. DEMATTÉ, *La gestione dei gruppi: la prospettiva aziendale*, in *I gruppi di società*, cit., II, p. 1117 ss., p. 1121.

¹³⁵ Il concetto di controllo, espresso in termini di *significant influence* è utilizzato dall'OCSE nella definizione di impresa multinazionale prospettata nelle *Guidelines for Multinational Enterprises* del 1976, par. 3. Sul c.d. «controllo contrattuale» v. A. MUSSO, *Licenze di proprietà industriale e clausole di dominazione: alcuni recenti sviluppi sul controllo «contrattuale»*, in *Contr. e impr.*, 1999, p. 351 ss.; G. SCOGNAMIGLIO, *Autonomia e coordinamento nella disciplina dei gruppi di società*, Torino, 1996, p. 111 ss.; ancora A. MUSSO, *Il controllo societario mediante «particolari vincoli contrattuali»*, in *Contr. e impr.*, 1995, p. 19 ss.

¹³⁶ V. *supra* § 1.

¹³⁷ V. P. MUCHLINSKI, *Multinational Enterprises and the Law*, Oxford/Malden (Mass.), 1995, p. 62.

¹³⁸ V. al riguardo F. BORTOLOTTI, *Manuale di diritto commerciale internazionale*, III, *La distribuzione internazionale: contratti con agenti, distributori ed altri intermediari*, Padova, 2002; A. BALDASSARI, *I contratti di distribuzione: agenzia, mediazione, concessione di vendita, franchising*, Padova, 1989; R. BALDI, *Distributorship, Franchising, Agency, Community and National Laws and Practice in the EEC*, Deventer, 1987.

determinato Stato ed il suo *franchisee* nello Stato ospitante;¹³⁹ oppure a un contratto di produzione mediante concessione di licenza commerciale, attraverso il quale il licenziante conferisce al licenziatario locale il diritto allo sfruttamento della tecnologia protetta da brevetto e del *know-how* necessario alla produzione.¹⁴⁰ Già in tutti questi casi si è di fronte a vere e proprie imprese multinazionali.

Un secondo mezzo di costituzione di un'impresa multinazionale è il consorzio internazionale tra imprenditori. Il consorzio altro non è che una forma di esercizio imprenditoriale comune a più soggetti: esso non dà luogo a una persona giuridica diversa dai soggetti che lo compongono, ma delinea una nuova entità economica d'impresa.¹⁴¹

La terza forma di impresa multinazionale è rappresentata dal classico gruppo transnazionale di società. Rispetto alle modalità di cooperazione contrattuali ed ai consorzi, i gruppi garantiscono la stabilità del controllo e, per tale ragione, si adattano meglio alle realtà produttive nelle quali, ad esempio, sia essenziale garantire la piena corrispondenza tra *know-how* e qualità del prodotto, ovvero risulti opportuno assicurare la piena segretezza delle informazioni sulla tecnologia trasferita dall'impresa licenziante. Ma anche all'interno della stessa tipologia dei gruppi di società la prassi conosce molteplici forme, dal controllo totalitario a quello di mera maggioranza relativa, come nel caso del *keiretsu* giapponese, che per sua costituzione

¹³⁹ Cfr. sul punto E.B. WULF, *International Franchising*, in 39 *Int'l Lawyer*, 2005, p. 325 ss.; per una rassegna delle norme internazionali in materia di *franchising* internazionale v. J.R. BAER, K. METSLAFF, L. WEINBERG, *International Treaties, Conventions and Agreements Affecting Franchising*, in 2 *Int. Journ. of Franchising Law*, 2004, p. 3 ss.; R.M. ASBILL, S.M. GOLDMAN, *Fundamentals of International Franchising*, Chicago, 2001; R.M. ASBILL, M.G. BRENNAN, *International Franchising: Establishing and Maintaining a Healthy Relationship*, in 25 *Int'l Bus. Lawyer*, 1997, p. 208 ss.; R. JONAS, *Appropriate Law and Forum to Govern International Franchise Agreements*, in 6 *Tolley's Journ. of Int'l Franchising and Distribution Law*, 1991, p. 2 ss.

¹⁴⁰ B. CORTESE, *Il trasferimento di tecnologia nel diritto internazionale privato: licenza e cessione di privative industriali e know-how*, Padova, 2002; L. ZAGATO, *Il contratto comunitario di licenza di know-how*, Padova, 1996.

¹⁴¹ Sul consorzio internazionale tra imprenditori v. Z. WEISS, *Consortium Agreements, Fifth Framework Regulations and Technology Transfer*, in 22 *Comp. Law Yearb. of Int'l Business*, 2000, p. 297 ss.; S.M. CARBONE, A. D'ANGELO, *Cooperazione tra imprese e appalto internazionale*, Milano, 1991.

favorisce l'ingresso, nelle società sussidiarie, di azionisti esterni per quote anche consistenti del capitale sociale.¹⁴²

Un quarto modello di impresa multinazionale può rinvenirsi nella *joint venture* internazionale.¹⁴³ A differenza del consorzio, con il quale condivide il carattere limitato del fine economico, la *joint venture* può godere, in base alla legge regolatrice del contratto istitutivo e alla volontà dei contraenti, di un'autonoma personalità giuridica e patrimoniale rispetto ai partecipanti.¹⁴⁴ Anche la *joint venture*, come moltissime altre espressioni della creatività contrattuale, è il risultato di una copiosa prassi commerciale internazionale, sviluppatasi sin dal Medioevo e oggi ancora ampiamente diffusa.¹⁴⁵

Non possono infine dimenticarsi forme di cooperazione transnazionale tra imprese costituite in ambito comunitario. Ci si riferisce, in particolare, al Gruppo Europeo di Interesse Economico (GEIE) e alla Società europea.¹⁴⁶ Da un lato, esse dimostrano il forte interesse della Comunità europea per una istituzionalizzazione di talune forme di collaborazione tra imprese e,

¹⁴² Sul *keiretsu* v. R.J. GILSON, *Understanding the Japanese Keiretsu: Overlaps Between Corporate Governance and Industrial Organization*, in 102 *Yale Law Journ.*, 1993, p. 871 ss.

¹⁴³ Su questa modalità di cooperazione tra imprese dalle forme più svariate v. M. GALLETTI, *Joint Venture e modelli di integrazione tra imprese nel sistema degli appalti. Tutela e responsabilità*, Milano, 2005, p. 71 ss.; F. CUCCHI, C. DE STEFANIS, *La collaborazione tra imprese*, Napoli, 2003, p. 111 ss. e 125 ss.; G. DI ROSA, *L'associazione temporanea di imprese. Il contratto di joint venture*, Milano, 1998, p. 15 ss.; C. VACCÀ, voce *Joint-Venture (aspetti contrattuali)*, in *Dig. disc. priv., sez. comm.*, VIII, Torino, 1992, p. 50 ss.; Per un'analisi comparatistica v. G. DE MARINIS, M. TUPPONI, *Il contratto di Joint Venture. Analisi della normativa italiana ed estera. Tecniche di redazione e modelli contrattuali*, Napoli, 2004, p. 65 ss.

¹⁴⁴ I due modelli, rispettivamente, del consorzio e della *joint venture*, differiscono tra di loro in base alla ripartizione del rischio d'impresa: nel primo, esso verrà distribuito in virtù dell'apporto conferito dal singolo partecipante al conseguimento dell'obiettivo economico comune; nel secondo, viceversa, il rischio sarà ripartito ugualmente da tutti i partecipanti. In questo senso U. DRAETTA, *Il diritto dei contratti internazionali. La cooperazione tra imprese*, Padova, 1985, pp. 73-75. La *joint venture* realizzata mediante una struttura di tipo societario (*joint venture corporation*: v. C. VACCÀ, *Joint-Venture*, cit., p. 55 e D. CORAPI, *Joint-Venture (aspetti societari)*, in *Dig. disc. priv., sez. comm.*, VIII, Torino, 1992, p. 74 ss., p. 76) è perciò assimilabile, nell'ordinamento italiano, alle c.d. «società consortili» disciplinate dall'art. 2615 *ter* c.c.: così F.M. GIULIANI, *Le «joint ventures» nell'ordinamento giuridico italiano: topiche privatistiche e fiscali*, in 18 *Contr. e impr.*, 2002, p. 350 ss., p. 355. V. anche A.S. GUTTERMAN, *International Joint Ventures. Negotiation, Formation and Operation*, Playhouse Yard, 1997, p. 52 ss.

¹⁴⁵ Per una breve storia della *joint venture* v. ancora C. VACCÀ, *Joint-Venture*, cit., p. 50 ss.

¹⁴⁶ Sul GEIE, disciplinato dal Regolamento CE n. 2137/85 del 25 luglio 1985, in *G.U.C.E.*, L 199 del 1985, v. A. BADINI CONFALONIERI, *Il GEIE: disciplina comunitaria e profili operativi nell'ordinamento italiano*, Torino, 1999; A. ROSSI, *Il GEIE nell'ordinamento italiano: criteri di integrazione della disciplina*, Milano, 1988. Sulla società europea v. il volume collettaneo di U. DRAETTA, F. POCAR (a cura di), *La società europea. Problemi di diritto societario comunitario*, Milano, 2002.

dall'altro, rappresentano un tentativo di offrire uno strumento giuridico innovativo per lo sviluppo dei traffici intracomunitari.¹⁴⁷

Dalle osservazioni che precedono emerge dunque un quadro variegato del fenomeno delle imprese multinazionali. In buona sostanza, la costituzione di siffatta impresa non è un atto formale, bensì un puro fatto. Essa è il risultato di un'interazione di più soggetti situati in realtà politiche differenti e l'apparenza con la quale la multinazionale si presenta muta di volta in volta in virtù delle esigenze dei soggetti coinvolti. È questo un palese esempio di trionfo del neo-contrattualismo di cui si parlava all'inizio del presente capitolo.¹⁴⁸

4.2. Le potenzialità della «multinazionalità». – La struttura dell'impresa multinazionale corrisponde all'ossatura del gruppo di società. Dal punto di vista economico, essa resta un unico organismo le cui membra svolgono le proprie funzioni in perfetto coordinamento con gli organi centrali. Questi ultimi alimentano le periferie con l'impulso decisionale e le risorse necessarie, mentre gli organi periferici, che godono di autonomia giuridica, sono immersi nella realtà locale e la rappresentano nelle sedi centrali.

Non che questo quadro sia sempre esente da tensioni interne. Anzi, nell'impresa multinazionale si verifica la medesima antitesi strutturale tra *Einheit* e *Veilheit* tipica dei gruppi, tuttavia con una sensibile differenza rispetto a questi ultimi. In particolare, rispetto ai gruppi meramente interni, nell'impresa multinazionale i due momenti (unitario e plurale) si manifestano in ordinamenti giuridici distinti, il che implica che la trasmissione tra organi centrali e membra periferiche – tanto per riproporre l'immagine finora utilizzata – potrebbe talvolta, per così dire, incepparsi per via di un difetto di comunicazione dovuto all'immersione dei due elementi in realtà giuridiche differenti.¹⁴⁹

¹⁴⁷ Su quest'ultimo profilo v. U. DRAETTA, *La società europea e il federalismo «strisciante» del diritto comunitario*, in U. DRAETTA, F. POCAR (a cura di), *La società europea*, cit., p. 1 ss., p. 2.

¹⁴⁸ V. *supra* nota 8.

¹⁴⁹ La questione è spiegata magistralmente da G. SACERDOTI, *Stati e imprese multinazionali*, in P. PICONE, G. SACERDOTI (a cura di), *Diritto internazionale dell'economia*, Milano, 1982, p. 699 ss., p. 706 s., il quale osserva che «sul piano [...] privatistico alla società multinazionale non è attribuita in nessuna legislazione una personalità giuridica distinta e unitaria: la veste giuridica è quella del gruppo di società, di diversa nazionalità, legate da rapporti di proprietà azionaria o da altre forme di controllo [...] Proprio la dicotomia tra unicità dell'impresa, in senso economico-aziendale, e

L'agire in un contesto di pluralità di ordinamenti, linfa vitale dell'impresa multinazionale, ha effetti diversi a seconda che lo si valuti dal punto di vista degli organi centrali o di quelli periferici; e muta, altresì, a seconda dell'ordinamento interessato in ciascuno dei casi. Nell'ambito della fase decisionale centralizzata, la dirigenza della capogruppo sarà indotta ad assumere decisioni in base a criteri di globalità, mentre le società periferiche tenderanno a esprimere con maggiore aderenza la realtà locale.¹⁵⁰ Siffatto equilibrio rappresenta la ragion d'essere dell'impresa multinazionale: esso consente infatti all'impresa di sfruttare la diversità sostanziale esistente tra ordinamenti al fine di trarne vantaggio in termini compensativi.¹⁵¹

4.2.1. Multinazionalità come conflittualità. – Non è raro peraltro il manifestarsi di ipotesi di attrito tra i diversi ordinamenti giuridici coinvolti dall'attività di un'impresa multinazionale. La capogruppo, infatti, tende solitamente a operare secondo le politiche economiche del proprio Stato nazionale e ciò potrebbe generare tensioni o conflitti con le politiche economiche dello Stato territoriale delle sussidiarie.¹⁵² Si badi che una simile condizione deriva da un autentico *conflitto di interessi* che è intrinseco nel

pluralità dei soggetti giuridici che la compongono, sottoposti per lo più a legislazioni diverse, costituisce la ragione delle difficoltà che si frappongono ad una regolamentazione unitaria ed efficace del fenomeno sia in diritto interno che in diritto internazionale». Secondo F. FRANCONI, *Imprese multinazionali, protezione diplomatica e responsabilità internazionale*, Milano, 1979, p. 8, «la 'multinazionalità' è un attributo puramente di fatto essendo [le imprese multinazionali] nient'altro che gruppi di società dislocate e operanti in una pluralità di Stati e dotate, ognuna, di diversa nazionalità in corrispondenza dello Stato territoriale ove operano».

¹⁵⁰ Così «the essential element of such a firm is that it makes direct investments in other countries and thereby extends the organic operations of the firm across the borders»: L.B. KRAUSE, *The International Economic System and the Multinational Corporation*, in 403 *Annals of American Academy of Political and Social Science*, 1972, p. 93 ss., p. 94. Sulla razionalità internazionale del *management* delle imprese multinazionali v. F. FRANCONI, *Imprese multinazionali*, cit., p. 14. Secondo G. SACERDOTI, *Le imprese multinazionali*, cit., p. 13, sono multinazionali quelle imprese che «per l'importanza relativa alle loro attività estere sono particolarmente sensibili ai problemi specifici e agli effetti dell'operare in un contesto di più Stati». V. anche Y. HADARI, *The Structure*, cit., p. 742 s.

¹⁵¹ L'impresa multinazionale è infatti in grado di «determinare la distribuzione dei propri investimenti e di scegliere la dislocazione delle proprie unità produttive tenendo conto di quanto appaia più conveniente, in relazione alla particolare disciplina degli istituti negli ordinamenti dei vari paesi» (V. ALLEGRI, *Note giuridiche*, cit., p. 880).

¹⁵² I timori di un eccessivo potere della capogruppo a danno dell'economia dello Stato ospite furono oggetto di una ben nota controversia, scoppiata a seguito della pubblicazione, nel 1967, del libro di J. SERVAN-SCHREIBER, *Le défi américain*, Paris, 1967, trad. it. *La sfida mondiale*, Milano, 1981, che per primo stigmatizzò i danni provocati all'economia europea dalla presenza di multinazionali americane, soprattutto con riguardo al monopolio delle private tecnologiche e industriali.

carattere multinazionale dell'impresa e che consiste, concretamente, nella proiezione sul piano transnazionale delle problematiche inerenti i gruppi di società, con riguardo alle situazioni giuridiche di soggetti esterni al gruppo e che dall'esistenza o dall'agire di questo vengono in qualche modo lesi. Si pensi alla protezione dei terzi, quali azionisti, creditori, lavoratori e consumatori: nello scenario dell'impresa multinazionale, tali interessi producono sull'impresa un impatto disomogeneo e non unitario.¹⁵³

Ma non è tutto. Alle esigenze di protezione dei terzi deve aggiungersi il rilievo che assumono gli *interessi degli Stati* di volta in volta coinvolti. La rilevanza di quest'ultima categoria di interessi non opera solamente rispetto agli interessi individuali citati, ma anche in una dimensione introspettiva, sicché tra di loro, gli interessi degli Stati possono, per natura o contenuto, tradursi in posizioni diametralmente opposte e, pertanto, rivelarsi fonte di conflitto.¹⁵⁴ In tal caso, il funzionamento dell'impresa può uscirne pregiudicato anche in via complessiva.

In determinati periodi storici, questo conflitto si è manifestato in modo quasi esplosivo. In particolare, durante gli anni Settanta del secolo scorso la

¹⁵³ In questo senso P. MASI, voce *Impresa multinazionale*, in *Enc. dir. (agg.)*, VI, p. 508 ss., p. 509; G. SACERDOTI, *Questions de responsabilité envers les tiers dans les groupes multinationaux de sociétés*, in *Riv. soc.*, 1985, p. 976 ss., p. 977.

¹⁵⁴ In altri termini, «the very fact that the individual corporations which generally constitute a multinational enterprise are of different countries, and have their assets in a variety of national jurisdictions [...] poses legal [...] problems which a strictly domestic company will never encounter», e «each individual host State is essentially concerned only with that portion of the overall enterprise which operates within its territory» (C.D. WALLACE, *The Multinational Enterprise and Legal Control: Host State Sovereignty in an Era of Economic Globalization*, The Hague/New York, 2002, risp. p. 11 e 57). Da questa considerazione sorgono due esigenze fondamentali: da una parte, vi è la necessità per lo Stato ospitante di approntare discipline che offrano allo Stato più debole gli strumenti per opporsi all'elusione della propria disciplina da parte dell'impresa multinazionale; dall'altra, vi è l'evidente preoccupazione che il collegamento con un determinato Stato si fondi esclusivamente sull'intento di sfruttarne la disciplina. V. ancora P. MASI, voce *Impresa multinazionale*, cit., p. 510; v. inoltre l'opinione del Giudice Jessup, secondo il quale l'impresa multinazionale può «sometimes be tempted to take advantage of the complexity of political and legal systems to create a world of their own which must accommodate itself in the conduct of its operations to many legal systems but is not in any real sense subject to any of them». L'opinione è riportata in W. FRIEDMAN, L. HENKIN, O. LISSITZYN (eds.), *Transnational Law in a Changing Society. Essays in Honour of Philip C. Jessup*, New York, 1972, p. 80. L'affermazione può essere condivisa ma non va sopravvalutata: è cioè vero che, in certi casi, le multinazionali sembrano porsi al di fuori del quadro giuridico internazionale (concorda con questa opinione anche C.D. WALLACE, *Op. cit.*, p. 11), ma soltanto nel senso che dal fenomeno può ricavarsi l'impressione complessiva dell'inadeguatezza dell'attuare regime giuridico internazionale a limitare la forza economica e politica delle imprese multinazionali. Non può certo dirsi che l'attività di siffatte imprese sfugga a *qualsiasi* tipo di controllo, anche se il gruppo internazionale di imprese, in sé considerato, non può dirsi soggetto ad un unico ordinamento.

struttura egualitaria dell'ordinamento internazionale si lacerò, in ambito economico, in due parti avverse, dando luogo a «una situazione di grave squilibrio strutturale, che è alla base di molte contraddizioni dell'attuale sistema economico internazionale»: ¹⁵⁵ da un lato, i Paesi esportatori di capitali, cioè i Paesi industrializzati e, dall'altro, il Paesi in via di sviluppo (PVS), rivolti invece all'importazione di capitali dai primi. I PVS accettarono l'idea che parte del loro sviluppo fosse dovuta al capitale proveniente dagli Stati industrializzati, ma non potevano ammettere che tale situazione potesse danneggiare l'acquisita sovranità sulle risorse naturali. ¹⁵⁶ Così, essi cominciarono a difendere energicamente il diritto a uno sfruttamento esclusivo delle proprie risorse naturali, scegliendo altresì di restringere liberamente l'accesso ai propri mercati da parte dei capitali stranieri. Riuniti nel c.d. «Gruppo dei 77» in seno all'Assemblea Generale delle Nazioni Unite, i PVS temevano che l'espansione delle imprese multinazionali rappresentasse un pretesto, per gli Stati industrializzati, per esercitare un'influenza politica su di loro.

In quel frangente, l'azione dei PVS percorse due strade. Da una parte, essi contestarono la validità di taluni principi in materia di espropriazioni di beni stranieri e di protezione degli investimenti, come formati dalla prassi precedente. Dall'altra, essi cercavano di affermare e imporre, in forza della loro maggioranza nelle organizzazioni internazionali a carattere universale, alcuni principi realmente nuovi, che solennemente denominarono *Nuovo*

¹⁵⁵ P. PICONE, *Movimenti di capitali e investimenti esteri*, in P. PICONE, G. SACERDOTI (a cura di), *Diritto internazionale dell'economia*, cit., p. 781 ss., p. 784.

¹⁵⁶ Per una discussione in tema di investimenti diretti e indiretti v. K.W. GREWLICH, *Transnational Enterprises in a New International System*, Rockville, 1980, p. 25 ss.; H.W. SHAWCROSS, *The Problems of Foreign Investment in International Law*, in 102 *Recueil des Cours*, 1961, pp. 335 ss.; J.P. LAVIEC, *Protection et promotion des investissements*, Paris, 1985, p. 30 ss.; I. SHIHATA, *Legal Treatment of Foreign Investment. The World Bank Guidelines*, Dordrecht/London/Boston, 1993, pp. 1-26; G. SCHWARZENBERGER, *Foreign Investments and International Law*, New York/Washington, 1969, p. 109 ss.; P.E. COMEAUX, N.S. KINSELLA, *Protecting Foreign Investment Under International Law*, New York, 1997; M. KRAFFT, *Bilateral Foreign Investment Agreements*, in D. DICKE (ed.), *Foreign Investment in The Present*, cit., pp. 96-101; sulla connessione tra investimenti e società multinazionali v. G. GAUDARD, *Foreign Investment and Transnational Corporations*, in D. DICKE, *Foreign Investment in The Present and a New International Economic Order*, Boulder, 1987, p. 33 ss., p. 36 ss.; per una visione d'insieme v. P. HANSEN, V. ARANDA, *An Emerging International Framework for Transnational Corporations*, in 14 *Fordham Int'l Law Journ.*, 1991, pp. 881 ss.

Ordine Economico Internazionale (NOEI),¹⁵⁷ cui facevano seguito anche interventi concreti assunti a livello nazionale o regionale volti a restringere l'ingresso di capitali stranieri.¹⁵⁸

Il simbolo di questa contrapposizione è rappresentato dalla celebre Carta dei diritti e doveri economici degli Stati, adottata dall'Assemblea Generale nel 1974.¹⁵⁹ A proposito delle imprese multinazionali, l'art. 2 co. 2 lett. *b* della Carta prevedeva in capo a ogni Stato

«il diritto di regolare e controllare le attività delle società multinazionali nei limiti della sua giurisdizione nazionale e di cautelarsi affinché tali attività siano in accordo con le proprie leggi, norme e regolamenti e siano conformi alla propria politica economica e sociale. Le società multinazionali non interverranno negli affari interni dello Stato ospite. Ogni Paese, nel pieno rispetto dei suoi diritti sovrani, dovrebbe collaborare con gli altri Paesi nell'esercizio del diritto contemplato in questo comma».

¹⁵⁷ V. in proposito P. PICONE, *Ordine economico internazionale*, in P. PICONE, G. SACERDOTI (a cura di), *Diritto internazionale dell'economia*, cit., p. 155 ss., p. 157 ss.; G. WHITE, *A New International Economic Order?*, in 16 *Virginia Journ. Int'l Law*, 1976, pp. 323-346; A. AKINSANYA, A. DAVIES, *Third World Quest for a New International Economic Order: An Overview*, in 33 *Int'l & Comp. Law Quart.*, 1984, p. 208 ss.

¹⁵⁸ Per un'analisi di queste tendenze v. L.D. SOLOMON, *Multinational Corporations and the Emerging World Order*, New York/London, 1978, p. 97 ss. Particolarmente significativa fu la Decisione n. 24 assunta nel 1970 dalla Commissione dell'Accordo di Cartagena, costitutivo del Mercato Comune Andino (in *Int. Leg. Mat.*, 1971, p. 152 ss.), con la quale gli Stati membri (allora Bolivia, Cile, Colombia, Ecuador e Perù) deliberavano alcune misure restrittive per l'ingresso di investitori stranieri sul mercato andino, quali l'imposizione di una maggioranza degli azionisti di origine locale ovvero, per le società già stabilite, l'obbligo di vendita del pacchetto di maggioranza a investitori locali; inoltre, le attività concernenti settori quali trasporti, banche e informazione venivano riservate a imprese locali. Per un'analisi degli scarsi effetti concreti di tale Decisione v. C.F. SCHILL, *The Mexican and Andean Investment Codes: An Overview and Comparison*, in 6 *Law & Pol. Int'l Bus.*, 1974, p. 437 ss., spec. p. 460 ss.; C.T. OLIVER, *The Andean Foreign Investment Code: A New Phase in the Quest for Normative Order as to Direct Investment*, in 66 *Am. Journ. Int'l Law*, 1972, p. 763 ss., in part. p. 771 ss.; R. DAÑINO, *The Andean Code After Five Years*, in 8 *Lawyer of the Americas*, 1976, pp. 635 ss., p. 649; nonché F. ARMSTRONG, *Political Components and Practical Effects of the Andean Foreign Investment Code*, in 27 *Stanford Law Rev.*, 1975, p. 1597 ss., spec. p. 1607 ss.

¹⁵⁹ La Carta va legata ai due atti (prodromici alla stessa) approvati in quello stesso periodo – vale a dire la Dichiarazione concernente l'instaurazione di un nuovo ordine economico internazionale e il relativo Programma d'azione [risoluzioni n. 3201 e 3202 (S-VI) del 1° maggio 1974]. La Carta si trova allegata alla risoluzione n. 3281 (XXIX) del 12 dicembre 1974, adottata con 120 voti favorevoli, 6 contrari e 10 astenuti, tra cui l'Italia; essa si legge in *Riv. dir. int.*, 1975, p. 376 ss. Sulla fase di redazione delle predette risoluzioni v. J. CASTAÑEDA, *La Charte des droits et devoirs économiques des États. Note sur son processus d'élaboration*, in 20 *Ann. fr. dr. int.*, 1974, p. 31 ss., in part. p. 52; M. VIRALLY, *La Charte des droits et devoirs économiques des États. Note de lecture*, *ivi*, p. 57 ss., p. 68; G. FEUER, *Réflexion sur la Charte des droits et devoirs économiques des États*, in *Révue gén. dr. int. public*, 1975, p. 273 ss.; A. ROZENTAL, *The Charter of Economic Rights and Duties of States and New International Economic Order*, in 16 *Virginia Journ. Int'l Law*, 1976, p. 309 ss., spec. p. 318 sull'art. 2 della Carta.

Non è difficile realizzare che la norma era volta a ottenere una maggiore indipendenza economica degli enti periferici delle imprese multinazionali rispetto alle capogruppo, considerate portatori degli interessi politici ed economici dei paesi industrializzati.¹⁶⁰ Essa anzitutto voleva affermare che il controllo dell'attività economica delle imprese multinazionali da parte degli Stati si limitasse all'ambito compreso nelle loro rispettive giurisdizioni nazionali e, dunque, nel senso che da una parte lo Stato della capogruppo avrebbe dovuto astenersi dall'applicare le proprie politiche economiche alle sussidiarie e che, dall'altra, allo Stato ospite dovrebbe essere garantito il pieno esercizio del diritto di sovranità sull'attività di queste ultime. Tutti gli Stati, sia i paesi industrializzati, sia i PVS, sarebbero chiamati a rispettare questo principio.

Non può trascurarsi che la norma riveli lo stato di preoccupazione dei PVS per la crescente influenza esercitata dalle «società multinazionali» sulla vita politica e sociale della comunità locale e, soprattutto, per il loro crescente potere economico. Preoccupazione non certo ingiustificata, se si considera che è in quegli anni che iniziano a venire alla luce episodi di corruzione e coinvolgimento politico di imprese multinazionali operanti in PVS.¹⁶¹ Tuttavia, il NOEI non attecchì proprio a causa della resistenza dei Paesi industrializzati, che riuscirono a fare sì che alle relative risoluzioni venisse attribuita un'efficacia giuridica superiore a quella propria delle

¹⁶⁰ È la c.d. «teoria della dipendenza»: L.D. SOLOMON, *Multinational Corporations*, cit., p. 75 s. Secondo tale teoria, l'inserimento del Terzo Mondo nell'economia capitalistica, di cui le società multinazionali costituiscono espressione tipica, sarebbe all'origine del sottosviluppo, della lentezza della crescita economica e dell'arretratezza tecnologica di tali Paesi.

¹⁶¹ Per qualche cenno al problema v. recentemente A. SANTA MARIA, *Il diritto internazionale dell'economia*, in S.M. CARBONE, R. LUZZATTO, A. SANTA MARIA (a cura di), *Istituzioni di diritto internazionale*², Torino, 2003, p. 490 ss., p. 455; G. JONES, *Multinationals*, cit., pp. 276-278, il quale rileva che quello dell'influenza politica sui Paesi ospitanti è un tema ricorrente nella storia delle imprese multinazionali, a partire dalla Compagnia delle Indie Orientali che governò il continente indiano a partire dal XVIII secolo. Tuttavia, con l'acquisizione dell'indipendenza delle colonie, il problema si trasformò in una autentica violazione della sovranità statale e come tale fu considerato dai PVS nelle loro rivendicazioni politiche lungo l'arco degli anni Sessanta e Settanta del secolo scorso. Dall'altro lato, si può però evidenziare che l'influenza politica dell'impresa non è costante durante tutto l'arco della sua presenza sul PVS: essa tende invero a decrescere allorché la conoscenza e la tecnologia, importate dalla multinazionale sul mercato locale, si diffondono inevitabilmente alle imprese concorrenti locali.

raccomandazioni internazionali.¹⁶² Successivamente, il NOEI fu lasciato cadere anche dai PVS, la cui energia diplomatica si era esaurita di fronte alla necessità di garantirsi uno sviluppo rapido e di evitare l'isolamento economico.

Come risulta da questo significativo esempio, il conflitto di interessi generato dalle imprese multinazionali è in grado di fare esplodere, in certi periodi storici, tensioni da tempo latenti. Né si può pensare che il progressivo abbandono delle battaglie per un NOEI, nel corso degli anni Ottanta, abbia comportato il completo esaurimento delle rivendicazioni dei PVS. Anzi, dopo la fine della guerra fredda il conflitto si è ulteriormente acuito, data la condizione di isolamento nella quale sono caduti i PVS a seguito della loro perdita di importanza all'interno dello scenario politico-strategico internazionale.

Si consideri infine che per aversi conflitto non è necessaria l'astratta incompatibilità di interessi degli Stati. È infatti ben possibile che la fonte del conflitto risieda in un'esigenza di un solo Stato, alla quale l'impresa intenda sottrarsi proprio sfruttando il suo operare in più ordinamenti. Si pensi, al riguardo, alle frodi doganali ovvero al fenomeno del *transfer pricing*, attraverso il quale l'impresa falsa il valore dei beni scambiati al fine di sottrarli all'imposizione fiscale degli Stati.¹⁶³ In tali casi, è determinante per

¹⁶² In proposito v. M. FRIGO, *La sovranità permanente degli Stati sulle risorse naturali*, in P. PICONE, G. SACERDOTI (a cura di), *Diritto internazionale dell'economia*, cit., p. 245 ss., spec. p. 259 ss.; ID., *Le limitazioni dei diritti patrimoniali privati nel diritto internazionale*, Milano, 2000, p. 62 ss.

¹⁶³ G. SACERDOTI, *Le imprese multinazionali*, cit., p. 15 s. Sul problema del *transfer pricing* – che, com'è noto, consiste nel trasferimento di beni all'interno del gruppo multinazionale non in base al libero gioco delle forze di mercato, bensì in virtù di una forzatura del prezzo in spregio alle esigenze di imposizione fiscale degli Stati interessati – v. il classico S.A. LINDE, *Regulation of Transfer Pricing in Multinational Corporations: an International Perspective*, in 10 *New York Univ. Journ. of Int. Law & Politics*, 1978, p. 67 ss.; più recentemente S. PLASSCHAERT, *Transnational Corporations: Transfer Pricing and Taxation*, London, 1994; E. CHORVAT, *Forcing Multinationals to Play Fair: Proposals for a Rigorous Transfer Pricing Theory*, in 54 *Alabama Law Rev.*, 2003, p. 1251 ss.; F. BALZANI, *El concepto "transfer pricing"*, in V. UCKMAR, A.C. ALTAMIRAO, H. TAVEIRA TORRES (eds.), *Impuestos sobre el comercio internacional*, 2003, p. 645 ss.; ID., *Il "transfer pricing"*, in V. UCKMAR (ed.), *Corso di diritto tributario internazionale*, Milano, 1999, p. 589 ss.; E. LESTER, *International Transfer Pricing: Unconventional Wisdom*, in 2 *ILSA Journ. Int'l & Comp. Law*, 1995, p. 283 ss.; C.F. CONNOLLY, *The New Transfer Pricing and Penalty Regulations: Increased Compliance, Increased Burdens, and the Search for a Safe Harbor*, in 16 *Univ. Pennsylvania Journ. Int'l Bus. Law*, 1995, p. 339 ss. Nel 1995, l'OCSE ha emanato una serie di linee guida in materia di *transfer pricing* denominate *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, successivamente modificate nel 1997. Su questo strumento v. F.M. HORNER, *International Cooperation and Understanding: What's New About The OECD's Transfer Pricing Guidelines*, in 50 *Univ. Miami Law Rev.*, 1996, p. 577 ss.

l'impresa la capacità di trarre vantaggio dall'esistenza di un «mercato interno» alla stessa, in grado di travalicare i confini nazionali. Non si dimentichi, a questo proposito, che oltre un terzo dell'attuale commercio internazionale di prodotti industriali è commercio infragruppo,¹⁶⁴ il che forse offre in modo chiaro l'odierna estensione del ruolo delle imprese multinazionali all'interno del sistema globale degli scambi.

4.2.2. Multinazionalità come «concorrenza tra ordinamenti». – La conflittualità tra ordinamenti è dunque la prima conseguenza dell'elemento della multinazionalità presente nelle imprese a vocazione globale. Ma ve n'è anche una seconda, che ha raggiunto il suo punto più alto proprio a partire dalla fine della divisione del mondo in blocchi contrapposti. Si tratta di un fenomeno complesso, noto con il nome di «concorrenza tra ordinamenti giuridici» ovvero *regulatory competition*. La concorrenza tra ordinamenti deriva dalla posizione di vantaggio di cui gode l'impresa nello scenario globale. Lo sfruttamento del vantaggio competitivo da parte di quest'ultima infatti la sua massima espressione nella capacità di inserirsi, come fattore economico, all'interno di un determinato ordinamento. Tale capacità è propriamente una possibilità giuridica, nel senso di *libertà di scelta* dell'ordinamento astrattamente più favorevole o, semplicemente, più congeniale ai fini economici che l'impresa si è proposta.¹⁶⁵ A questa forma di libertà attribuiremo il nome di *regulatory arbitrage*.¹⁶⁶

Per la verità, il concetto di concorrenza tra ordinamenti è sempre esistito da quando il mondo si è scoperto diviso in Stati nazionali con sistemi

¹⁶⁴ Il commercio interno alle imprese localizzate negli Stati Uniti, ad esempio, ammonta al 30% delle esportazioni e al 18% delle importazioni di quel Paese, mentre per le imprese multinazionali, americane e non, il commercio interno ammonta al 40% delle importazioni e al 30-36% delle esportazioni dello stesso Paese: i dati sono riportati da R. WADE, *La globalizzazione e i suoi limiti*, in S. BERGER, R. DORE, *Differenze nazionali e capitalismo globale*, Bologna, 1998, p. 77 ss., p. 81; v. anche P. STREETEN, *Commercio libero e commercio regolato*, *ivi*, p. 225 ss., p. 234 s.

¹⁶⁵ Come sottolinea G. ALPA, *La competizione tra ordinamenti: un approccio realistico*, in A. ZOPPINI (a cura di), *La concorrenza tra ordinamenti giuridici*, Roma-Bari, 2004, p. 43 ss., p. 51, come «l'operatore economico deve essere libero di dislocarsi con la propria sede o con sedi secondarie, nel paese di cui apprezza maggiormente l'ordinamento per i benefici che gli reca, [così] il consumatore, cioè il destinatario di beni e servizi, deve essere libero di scegliere il prodotto o il servizio nel paese le cui regole gli arrecano maggiori vantaggi».

¹⁶⁶ V. *infra* § 5.1 e, per la necessità di un correttivo in materia di incidenti, § 9.1.

economici, giuridici, sociali e culturali differenti.¹⁶⁷ A conferma di ciò, si consideri ad esempio che la nozione di «conflitto di leggi», come presupposto delle regole di diritto internazionale privato, è tutt'altro che recente. La vera novità risiede proprio nella libertà di scelta di cui si diceva immediatamente sopra: una libertà che ha dato luogo a un'autentica *competition* che importa non solo un'azione positiva dell'operatore economico nella *domanda* di norme a sé congeniali, ma anche una determinazione dei legislatori nazionali nell'*offerta* di norme sempre più vantaggiose. Insomma, la concorrenza tra ordinamenti, da fenomeno relegato a mero fatto e affrontato dai legislatori in modo unilaterale attraverso le regole di conflitto, è divenuto *istituzionalizzato*, ossia oggetto di sistematica e attenta regolamentazione da parte dei legislatori stessi.¹⁶⁸

Ovviamente, più codesta libertà risulta garantita, maggiore è il vantaggio di cui gode l'impresa multinazionale nell'individuazione dei mercati di sbocco. Tale vantaggio sta oggi ottenendo un riconoscimento senza precedenti. Si pensi al celebre caso *Centros*, nel quale la Corte di Giustizia CE ha riconosciuto in capo a una società inglese, costituita da residenti in Danimarca all'unico scopo di aggirare le norme danesi in materia di capitale sociale minimo, la piena titolarità della libertà di stabilimento garantita dal Trattato, anche se la società non esercitava alcuna attività nel Regno Unito ed escludendo altresì la sussistenza di qualsivoglia abuso di detta libertà.¹⁶⁹

¹⁶⁷ Storicamente, la nascita dello Stato nazionale moderno si fa risalire alla pace di Westfalia del 1648, quando all'autorità universale riconosciuta al Papato e all'Impero si sostituì l'autorità dei singoli Stati nazionali. In quel caso, si riconobbe a ciascun ordinamento il carattere dell'*esclusività*, in parallelo con quello fondante della *effettività*, entrambe caratterizzazioni essenziali dal concetto di «sovranità». Cfr. a questo proposito, per i profili evidenziati nel testo, A. ZOPPINI, *La concorrenza tra ordinamenti giuridici*, in A. ZOPPINI (a cura di), *La concorrenza*, cit., p. 5 ss., p. 7 s.

¹⁶⁸ Come chiarisce A. ZOPPINI, *La concorrenza*, cit., p. 18 s., «[a]ttore della concorrenza istituzionale non è il destinatario del comando normativo, ma quanti determinano la regola vigente nella sua effettività: il legislatore in primo luogo, così come gli artefici della regolazione (come, per esempio, le autorità indipendenti) o dell'autoregolazione del mercato, e così pure gli interpreti del diritto giurisprudenziale; su di essi per intero grava l'onere di rendere competitivo il sistema normativo nazionale». V. anche *infra* § 5.1.

¹⁶⁹ Corte di Giustizia CE, 9 marzo 1999, *Centros Ltd. c. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen*, causa C-212/97, in *Racc.*, 1999, p. I-1459 ss., par. 27: «il fatto che un cittadino di uno Stato membro che desidera creare una società scelga di costituirla nello Stato membro le cui norme di diritto societario gli sembrano meno severe e crei succursali in altri Stati membri non può costituire di per sé un abuso del diritto di stabilimento». Come giustamente rileva A. PERRONE, *Dalla libertà di stabilimento alla competizione tra ordinamenti? Riflessioni sul «caso Centros»*, in *Riv. soc.*, 2001, p. 1292 ss., p. 1301 s., con tale decisione la Corte ha completamente svitato il concetto di «abuso del diritto» (peraltro enucleato dalla Corte stessa in altri settori: cfr. V. KARAYANNIS, *L'abus de droit*

La conseguenza della decisione della Corte è evidente: la scelta di costituire la società nel Paese più vantaggioso costituisce, nell'ambito dell'ordinamento comunitario, un vero e proprio diritto discendente dalla libertà di stabilimento.¹⁷⁰ Per effetto di questa libertà e della successiva interpretazione giurisprudenziale, dunque, nel mercato unico la prassi dello *shopping* del diritto nazionale è assurda a principio di libertà comunitaria d'impresa.¹⁷¹ Inoltre, si è manifestato in quel caso lo smussamento dei concetti di abuso del diritto e di frode alla legge che, nella mente dei legislatori dei codici ottocenteschi, rappresentavano insieme il limite proprio del diritto soggettivo e la garanzia ultima dell'effettività delle norme imperative dello Stato.¹⁷² Senza voler effettuare valutazioni di natura ideologica, non è errato rilevare che a siffatta tendenza non è estranea una complessiva «mercificazione» del diritto,¹⁷³ vistosa espressione di un'assimilazione dello scenario internazionale a un enorme «supermercato delle norme»,¹⁷⁴ nel

décolant de l'ordre juridique communautaire à propos de l'arrêt C-367/96 Alexandros Kefalas E.A./Elliniko Dimosio (État Hellénique), in *Cabiers dr. eur.*, p. 521 ss., spec. 531 ss.), relegandolo a ipotesi marginali non del tutto chiare. Nella sua pronuncia, infatti, la Corte ha fatto salvo, per gli Stati, il diritto di porre in essere «misure idonee a prevenire o sanzionare le frodi», quando cioè attraverso l'incorporazione in un altro Stato membro i soci intendano in realtà «eludere le loro obbligazioni nei confronti dei creditori privati o pubblici stabiliti nel territorio dello Stato membro interessato» (sent. cit., par. 39). Analogamente A. GESTRI, *Mutuo riconoscimento delle società comunitarie, norme di conflitto nazionali e frode alla legge*, in *Riv. dir. int.*, 2000, p. 71 ss., p. 90; M.V. BENEDETTELLI, *Libertà comunitarie di circolazione e diritto internazionale privato delle società*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2001, p. 569 ss., p. 603.

¹⁷⁰ Cfr. anche le successive sentenze della Corte di Giustizia CE, 5 novembre 2002, *Überseering B.V. c. Nordic Construction Company Baumanagement GmbH*, causa C-208/00, in *Racc.*, 2002, p. I-9919 ss. e *Kamen van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam c. Inspire Art Ltd.*, 30 settembre 2003, causa 167/01, in *Racc.*, 2003, p. I-10155 ss., con commento nella nota, *I problemi del caso Centros in una recentissima sentenza della Corte di Giustizia: il caso Inspire Art*, in *Riv. soc.*, 2003, p. 1157 ss. Per una ricostruzione degli orientamenti dottrinali e giurisprudenziali seguiti a queste sentenze (e alla decisione *Centros*) v. T. BALLARINO, *Sulla mobilità delle società nella Comunità Europea. Da Daily Mail a Überseering: norme imperative, norme di conflitto e libertà comunitarie*, in *Riv. soc.*, 2003, p. 669 ss.

¹⁷¹ Parla, in questo ambito, di «*shopping* indoeuropeo» F. GALGANO, *La globalizzazione*, cit., p. 90 s.; analogamente S.M. CARBONE, *Corporate governance*, cit., p. 313 e (parlando però di *forum shopping*) M. COLANGELO, *Da Centros a Inspire Art. Libertà d'impresa e competizione regolamentare nella più recente giurisprudenza comunitaria*, in *Contr. impr./Eur.*, 2003, p. 1220 ss., p. 1232. In senso dubitativo, invece, F. AMBROSIANI, *Modernizzazione del diritto societario e Società europea*, in *Dir. comm. int.*, 2003, p. 689 ss., p. 692.

¹⁷² Parla, molto efficacemente, di «minorata imperatività della norma» A. ZOPPINI, *La concorrenza*, cit., pp. 37-39.

¹⁷³ Così A. SOMMA, *Mercificare il diritto. La via liberista alla tutela della differenza*, in A. ZOPPINI (a cura di), *La concorrenza*, cit., p. 58 ss., spec. p. 73 ss.

¹⁷⁴ G. ALPA, *La concorrenza*, cit., p. 45.

quale evidentemente l'impresa multinazionale, in quanto consumatore abituale di vantaggi legislativi, assume un ruolo di primissimo piano.

Naturalmente, non esiste una regola che consenta di considerare un ordinamento migliore o peggiore di altri. Anche se alcuni vantaggi, come i benefici fiscali, la completa autonomia statutaria o il grado di immunità del *management*, risultano *ictu oculi* evidenti, altri lo sono meno, perché in taluni settori è molto difficile formulare principi allettanti per le imprese straniere. Si pensi, ad esempio, alla tutela delle minoranze azionarie: un ordinamento che le protegge in modo insufficiente potrebbe rivelarsi poco vantaggioso per un investitore istituzionale che volesse limitare la propria partecipazione al di sotto della percentuale sufficiente per ottenere il controllo della società.¹⁷⁵ Vi sono inoltre campi nei quali la direzione in un determinato ordinamento piuttosto che in un altro tende a produrre costi sociali, come avviene nei Paesi a tutela dei lavoratori inesistente o a debole normativa ambientale.¹⁷⁶ La scelta dell'ordinamento migliore spetterà all'impresa: quel che veramente merita di essere sottolineato nella presente sede è che poco importa *quale* ordinamento viene prescelto o *come* tale scelta avviene; il punto veramente essenziale è *se* tale scelta è realmente garantita, come in effetti pare sia nello scenario attuale del mercato globale.

4.3. Il ruolo delle imprese multinazionali nello scenario attuale. – Che le imprese multinazionali svolgano un ruolo primario in ogni singolo momento e aspetto della nostra vita quotidiana, determinando l'entità del consumo alimentare e i gusti di abbigliamento, pesando sulla qualità dell'ambiente e conformando i valori delle comunità nelle quali operano, influenzando le aree del diritto, della tassazione, dell'istruzione, delle comunicazioni, dello sport, della famiglia, delle organizzazioni religiose, della politica e della finanza, rappresenta oggi un incontestabile dato di fatto.¹⁷⁷ Esse entrano dunque a pieno diritto tra i protagonisti dell'attuale mondo globalizzato.¹⁷⁸

¹⁷⁵ Per questa importante considerazione v. P.G. MONATERI, *Competizione fra ordinamenti: il sistema degli investimenti globali*, in A. ZOPPINI (a cura di), *La concorrenza*, cit., p. 149 ss., p. 157 s.

¹⁷⁶ Così, ancora, A. ZOPPINI, *La concorrenza*, cit., p. 29.

¹⁷⁷ V. le osservazioni svolte da DEMOCRACY WATCH/DÉMOCRATIE EN SURVEILLANCE, *Corporate Citizenship and Social Responsibility. An Agenda for Raising the Standards in Canada*, disponibile sul sito Internet <<http://www.dwatch.ca/camp/corpacc.html>>, in part. par. I.

¹⁷⁸ Così M.R. FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione*, cit., p. 101, 104 s., 106 s.

Le imprese multinazionali sono il prodotto dell'evoluzione economico-giuridica che sopra si è tentato, pur sommariamente, di descrivere.¹⁷⁹ Come si è visto, esse rappresentano il risultato più evidente dell'inventiva commerciale e dell'autonomia contrattuale¹⁸⁰ e di entrambi questi fattori esse seguono inesorabilmente le sorti. Dunque, l'espansione delle imprese multinazionali risulterà inarrestabile almeno fino a quando continuerà ad essere garantita la libertà contrattuale degli operatori commerciali. Anzi, l'enorme crescita quantitativa degli interscambi tra operatori commerciali, la straordinaria rapidità nel trasferimento transnazionale di beni immateriali, la drastica riduzione degli spazi e dei tempi di transazione contribuiscono oggi a un costante rinvigorimento della forza economica delle imprese multinazionali.¹⁸¹

Non sembra che gli Stati siano in grado di contrastare efficacemente l'autonoma espansione degli scambi globali, il quali si svolgono perciò in un ambito oggi completamente svincolato dagli ordinamenti statali. In questo scenario, l'incidenza dei controlli effettuati dagli Stati è diminuita, sia sotto il profilo della vigilanza sulle operazioni di movimento di capitali, sia in termini di sovranità sui soggetti che le svolgono.¹⁸² In un mondo nel quale lo

¹⁷⁹ Cfr. *supra* § 1.

¹⁸⁰ Sulle imprese multinazionali come prodotto dell'autonomia contrattuale v. F. GALGANO, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, cit., p. 158 s.; L. RAISER, *Il compito del diritto privato*, cit., p. 262.

¹⁸¹ La globalizzazione dell'economia ha comportato, attraverso la diffusione della rete globale Internet, una riduzione delle distanze nella comunicazione tra soggetti situati in luoghi diversi. L'impresa multinazionale tende così a diventare «impresa globale», perché i suoi singoli elementi, cioè le società del gruppo, sono unificati dalla rete: A. BALDASSARRE, *Globalizzazione contro democrazia*, Bari, 2002, p. 126. Il notevole decremento dei costi relativi alla distanza tra la direzione centrale e gli enti periferici (quella che il sociologo Ulrich Beck chiama efficacemente «uccisione della distanza»), effetto della globalizzazione, viene pertanto a rappresentare un enorme vantaggio competitivo per l'impresa multinazionale. Cfr. per tutti G. FRANCK, R. RAMIREZ, *Les meilleures pratiques des multinationales. Structures, contrôle, management, culture*, Paris, 2003, p. 69.

¹⁸² Così, e *plurimis*, P.H. KRISTENSEN, J. ZEITLIN, *Local Players in Global Games: The Strategic Constitution of a Multinational Corporation*, Oxford, 2005, p. 1 ss., p. 21; A. DE JULIOS-CAMPUZANO, *Globalización, pluralismo jurídico y ciencia del derecho*, in *Riv. int. fil. dir.*, 2005, p. 47 ss.; S. ANDO, *Crisi della sovranità o ordine internazionale statocentrico? Tertium datur*, *ivi*, 2003, p. 19 ss.; A. BALDASSARRE, *Globalizzazione contro democrazia*, cit., p. 63 s., 118 ss.; J. ZIEGLER, *La privatizzazione del mondo. Padroni, predatori e mercenari del mercato globale*, Milano, 2003, p. 95 ss.; S.M. CARBONE, *I soggetti e gli attori nella Comunità internazionale*, in S.M. CARBONE, R. LUZZATTO, A. SANTA MARIA (a cura di), *Istituzioni di diritto internazionale*, cit., p. 3 ss., p. 35 s.; M.R. FERRARESE, *Mercati e globalizzazione: gli incerti cammini del diritto*, in *Pol. dir.*, 1998, p. 407 ss., p. 417 ss.; A. DETRAGIACHE, *Globalizzazione economica, finanziaria e dell'informazione*, Torino, 1998, p. 57 s.

Stato non è più in grado di intervenire in modo incisivo sull'economia, non è sorprendente che le imprese multinazionali, cresciute nelle pieghe del diritto, aumentino vistosamente il proprio potere non solo economico.¹⁸³

La verità è che è proprio la garanzia dell'autonomia contrattuale ad essersi, più o meno spontaneamente, avulsa dal monopolio statale che l'aveva tenuta prigioniera sin dall'epoca della codificazione. Ha poca importanza determinare se questo fenomeno si sia svolto sotto gli occhi impotenti degli Stati, ovvero se esso rappresenti proprio il prodotto di una libera scelta degli Stati stessi. In entrambi i casi, resta il fatto che l'erosione del monopolio normativo statale, che è la conseguenza più evidente di questo processo, è oggi un dato incontrovertibile.¹⁸⁴

L'incidenza delle politiche aziendali sulle decisioni assunte dalle autorità pubbliche è aumentata costantemente nel tempo sin dalla diffusione delle prime imprese multinazionali. Ci si riferisce, naturalmente, alle pressioni esercitate a livello politico dalle *lobbies* economiche. Si badi, non si tratta esclusivamente di una questione di grado di influenza o di capacità di influire sulla vita pubblica. V'è molto di più, e precisamente vi è la tendenza da parte degli Stati ad assumere su di sé – più o meno volontariamente – i costi delle spregiudicate politiche economiche delle imprese multinazionali. Si consideri anzitutto, a titolo di esempio, il caso della *Multilateral Investment Guarantee Agency* (MIGA), fondata con la Convenzione di Seul nel 1985:¹⁸⁵ grazie a questa istituzione, l'impresa è oggi in grado di ammortizzare i maggiori rischi economici derivanti dall'investimento, che attraverso il fondo di garanzia vengono fatti gravare proprio sugli Stati

¹⁸³ Precisamente U. BECK, *Che cos'è la globalizzazione. Rischi e prospettive della società planetaria*, Roma, 1999, p. 18 ss., 166 ss.

¹⁸⁴ V. ancora U. DRAETTA, *Internet e commercio elettronico*, cit., p. 6 s., secondo il quale «[I]e risposte date al problema della regolamentazione giuridica dei traffici globali si sono sviluppate su più piani, ma tutte hanno prodotto un medesimo risultato: la erosione del monopolio statale della regolamentazione dell'assetto giuridico dei rapporti tra privati e la nascita di tutta una serie di regole [...] applicabili più o meno direttamente alle relazioni commerciali tra privati ma il cui contenuto veniva determinato in una sede extra-statale».

¹⁸⁵ La MIGA fu istituita con la Convenzione di Seul dell'11 ottobre 1985 con l'obiettivo di stimolare gli investimenti internazionali stabilendo una tutela maggiore degli stessi attraverso la creazione di meccanismi di garanzia. La MIGA infatti risponde di tutti i rischi non commerciali legati all'investimento: rischi politici come ad esempio trasferimento di valuta, rischi da espropriazione o provvedimenti analoghi assunti dallo Stato ospitante, rischi da inadempienza contrattuale da parte dello Stato ospitante, guerra e disordini civili. V. per tutti S. CANTONI, *Il contributo del gruppo della Banca Mondiale alla promozione degli investimenti internazionali*, in G. PORRO, *Studi di diritto internazionale dell'economia*, Torino, 1999, p. 79 ss., pp. 101-113.

contraenti. Quello della MIGA rappresenta un significativo paradigma, un sintomo evidente dei sacrifici ai quali gli Stati sono disposti al fine di assicurare una crescita degli investimenti delle proprie imprese multinazionali.

Altro sintomo di questo stato di cose è inoltre costituito dal tentativo di stabilire una disciplina degli investimenti transnazionali con *obblighi a carico unicamente degli Stati e vantaggi a esclusivo favore degli investitori*. L'esempio lampante è quello relativo alla vicenda del *Multilateral Agreement on Investment* (MAI), che qualche autore considera un tentativo, neanche troppo malcelato, di disgregazione della sovranità degli Stati da parte di sempre più potenti *lobbies* multinazionali mondiali.¹⁸⁶ Nel caso del MAI, è stata soprattutto la segretezza delle sue negoziazioni,¹⁸⁷ fallite proprio a causa dell'iniziativa di qualche "infiltrato", a gettare un'ombra sulla buona fede dei governi coinvolti.

Ma la forza economica delle imprese multinazionali non si misura unicamente in virtù dei risultati del loro confronto col potere politico. Piuttosto, a rilevare è la loro capacità di insinuarsi nelle pieghe del diritto, attraverso un uso non solo della libertà contrattuale, ma anche dei diritti espressamente riconosciuti alle società commerciali, giungendo fino al punto di scavalcare quel limite tradizionalmente apposto al diritto soggettivo dal

¹⁸⁶ Il MAI prevede notevoli benefici a favore degli investitori stranieri. Cfr. al riguardo W. SCHOLZ, *International Regulation of Foreign Direct Investment*, in 31 *Cornell Int'l Law Journ.*, 1998, p. 485 ss. Per quanto concerne anzitutto la posizione dell'investitore, in base al MAI esso non può essere discriminato non solo rispetto a investitori nazionali, ma anche rispetto a investitori stranieri provenienti da Paesi non firmatari dell'accordo. Quanto invece al suo rapporto con lo Stato ospitante, le agevolazioni sono senza precedenti: ammissione senza limiti del personale chiave nello Stato ospitante, che anzi deve provvedere al più presto al rilascio dei relativi permessi di soggiorno, divieto di imporre restrizioni territoriali agli investimenti, divieto di imporre quote di assunzioni di cittadini. Infine, l'investitore gode della facoltà di ricorrere ad arbitrato internazionale nei confronti dello Stato ospitante in caso di violazione dell'accordo stesso. Per un'analisi di dettaglio v. C. HUIPING, *OECD's Multilateral Agreement on Investment. A Chinese Perspective*, The Hague/London/New York, 2002, p. 17 ss.; G. PORRO, *Ampliamento della disciplina giuridica della cooperazione economica internazionale e riflessi sulla sovranità statale*, Torino, 2000, p. 111 ss.; per una critica dello spirito e del contenuto del MAI, che non è mai stato sottoscritto ed è pertanto rimasto allo stato di progetto, v. M. ESPOSITO, *Le regole «discrete» della sovranità economica*, in *Pol. dir.*, 1998, p. 467 ss., p. 485 ss. Per la critica riferita nel testo v. A. BALDASSARRE, *Globalizzazione contro democrazia*, cit., pp. 86-89; N. CHOMSKY, *Sulla nostra pelle. Mercato globale o movimento globale?*, Milano, 1999, p. 165 ss.

¹⁸⁷ E. SMYTHE, *State Authority and Investment security. Non-State Actors and the Negotiation of the Multilateral Agreement on Investment at the OECD*, in AA.VV., *Non-State Actors and Authority in the Global System*, London/New York, 2000, p. 74 ss., p. 85.

sistema dei codici ottocenteschi, qual è l'abuso del diritto stesso. Il caso *Centros*, sopra menzionato,¹⁸⁸ è il chiaro simbolo di questa linea di sviluppo.

Nonostante tutte queste importanti avvisaglie di un progressivo svilimento della sovranità degli Stati nell'ambito economico, nessuno oggi osa sostenere che le imprese multinazionali siano divenute, al pari degli Stati, *soggetti di diritto internazionale*. I loro diritti e la loro dignità giuridica non sono mai state considerate pari a quelli degli Stati,¹⁸⁹ e dal loro essere protagoniste dell'attuale mondo globalizzato nulla può trarsi sotto il profilo della loro soggettività formale. Né risulta che esse abbiano mai pubblicamente rivendicato tale *status*, il cui riconoscimento resterebbe peraltro subordinato all'arbitrio degli Stati stessi, gelosi della propria supremazia politica e ancora legittimati dalla loro sovranità su un determinato territorio. Nel caso della globalizzazione, anzi, indebolimento della sovranità non è sinonimo di capitolazione dello Stato. Ciò nonostante, resta il fatto che le imprese multinazionali sono in grado di amministrare una quantità di capitale superiore a quello a disposizione di molti Stati e di smuovere risorse al di fuori di qualsiasi controllo, esercitando un potere economico ben al di sopra di quello degli Stati.¹⁹⁰ Ciò facendo, è inevitabile che esse si inimichino il potere politico,¹⁹¹ ma non (o non tanto) perché

¹⁸⁸ V. *supra* la nota 169 e il testo corrispondente.

¹⁸⁹ Così G. SACERDOTI, *Stati e imprese multinazionali*, cit., p. 706; F. FRANCONI, *Imprese multinazionali*, cit., p. 16 ss. Al riconoscimento, sia pure sul mero piano dogmatico, di una soggettività per l'ordinamento internazionale in capo alle imprese multinazionali si oppongono una serie di considerazioni logiche e giuridiche. Sul piano logico, è evidente che la stessa definizione 'pluralistica' di impresa multinazionale è incompatibile con una sua autonomia dal punto di vista concettuale. Sotto il profilo giuridico, la pretesa attribuibilità di diritti ed obblighi in capo alle imprese multinazionali è contraddetta dalla prassi del ricorso all'istituto della protezione diplomatica, che presuppone il requisito della nazionalità e, dunque, l'esistenza di un rapporto di sottomissione tra la società capogruppo e un determinato Stato, mentre dal punto di vista delle società affiliate o sussidiarie, non ci pare che sia mai stata messa in dubbio la loro soggezione allo Stato ospitante, almeno in via generale.

¹⁹⁰ Ad esempio, il patrimonio complessivo di Royal Dutch Shell è pari al prodotto interno lordo della Svizzera; il fatturato della Exxon Corp. è pari al prodotto interno lordo dell'Egitto e i suoi profitti per il 2004, pari a 23,5 miliardi di dollari, corrispondono al prodotto interno lordo del Lussemburgo; *Petrolieri: dividendi alle stelle. Ma quanti spremuti nel mondo*, in *Avvenire*, 5 febbraio 2005, disponibile sul sito Internet <http://www.db.avvenire.it/avvenire/edizione_2005_02_05/articolo_513627.html>.

¹⁹¹ Come ha affermato brevemente con riguardo alla società per azioni A. MIGNOLI, *La società per azioni oggi*, cit., p. 2, «questo strumento [...] per la sua capacità di mobilitare enormi capitali non lascia mai tranquillo il potere politico. I fuochi non sono mai spenti, talora ritornano a divampare e lo Stato, geloso di queste cittadelle, prende talora le sue rivincite».

all'accumulo di ricchezza consegua sempre ed inevitabilmente l'invidia di chi ha il potere, ma proprio perché la formazione dell'impresa moderna, dalle Compagnie delle Indie all'impresa multinazionale, è essa stessa espressione di un *potere*: è il potere delle parti di disporre dei propri patrimoni; è il potere dei contraenti di regolare autonomamente i propri interessi; è il potere di costituire liberamente società e restare immuni dalle azioni dei creditori sociali; è il potere dell'azionista di votare in assemblea; è il potere dell'azionista di maggioranza di godere del controllo e determinare la volontà di altri soggetti; è, infine, il potere economico della *holding* di stabilire le politiche aziendali del gruppo. Dinanzi a tali considerazioni, non è infondata l'impressione che il confronto tra lo Stato e l'impresa multinazionale, se portato alle sue estreme conseguenze, assuma le fattezze di una lotta per il potere, un potere espresso dalla sovranità sull'economia che gli Stati si sforzano di mantenere e che le multinazionali, invece, costantemente erodono.

Se vi è parziale certezza sull'attuale risultato giuridico di tale processo – ad esempio, come si è appena visto, in punto di soggettività formale delle imprese multinazionali o sulla circostanza che la capitolazione degli Stati non sarà immediata né repentina – non vi è alcuna sicurezza in ordine alle future evoluzioni che un siffatto scenario porterà all'ordinamento internazionale.

CAPITOLO SECONDO

IMPRESE MULTINAZIONALI, *REGULATORY COMPETITION* E ORDINAMENTO INTERNAZIONALE

SOMMARIO: 5. Imprese multinazionali e *regulatory competition*: lo scenario. – 5.1. L'istituzionalizzazione della *regulatory competition* nello scenario globale. – 5.2. *Regulatory competition* e *harmonization*. – 6. Concorrenza tra ordinamenti e diritto internazionale. – 6.1. Concorrenza tra ordinamenti ed esternalità: aspetti generali. – 6.2. Il caso della *corporate disclosure*. – 6.3. Le procedure concorsuali relative a imprese multinazionali. – 6.3.1. Profili critici. – 6.3.2. La vicenda Yukos. – 6.3.3. Due casi europei: Eurofood e ISA Daisytek. – 6.4. Impresa multinazionale e *treaty shopping* in materia di investimenti. – 6.4.1. Origine straniera dell'investimento ed imprese multinazionali. – 6.4.2. *Treaty shopping* in materia di arbitrato commerciale internazionale. – 6.5. *Tragedy of global commons* e protezione dell'ambiente.

5. Imprese multinazionali e *regulatory competition*: lo scenario.

5.1. L'istituzionalizzazione della *regulatory competition* nello scenario globale. – Come si è rilevato nelle pagine che precedono, la caratteristica fondamentale dell'impresa multinazionale risiede nella sua capacità di internalizzare le differenze esistenti tra i vari sistemi-paese e di muoversi nello spazio globale con estrema duttilità.¹ Essa è dunque in grado di scegliere, tra una vera e propria “offerta” di regimi giuridici avanzati, quello che risulta più congeniale ai suoi obiettivi economici.² Nell'intersezione tra domanda ed offerta, risulterà privilegiato l'ordinamento che offre all'impresa ciò che essa chiede, ossia il massimo rendimento del capitale investito.³

Al riguardo, va ricordato che non esiste un ordinamento più vantaggioso in termini assoluti, dal momento che ogni ordinamento si forma su logiche proprie, che rappresentano il risultato di una combinazione complessa di

¹ V. *supra* § 4.2.

² Come si è avuto occasione di accennare *supra* § 4.2.2, il regime giuridico che l'ordinamento offre all'impresa rappresenta, sotto il profilo economico, un vero e proprio bene, suscettibile di una valutazione economica da parte degli operatori-consumatori e, dunque, in grado di influenzarne le scelte.

³ Con riguardo al sistema economico statunitense, caratterizzato da una concorrenza tra gli ordinamenti degli Stati e da un limitato intervento del potere federale, la dottrina ha posto sotto esame il primato raggiunto dal Delaware in materia di diritto societario. La legge del Delaware, infatti, risulta la più vantaggiosa in termini di flessibilità e sviluppo del diritto societario, nonché di specializzazione delle corti giudiziarie e del legislatore statale. In quello Stato esistono istituti che consentono l'incorporazione e la reincorporazione (ossia il trasferimento di sede statutaria) di società di capitali in tempi strettissimi, mentre il prelievo fiscale è estremamente ridotto rispetto ai redditi dell'impresa; inoltre, poiché le maggiori entrate del bilancio dello Stato derivano dai servizi e dal prelievo fiscale imposto alle società ivi costituite, l'ordinamento tende ad offrire un quadro normativo all'avanguardia, comprensivo di giudici altamente specializzati e di discipline certe, difficilmente modificabili se non con maggioranze qualificate all'interno delle assemblee legislative. Si tratta dei noti paradigmi di «stability and predictability», contemplati da R. ROMANO, *Law as a Product: Some Pieces of the Incorporation Puzzle*, in 1 *Journ. of Law, Economics & Organization*, 1985, p. 225 ss., p. 273 ss., ovvero di «quality and predictability» di M. KAHAN, E. KAMAR, *The Myth of State Competition in Corporate Law*, in 55 *Stanford Law Rev.*, 2002, p. 679 ss., p. 739 ss. Attualmente, la maggior parte delle grandi società statunitensi ad azionariato diffuso risultano costituite in Delaware, tanto che si parla spesso di «effetto Delaware» per evidenziare il primato di tale Stato nel settore del diritto societario. V. sul punto M.R. FERRARESE, *Dalla concorrenza tra ordinamenti*, cit., p. 130; M. GESTRI, *Mutuo riconoscimento delle società comunitarie*, cit., p. 88 ss. Per una ricerca empirica su tutti questi aspetti v. R. DAINES, *Does Delaware Law Improve Firm Value?*, in 62 *Journ. Fin. Econ.*, 2001, p. 525 ss., spec. p. 542; W. CARY, *Federalism and Corporate Law: Reflections upon Delaware*, in 83 *Yale Law Journ.*, 1974, p. 663 ss., spec. pp. 684-692, il quale rileva (a p. 684) che «there is no public policy left in Delaware corporate law except the objective of raising revenue».

interessi.⁴ È tuttavia possibile osservare che, dal punto di vista interno all'impresa, risulterà in astratto più “attraente” l'ordinamento che contempli un diritto societario elastico e di qualità, maggiormente funzionale alla massimizzazione del valore del capitale investito.⁵ Tuttavia, anche altri settori del diritto rappresentano una risorsa molto importante per le politiche dell'impresa.

Si pensi, anzitutto, all'ambito contrattuale. Un ordinamento che, al fine di massimizzare la libertà contrattuale degli operatori commerciali, decida di non offrire alcuna tutela ai creditori sociali risulterà svantaggiato rispetto a ordinamenti che, invece, deputano norme apposite a garantire ai creditori una tutela effettiva nei confronti della controparte.⁶

Si pensi, inoltre, alla rilevanza del principio di maggioranza in materia societaria. Sotto questo aspetto, l'ordinamento che offre maggiori appigli normativi ai capricci della maggioranza risulterà poco attraente, poiché nessun investitore è disposto a conferire denaro in una società dalla quale potrebbe essere arbitrariamente escluso.⁷ Lo stesso potrebbe dirsi per

⁴ Le questioni inerenti la concorrenza tra ordinamenti dal punto di vista dell'analisi economica del diritto furono affrontate negli anni Cinquanta del secolo scorso, nell'ambito della competizione tra diritto federale e ordinamenti statali, da C.M. TIEBOUT, *A Pure Theory of Local Expenditures*, in 44 *Journ. of Pol. Econ.*, 1956, p. 416 ss. Nel suo lavoro, l'A. (*ivi*, p. 419) evidenzia che una pura competizione tra ordinamenti è possibile a talune condizioni, e precisamente, tra l'altro, se i consumatori-elettori sono liberi di spostarsi da una comunità all'altra, se gli stessi sono a conoscenza delle differenze tra i vari sistemi e se esiste un largo numero di comunità all'interno delle quali è loro concesso vivere.

⁵ Sulla concezione del diritto societario come branca dell'ordinamento volta alla riduzione dei costi di transazione v. F.H. EASTERBROOK, D. FISCHER, *The Economic Structure of Corporate Law*, Cambridge (Mass.), 1991. Recentemente è stata evidenziata la qualità di un diritto societario che si presenti realmente innovativo, specialmente sotto il profilo della libertà contrattuale, nella creazione di nuovi strumenti finanziari, nella garanzia della liquidità del mercato e nella protezione degli azionisti di minoranza: cfr. sul punto – con l'avvertenza che ogni ordinamento rappresenta, dal punto di vista dell'innovazione giuridica, un sistema a sé – K. PISTOL, Y. KEINAN, J. KLEINHEISTERKAMP, M.D. WEST, *Innovation in Corporate Law*, in 31 *Journ. Comp. Ec.*, 2003, p. 676 ss., p. 678 ss. ed il lavoro complementare di M. VENTORUZZO, *Experiments in Comparative Corporate Law: The Recent Italian Reform and the Dubious Virtues of a Market for Rules in the Absence of Effective Regulatory Competition*, in 40 *Texas Int'l Law Journ.*, 2004/2005, p. 113 ss.

⁶ Infatti, in assenza di protezione il creditore pretenderà maggiori garanzie e la società, per non essere estromessa dal mercato, sarà costretta a piegarsi alle sue richieste e a sostenerne i relativi costi. In questo senso R. POSNER, *Economic Analysis of Law*⁴, Toronto/Boston/London, 1992, p. 416.

⁷ L'osservazione svolta nel testo solleva il problema della *regulatory competition* in materia di scalate. Al riguardo, è sufficiente notare che negli Stati Uniti l'attuale tendenza della prassi legislativa è nel senso di restringere la libertà di scalare società straniere: v. in senso critico L.A. BEBCHUK, A. FERRELL, *Federalism and Takeover Law: The Race to Protect Managers from Takeover*,

l'ipotesi opposta, di predominio della minoranza: in tal caso, l'ordinamento che attribuisse rilevanza assoluta alla volontà delle minoranze nell'assemblea dei soci – magari attraverso il riconoscimento di un'efficacia assoluta ai patti parasociali – non offrirebbe alcun incentivo alla mobilità del controllo dell'impresa e alla corretta allocazione del capitale.

Analogamente, nell'ambito del governo dell'impresa, un ordinamento che attribuisse eccessiva discrezionalità agli amministratori si rivelerebbe scarsamente competitivo, in quanto incapace di convincere i potenziali azionisti a investire nella società.⁸

Sul piano dei rapporti con i creditori, inoltre, è stato dimostrato che la condizione economica ottimale può reperirsi in un ordinamento che affidi la regolamentazione di tali rapporti al diritto contrattuale anziché al diritto societario: pertanto è in una combinazione delle rispettive norme che potrebbe reperirsi la soluzione economicamente più efficiente.

Infine, nel settore della regolamentazione degli strumenti finanziari, risultano premiati gli ordinamenti che assicurano, attraverso normative articolate, la rapidità degli scambi e la liquidità del mercato finanziario.⁹

Il risultato di siffatto quadro è evidente: l'impresa multinazionale, senza seguire regole assolute ma adeguandosi alla realtà di mercato di volta in volta esistente, tenderà a agire sulla base di un costante confronto tra i vari modelli giuridici offerti, «al fine di scoprire i mix regolativi relativamente [...] capaci di minimizzare il costo del capitale».¹⁰

A questo scopo, risulta essenziale che l'operatore economico goda di una mobilità tale da consentirgli di muoversi da un ordinamento ad un altro in piena libertà. Solo in tal modo, infatti, l'impresa potrà avere presente le concrete possibilità sfruttabili ed attingere così alle disposizioni della legge

Cambridge (Mass.), 1999, p. 14 ss.; ID., *A New Approach to Takeover Law and Regulatory Competition*, in 87 *Virginia Law Rev.*, 2001, p. 111 ss.; ID., *On Takeover Law and Regulatory Competition*, in 57 *Bus. Lawyer*, 2001/2002, p. 1047 ss.

⁸ Cfr. W. CARY, *Federalism and Corporate Law*, cit., pp. 665-668.

⁹ Vedine cenni in A.M. PACCES, *La disciplina europea dei servizi finanziari al dettaglio. Prospettive di armonizzazione e di concorrenza tra ordinamenti nella tutela del consumatore*, Roma, 2003, p. 25; v. anche J.R. MACEY, *Regulatory Competition in the US Federal System: Banking and Financial Services*, in D.C. ESTY, D. GERADIN (eds.), *Regulatory Competition and Economic Integration. Comparative Perspectives*, Oxford, 2001, p. 95 ss.; G. HERTIG, *Regulatory Competition for EU Financial Services*, in 3 *Journ. Int'l Econ. Law*, 2000, p. 349 ss.

¹⁰ S. LOMBARDO, *La concorrenza tra ordinamenti nella prospettiva dell'analisi economica del diritto*, in A. ZOPPINI (a cura di), *La concorrenza*, cit., p. 195 ss., p. 206.

più favorevole senza incorrere in ostacoli rilevanti.¹¹ La manifestazione giuridica di siffatta mobilità risiede nella libertà di scelta, a favore delle parti, della legge applicabile o della giurisdizione competente, soprattutto nei sistemi integrati all'interno dei quali vengono garantiti il riconoscimento automatico e la libera circolazione degli statuti delle società, delle decisioni giudiziarie ed arbitrali. Al riguardo, non vi è alcun dubbio sull'importanza attuale del fenomeno dello *shopping* del diritto nazionale (o *regulatory arbitrage*),¹² quale affermazione a livello normativo della libertà di determinazione del regolamento contrattuale e di scelta dell'ordinamento più vantaggioso per gli interessi dell'impresa.¹³

5.2. *Regulatory competition e harmonization.* – Negli spazi economici integrati, quali Stati Uniti ed Unione Europea, si assiste da qualche decennio ad un dibattito, che ha coinvolto sia il legislatore, sia il mondo accademico, sia i giudici, in merito al rapporto tra armonizzazione e concorrenza tra ordinamenti. Da una parte, infatti, le strutture federali/sovrannazionali premono verso una sempre maggiore armonizzazione delle regole di diritto

¹¹ La ricerca dell'efficienza economica da parte dell'impresa, in un contesto di pluralità di ordinamenti, avviene «sulla base di scelte contrattuali libere, effettuate *ex ante* grazie a regimi di diritto internazionale privato aperti che riconoscano l'autonomia contrattuale e la libertà delle parti di scegliere la legge applicabile ai loro contratti»: S. LOMBARDO, *La concorrenza*, cit., p. 206. Sul punto v. anche P.T. MUCHLINSKI, *Multinational Enterprise and the Law*, cit., p. 45, il quale rileva che «the ability of [multinationals] to take advantage of differences in regulatory environments between states is seen as one of its internalization advantages», ma soprattutto L. CATÀ BACKER, *The Autonomous Global Enterprise: On The Role of Organizational Law Beyond Assets Partitioning and Legal Personality*, in via di pubblicazione in 41 *Tulsa Law Rev.*, 2006 e attualmente disponibile sul sito della *Social Science Research Network* all'indirizzo <www.ssrn.com>, secondo il quale «the territorial principle and the principle of regulatory hierarchy can open the possibility of enterprise self-regulation. Any enterprise that can disperse its assets among a large enough number of regulatory units will transform the relationship between regulator and enterprise. For the traditional relationship that is both singular and hierarchical, globalization permits the enterprise to treat regulation as another factor in the production of wealth. The enterprise, now in a position to shop for regulatory regimes, or even bargain for domestication within the territory of a regulatory territory, can take advantage of the limitations of the territorial principle to minimize the effects of regulation to inhibit enterprise activity. The principle of regulatory hierarchy can then be turned on its head. The ability to commodify regulation makes it at least theoretically possible to construct an economic entity which, through careful planning can take advantage of asset partitioning, cross holdings, and global dispersion of assets to avoid effective regulation by any one political community» (cors. agg.).

¹² Il termine è di H. MUIR WATT, *Aspects économiques du droit international privé (Reflexions sur l'impact de la globalisation économique sur les fondements des conflits de lois et de juridictions)*, in 307 *Recueil des Cours*, 2004, p. 25 ss., p. 53.

¹³ Cfr. M.R. FERRARESE, *Dalla concorrenza tra ordinamenti*, cit., p. 143, nonché *supra* § 1.

dei diversi Paesi integrati nel sistema, mentre, dall'altra, gli Stati membri tendono, in alcuni ambiti, a restare legati ai propri interessi particolari, celandosi dietro ad alcuni principi di organizzazione, come quelli delle competenze di attribuzione ovvero di sussidiarietà, che vengono garantiti sul piano della costituzione federale.¹⁴ Ove queste resistenze giungano a buon fine rispetto alla politica di armonizzazione perseguita dagli organi centrali, è inevitabile che gli Stati si pongano in concorrenza gli uni rispetto agli altri, al fine di offrire modelli giuridici sempre più vantaggiosi destinati successivamente, grazie alla normativa sovranazionale, a circolare all'interno della federazione.¹⁵

È altrettanto inevitabile, peraltro, che dal suddetto confronto derivi una tensione latente tra le esigenze di funzionamento degli spazi economici integrati, caratterizzati da una istituzionalizzata circolazione di modelli giuridici, e la prassi della *regulatory competition*, anch'essa in via di istituzionalizzazione sul piano globale. Così, mentre i tentativi di regolamentazione sovranazionale si rivolgono a una progressiva armonizzazione dei regimi normativi degli Stati aderenti al sistema, le tendenze verso il rafforzamento della sussidiarietà portano all'accentuazione di un processo esattamente inverso, di *race to the bottom* verso l'adozione, da parte di singoli Stati, della disciplina più liberale.¹⁶ Al riguardo, non può sfuggire al giurista il rischio che lo Stato, il quale intenda adottare normative più vantaggiose in determinati settori, possa effettivamente porre, in seno

¹⁴ Il principio di sussidiarietà, sancito dall'art. 5 del Trattato CE, infatti, «può condurre tanto al risultato dell'espansione dell'ambito di applicazione dell'ordinamento comunitario quanto a quello opposto di consentire agli Stati di riappropriarsi di talune competenze che apparivano ormai acquisite dalla Comunità» (L. SICO, voce *Sussidiarietà (principio di) (diritto comunitario)*, in *Enc. dir.*, Agg. V, Milano, 2001, p. 1062 ss., p. 1068).

¹⁵ In questo campo, la scelta effettuata dal legislatore italiano con la riforma del diritto societario del 2003 è di primario interesse. Attraverso tale riforma, infatti, è stata introdotta la facoltà statutaria di scegliere tra diversi modelli di governo della società, basati sul modello monistico di ispirazione anglosassone, su quello dualistico di origine tedesca ovvero su quello classico già previsto dal codice del 1942. Sul punto v. M. VENTORUZZO, *Experiments in Comparative Corporate Law*, cit., p. 146 ss.; M.V. BENEDETTELLI, *Libertà comunitarie di circolazione*, cit., p. 603, secondo il quale alla libertà di scelta del diritto societario più vantaggioso risulta speculare «la possibilità per gli Stati membri di "offrire" agli operatori economici le proprie (diverse) *leges societatis*». In generale v. G. PARLEANI, *Note sous CJCE, 9 mars 1999 etc.*, in *Revue des sociétés*, 1999, p. 386 ss., p. 393, nonché W.W. BRATTON, J.A. MCCAHERY, *Regulatory Competition, Regulatory Capture and Corporate Self-Regulation*, in *73 North Carolina Law Rev.*, 1995, p. 1861 ss., p. 1879.

¹⁶ A questo proposito, R. POSNER, *Economic Analysis of Law*, cit., p. 415 s., parla di «competition in laxity». Lo studioso più critico in questo ambito è W.L. CARY, *Federalism and Corporate Law*, ult. loc. cit.

agli organi federali o comunitari, un freno all'armonizzazione di determinati settori del diritto commerciale, al fine di mantenere il vantaggio competitivo acquisito. In questo caso, ove le forze di mercato non siano in grado di ristabilire spontaneamente un equilibrio, saranno gli organi federali ad intervenire, al fine di evitare la corsa al ribasso nelle regolamentazioni locali.¹⁷

Il fenomeno è riscontrabile soprattutto in ambito comunitario. Qui, infatti, la difesa del principio di sussidiarietà rappresenta il sintomo evidente di un rinnovato nazionalismo o, se si vuole, di una crisi dell'identità europea, che la concorrenza tra ordinamenti non fa che alimentare.¹⁸ Al riguardo,

¹⁷ Così, per tutti, M. GESTRI, *Mutuo riconoscimento delle società comunitarie*, cit., p. 87 ss., p. 89. Come ha notato l'Avvocato Generale La Pergola nelle sue *Conclusioni* presentate il 16 luglio 1998 nella causa *Centros*, par. 20, «in assenza di armonizzazione [...] è la concorrenza tra i sistemi normativi ("competition among rules") a dover avere libero gioco, anche in materia societaria». Analogamente il *Report of the High Level Group of Company Law Experts on a Modern Regulatory Framework for Company Law in Europe*, presentato a Bruxelles il 4 novembre 2002 (e citato da G.B. PORTALE, «Armonizzazione» e «concorrenza» tra ordinamenti nel diritto societario europeo, in A. ZOPPINI (a cura di), *La concorrenza tra ordinamenti*, cit., p. 98 ss., p. 104, nonché sintetizzato nella nota *Principi per la riforma del diritto societario europeo: il documento di consultazione dell'High Level Group of Company Law Experts*, in *Riv. soc.*, 2003, p. 764 ss., p. 770) rileva a p. 30 che «[w]here various alternative systems exist in Member States for elements of the company's organisation and structure, the EU should as much as possible facilitate freedom of choice between these alternative systems for companies across Europe, rather than trying to agree upon one specific EU system or leaving the option to Member States». In generale, sull'alternativa tra concorrenza tra ordinamenti e armonizzazione in sede comunitaria v. C.D. EHLERMANN, *Compétition entre systèmes réglementaires*, in *Revue du marché commun et de l'Union européenne*, 1995, p. 220 ss., p. 222; A.M. PACCES, *La disciplina europea*, ult. loc. cit.; P. MONTALENTI, *La società quotata*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da G. Cottino, IV, Padova, 2004, pp. 10-15.

¹⁸ Il caso *Centros* (Corte di Giustizia CE, 9 marzo 1999, cit.), già menzionato, è la più reale trasposizione in ambito comunitario dell'istituzionalizzazione della *regulatory competition*. In quel procedimento, come si accennava, sono emerse le differenze esistenti tra il diritto societario danese e quello britannico: nell'ambito del primo, il rifiuto della registrazione della filiale di Centros, opposto dalle autorità danesi, veniva giustificato in base all'esigenza di assicurare ai creditori sociali la garanzia del proprio credito rappresentata da un capitale sociale minimo, che invece l'ordinamento britannico non richiede (*ivi*, par. 32). La Corte di Giustizia ha rigettato la motivazione della Danimarca, osservando che Centros è una società di diritto inglese e, per tale motivo, «i suoi creditori sono informati del fatto che essa è soggetta a una normativa diversa da quella [danese]» (*ivi*, par. 36). Proprio nella protezione dei creditori e dei terzi in generale in ambito societario non è stato finora attuato alcun significativo intervento da parte delle Comunità, sebbene l'armonizzazione di quello specifico settore sia espressamente prevista dal Trattato CE (cfr. l'art. 44 par. 2 lett. g, che stabilisce la competenza della Comunità in materia di armonizzazione «nella necessaria misura e al fine di renderle equivalenti, [del]le garanzie che sono richieste, negli Stati membri, alle società [...] per proteggere gli interessi tanto dei soci come dei terzi»). Non essendovi armonizzazione alcuna, chiaramente resta legittima una concorrenza tra ordinamenti, anche se la Corte di Giustizia non ha esitato a elemosinare interventi di rattoppo (cfr. ancora la sentenza *Centros*, cit., spec. par. 36 ss.) ritenendo che, al fine di garantire la piena tutela dei soci e dei terzi, sia sufficiente un regime di trasparenza rispetto ai creditori, sicché questi saranno adeguatamente tutelati dalla nazionalità straniera della società, che li renderà edotti rispetto alle

oltre alla retrocessione degli originari ed ambiziosi progetti di armonizzazione previsti dal Trattato CE, può citarsi una serie di norme comunitarie, quali il Regolamento sullo statuto della Società europea e, più in generale, le direttive comunitarie in materia societaria, che rispecchiano fedelmente questa tensione: tali norme sono, infatti, il risultato di un compromesso tra la volontà di scongiurare una *race to the bottom* delle singole normative nazionali e l'impossibilità di raggiungere una compiuta armonizzazione a fronte delle resistenze opposte dagli Stati.¹⁹

Anche sotto il profilo giurisprudenziale, tale processo risulta vistosamente in atto. Si è già rivolto qualche cenno ai casi *Centros*,²⁰ *Überseering*²¹ e *Inspire Art*,²² nei quali la Corte di Giustizia ha sanzionato il divieto per gli Stati membri di imporre le proprie disposizioni in materia di costituzione di società, sia attraverso le proprie norme di applicazione necessaria, sia mediante il riferimento al criterio della sede reale.²³ Per effetto di tale orientamento, la libertà dello Stato di stabilimento della società risulta fortemente limitata, con la conseguente prevalenza, sul piano normativo intracomunitario, della soluzione di diritto societario più liberale.

regole concernenti il capitale sociale minimo. In senso critico verso questa soluzione v. A. SOMMA, *Mercificare il diritto*, cit., p. 72. Del problema della trasparenza (*corporate disclosure*) nella concorrenza tra ordinamenti si tratterà ampiamente nel testo *infra* § 6.2.

¹⁹ Nello statuto di Società europea, infatti, si riscontrano da un lato una limitatissima disciplina comune e, dall'altro, una serie di rinvii al diritto nazionale dello Stato della sede. Per una rilevanza della questione v. G.B. PORTALE, «Armonizzazione» e «concorrenza», cit., p. 103 s.; M. MIOLA, *Lo statuto di Società europea nel diritto societario comunitario: dall'armonizzazione alla concorrenza tra ordinamenti*, in *Riv. soc.*, 2003, p. 322 ss., p. 324 e 339, che al riguardo parla di «spinte centrifughe dei singoli ordinamenti rispetto ai canoni posti dall'armonizzazione, che intervengono ad esempio a seguito di normative di diritto interno [...] finalizzate ad accrescere il grado di attrazione dell'ordinamento stesso» e di «progressivo annacquamento e ridimensionamento delle normative armonizzate»; infine L. ENRIQUES, *Capitale, azioni e finanziamento della Società europea: quando meno è meglio*, *ivi*, p. 375 ss., pp. 388-398, secondo il quale la scelta del legislatore comunitario nel senso del rinvio ai singoli ordinamenti e di rinuncia a una complessa opera di armonizzazione consente di alleggerire la struttura della Società europea, diminuendone i costi di transazione.

²⁰ Corte di Giustizia CE, 9 marzo 1999, cit.

²¹ *Idem*, 5 novembre 2002, cit.

²² *Idem*, 30 settembre 2003, cit.

²³ Ad evidenziare gli effetti della menzionata giurisprudenza nell'ambito della concorrenza tra ordinamenti in ambito comunitario, nel senso che «dans la mesure où la liberté d'établissement peut être exercée par une société ayant choisi de s'incorporer dans un Etat offrant un régime juridique moins contraignant, afin d'opérer dans un Etat qui impose des obligations plus rigoureuses, on voit bien qu'elle a vocation, à terme, en droit international privé, à priver d'intérêts l'exigence du siège réel, et, en droit interne comparé, à aligner les droits substantiels sur le régime le plus libéral», è H. MUIR WATT, *Aspects économiques*, cit., p. 106.

Il punto critico di questa soluzione consiste nel fatto che in ogni sistema federale (o quasi federale), le imperfezioni del mercato dovrebbero essere corrette attraverso la legislazione federale o sovranazionale.²⁴ Ma un serio intervento da parte del legislatore federale presuppone anzitutto la capacità di questo di porsi in una dialettica di prevalenza o di supremazia, in termini giuridici, sulle legislazioni degli Stati. Così è avvenuto, ad esempio, nel mercato statunitense, ove il Congresso, attraverso il *Williams Act* del 1968,²⁵ ha posto un freno all'acquisizione transfrontaliera di società, in risposta al fenomeno delle *takeovers* ostili. In quella ipotesi, la disciplina federale impose alcuni obblighi in capo alla società offerente, ma gli Stati, ritenendo tale normativa insufficiente, iniziarono ad approvare leggi molto più restrittive, soprattutto con riguardo alle *takeovers* provenienti dall'estero. Alcune di queste leggi passarono al vaglio della Corte Suprema, che ne dichiarò l'incostituzionalità per violazione delle competenze federali in materia di commercio infrastatale,²⁶ ma nel loro complesso esse restano in vigore. Dal punto di vista economico, è chiaro che dette leggi rappresentano un'ingerenza del potere pubblico nei meccanismi del mercato, perché mantengono in sella i dirigenti incapaci, anche quando potrebbero essere sostituiti, proprio grazie ad una *takeover*, da amministratori maggiormente in grado di massimizzare il valore dell'impresa. La loro incostituzionalità si basa sul principio della unitarietà della *internal affairs doctrine* in materia di società,²⁷ per cui all'impresa non possono essere imposti obblighi

²⁴ Così, per tutti, J. LEBOEUF, *The Economics of Federalism and the Proper Scope of the Federal Commerce Power*, in 31 *San Diego Law Rev.*, 1994, p. 555 ss., p. 558 ss.; R.L. REVESZ, *Federalism and Regulation: Some Generalizations*, in D.C. ESTY, D. GERADIN, *Regulatory Competition and Economic Integration*, cit., p. 3 ss., pp. 7-9.

²⁵ *Williams Act*, Pub. L. No. 90-439, 82 Stat. 454 (1968). Per un commento v. E.D. HULL, *Problems in the Regulation of Tender Offers: The Williams Act, State Takeover Statutes, and SEC Rules*, in 13 *TULSA Law Journ.*, 1977/1978, p. 552 ss.

²⁶ L'art. I, § 8, cl. 3 della Costituzione federale stabilisce infatti che «[t]he Congress shall have the power [...] to regulate commerce [...] among the several States». Si tratta dei famosi casi *Edgar v. MITE Corp.*, 457 U.S. 624 (1982) e *CTS Corp. v. Dynamics Corp. of America*, 481 U.S. 69 (1987), concernenti rispettivamente le leggi dell'Illinois e dell'Indiana. Per un commento v. R.S. COOPER, *Corporate Law – Indiana Takeover Statute Evades Commerce Clause Invalidation by Regulating Under the Internal Affairs Doctrine*, in 22 *Suffolk Univ. Law Rev.*, 1988, p. 886 ss.

²⁷ La *internal affairs doctrine* stabilisce che soltanto uno Stato, corrispondente a quello dell'incorporazione, è deputato a regolare in via esclusiva i rapporti interni alla società, intercorrenti con azionisti, dirigenti ed amministratori. Essa è riconosciuta a livello legislativo dalla *Section 106 del Model Business Corporation Act* del 1971. Sul punto v. A. FLEISCHER, *Federal Regulation of Internal Corporate Affairs*, in 29 *Bus. Lawyer*, 1973/1974, p. 179 ss.; W.L. REESE, E.M. KAUFMAN,

contraddittori e differenti da quelli esistenti nello Stato di incorporazione, come avverrebbe, invece, qualora la stessa dovesse assoggettarsi a leggi diverse da Stato a Stato.²⁸ In questa prospettiva, ci si dovrebbe aspettare che la disciplina federale e quella statale siano destinate a confliggere. In realtà, così non è, dal momento che la *internal affairs doctrine* presuppone un'omogeneità nei principi fondamentali del diritto societario (primo tra tutti la *shareholder's value maximization rule*) che nell'ordinamento statunitense sono sicuramente uniformemente rispettati sia a livello centrale, sia sul piano statale.²⁹ Qui, pertanto, il rischio di una *race to the bottom* risulta molto ridotto, grazie ad una combinazione di interventi federali e statali ispirati a principi comuni.

Un discorso diverso, per contro, deve farsi con riguardo all'ordinamento comunitario. Qui, infatti, non vi è quell'omogeneità di principi di diritto societario che consentirebbe di superare la condizione attuale di esistenza di regolamentazioni divergenti da Stato e Stato. In siffatta situazione ed in assenza di regole armonizzate, il rischio di una corsa al ribasso appare dunque ancora più concreto,³⁰ come del resto può facilmente evincersi sia dalle motivazioni della Corte di Giustizia nella giurisprudenza citata, sia dall'attuale stato del diritto societario comunitario.

6. Concorrenza tra ordinamenti e diritto internazionale.

The Law Governing Corporate Internal Affairs: Choice of Law and the Impact of Full Faith and Credit, in 58 *Columbia Law Rev.*, 1958, p. 1118 ss., p. 1125; D.A. DEMOTT, *Perspectives on Choice of Law for Corporate Internal Affairs*, in 48 *Law & Contemp. Problems*, 1985, p. 161 ss., p. 163. La dottrina in parola è stata recentemente sottoposta a critica, anche in virtù dell'esistenza di ordinamenti, quali quello di New York e dalla California, che assoggettano gli *internal affairs* delle società incorporate altrove al proprio diritto societario: sulla questione v. D.M. MAJCHRZAK, *Corporate Chaos: Who Should Govern Internal Affairs?*, in 24 *T. Jefferson Law Rev.*, 2001/2002, p. 83 ss.

²⁸ Per questa applicazione della *internal affair doctrine* v. H. HOROWITZ, *The Commerce Clause as a Limitation on State Choice-of-Law Doctrine*, in 84 *Harvard Law Rev.*, 1971, p. 806 ss., p. 818.

²⁹ In questo senso P.J. KOZYRIS, *Some Observation on State Regulation of Multistate Takeovers – Controlling Choice of Law through the Commerce Clause*, in 14 *Delaware Journ. Corp. Law*, 1989, p. 499, p. 510, secondo il quale «the proposition that the State of incorporation has the power to regulate internal corporate affairs globally and irrespective of the location of the particular corporate contacts is virtually axiomatic in American conflicts law».

³⁰ Cfr. ancora H. MUIR WATT, *Aspect économiques*, cit., p. 114.

6.1. Concorrenza tra ordinamenti ed esternalità: aspetti generali. – In un sistema economico caratterizzato dalla concorrenza tra ordinamenti, le eventuali imperfezioni del mercato dovrebbero essere corrette attraverso un intervento del legislatore federale.³¹ Un fallimento del mercato può ben verificarsi, in un siffatto sistema, qualora, nella competizione tra di loro, i legislatori nazionali adottino regolamentazioni specifiche senza farsi carico dei relativi costi, che vengono così a gravare sugli altri Stati o su soggetti diversi. Com'è noto, all'insieme dei risultati di tale processo viene dato il nome di «esternalità negative».³² Correggere le esternalità negative è, dunque, lo scopo dell'intervento federale in materia commerciale: il suo fine ultimo è obbligare gli Stati, attraverso il principio di primazia delle norme federali su quelle statali, ad «internalizzare» i costi della loro legislazione.³³

Dal punto di vista metodologico, va precisato anzitutto che le esternalità cui si fa riferimento nel presente lavoro sono quelle transfrontaliere. Qualora infatti le stesse producessero i loro effetti distorsivi all'interno di un solo Stato, né il legislatore federale, né tantomeno l'ordinamento internazionale dovrebbero intervenire.³⁴ In secondo luogo, è di fondamentale importanza ricordare che, ove non esista alcun organo a livello federale, i fallimenti del mercato possono essere corretti soltanto da apposite norme di diritto internazionale, come tra breve si osserverà. Infine, sebbene l'argomento abbia carattere generale, si dirigerà l'attenzione esclusivamente al ruolo che, in tale scenario, rivestono le imprese multinazionali.

Ciò premesso, si noti prima di tutto che nella prospettiva della concorrenza tra ordinamenti la corsa al ribasso verso la legislazione più liberale potrebbe tradursi in un costo per i terzi:³⁵ in ciò sta l'aspetto

³¹ V. *supra* nota 24.

³² «A negative externality results when the activity of one person or a business imposes a cost on someone else»: J.L. HARRISON, *Law and Economics*², St. Paul (Minn.), 2000, p. 42 s. Cfr. inoltre P. NEWMAN (ed.), *The New Palgrave Dictionary of Economics and The Law*, London/New York, 1998, vol. II, pp. 466-471; S. SHAVELL, *Foundations of Economic Analysis of Law*, Cambridge (Mass.)/London, 2004, pp. 77-109.

³³ Come spiega R.A. IPPOLITO, *Economics for Lawyers*, Princeton/Oxford, 2005, p. 229, «[i]nternalize is a term of art that means that a market participant who imposes some externality on others has been encouraged to take the cost of the externality into account in his own decision making».

³⁴ Così J. LEBOEUF, *Economics of Federalism*, cit., p. 571.

³⁵ Così L.A. BEBCHUK, *Federalism and the Corporation: The Desirable Limits on State Competition in Corporate Law*, in 105 *Harvard Law Rev.*, 1992, p. 1437 ss., p. 1485 s., il quale rileva che «[w]hen a State designs consumer law, tort law, or employment law to govern operations conducted within

veramente problematico della tendenza alla *race to the bottom* che caratterizza un sistema di *regulatory competition*, nel fatto che «in the presence of externalities, State competition may produce undesirable results».³⁶

Al riguardo, può correttamente richiamarsi la conclusione sottesa al celebre paradigma del «dilemma del prigioniero»:³⁷ ove non esista un accordo, gli Stati non hanno alcun interesse a cooperare tra di loro, ed anzi si comporteranno nel modo maggiormente conforme ai propri interessi politici ed economici, senza curarsi del comportamento degli altri Stati.³⁸ Una modificazione di questo atteggiamento può aversi in presenza di organizzazioni internazionali, ove la cooperazione tra gli Stati membri rappresenta il risultato di esigenze di natura consortile, volte alla realizzazione di fini che gli Stati, da soli, non sono in grado di raggiungere.³⁹ Sotto questo aspetto, le organizzazioni internazionali sono in grado, in taluni

the State, it will likely pay attention to the effects of the adopted rules on the State's consumers, potential tort victims, and employees. But the State in these cases can do so without fear that companies will be able to avoid the adopted rules while continuing their operations within the State. By contrast, companies can – simply reincorporating elsewhere, without any change in their operations – completely avoid their State's corporate law rules».

³⁶ L.A. BEBCHUK, *Federalism and the Corporation*, cit., p. 1486. Nello stesso senso H. MUIR WATT, *Aspects économiques*, cit., pp. 219-223.

³⁷ I termini del c.d. «dilemma del prigioniero» sono più che noti. Chiamati a rispondere individualmente di un reato dinanzi alle autorità inquirenti, a due complici vengono prospettate le seguenti soluzioni: se entrambi confessano, riceveranno una condanna a 5 anni di reclusione ciascuno; se nessuno confessa, la condanna sarà di 2 anni a testa; se uno solo di loro confessa e l'altro no, al primo sarà dato un anno di reclusione, mentre l'altro riceverà una condanna a 10 anni. Ipotizzando che non vi sia cooperazione alcuna tra i due prigionieri, ciascuno di loro tenderà ad agire autonomamente e di salvarsi, sicché entrambi confesseranno ed otterranno una condanna a 5 anni. Infatti, l'alternativa sarebbe per loro troppo rischiosa (10 anni), non conoscendo se il complice confesserà oppure no. In breve, nessuno dei due avrà interesse ad adottare la soluzione maggiormente cooperativa, per paura che l'altro se ne approfitti a sue spese. V. in proposito J.L. HARRISON, *Law and Economics*, cit., p. 44 s.

³⁸ Come osserva W.J. ACEVES, *The Economic Analysis of International Law: Transaction Cost Economics and the Concept of State Practice*, in 17 *Univ. Pennsylvania Journ. Int'l Econ. Law*, 1996, p. 995 ss., p. 999, «rational, egoistic actors will seek to maximize individual utility, even at the cost of the common good». Nella sua analisi giuseconomica, R.A. CASS, *Economics and International Law*, in 29 *N.Y. Journ. Int'l Law & Pol.*, 1997, p. 473 ss., p. 505, descrive gli Stati come «self-interested actors rationally pursuing their self-interest in setting where the conduct of other actors is important to each decision-maker». In senso critico v. H. MUIR WATT, *Aspects économiques*, cit., p. 66 s., 255 ss.

³⁹ Sulla natura consortile delle organizzazioni internazionali v. per tutti A.P. SERENI, *Le organizzazioni internazionali*, Milano, 1959, p. 90 ss.; U. DRAETTA, *Principi di diritto delle organizzazioni internazionali*, Milano, 1997; C. ARCHER, *International Organizations*³, London/New York, 2001, p. 68 ss.

casi, di imporre agli Stati membri le norme assunte dai propri organi, fungendo perciò da correttivo alla competizione tra i primi. Oppure – come si vedrà nel prosieguo – la cooperazione instaurata dagli Stati in un determinato settore, attraverso un trattato o una serie di trattati internazionali, potrebbe portare all’implementazione di una disciplina vincolante, in grado di imporre agli Stati (analogamente a quanto avviene negli ordinamenti federali) l’internalizzazione dei costi derivanti dalle differenze legislative in essere tra gli stessi. Chiaramente, ove non esista alcuna norma di diritto internazionale in grado di vincolare gli Stati nel senso sopra precisato, questi restano liberi di determinare il tenore della propria legislazione verso il basso, in una spirale incontrollabile quanto inevitabile di *race to the bottom*.⁴⁰

Dal punto di vista dell’impresa multinazionale, inoltre, l’ordinamento in grado di offrire un vantaggio economico immediato, in termini di riduzione dei costi di produzione ovvero di incremento dei profitti, risulterà destinatario dell’interesse della stessa. Tale situazione di verifica, ad esempio, con riguardo ai Paesi con una scarsa disciplina in materia ambientale,⁴¹ a quelli che non prevedono alcuna protezione per i lavoratori,⁴² forniscono lavoro sottocosto, sfruttano il lavoro notturno femminile o minorile, celano l’origine dei fondi destinati ad alimentare il finanziamento di organizzazioni criminali o gruppi terroristici,⁴³ trascurano deliberatamente di adottare

⁴⁰ Dal punto di vista dell’ordinamento internazionale, tale situazione è conseguenza del principio di sovranità che permea ogni spazio normativo nel quale non siano in vigore norme di diritto internazionale. In altri termini, gli Stati restano liberi di determinare le proprie politiche del diritto, senza interferenza alcuna, ove il diritto internazionale non li vincoli a tenere un comportamento di tenore diverso.

⁴¹ Sul punto v., per ora, A. ZOPPINI, *La concorrenza*, cit., p. 29.

⁴² Nel suo ingresso in un mercato in via di crescita, l’impresa può trovare vantaggioso imporre ai lavoratori subordinati salari ingiusti e precarie condizioni di lavoro, come avviene oggi, ad esempio, nel settore dell’abbigliamento, alimentare e della grande distribuzione. Al riguardo, esiste una manifestazione denominata *Public Eye Awards*, nella quale alcune associazioni non governative dedite al monitoraggio delle condotte delle imprese assegnano premi a quelle che si sono distinte per comportamenti irresponsabili. Tanto per citare qualche dato recente, il premio conferito in data 26 gennaio 2005 per le peggiori condizioni di lavoro è spettato alla Wal-Mart, colosso della grande distribuzione, mentre la società maggiormente impegnata nell’inquinamento dell’ambiente sarebbe la Royal Dutch Shell, il consorzio anglo-olandese del settore petrolchimico. Tutti questi dati, sempre aggiornati, si trovano sul sito <http://www.evb.ch/index.cfm?page_id=3294&archive=none>, il quale naturalmente riporta anche le motivazioni che hanno condotto al conferimento di detti premi.

⁴³ V. *infra* § 13.3.

normative stringenti in materia di trasparenza bancaria, finanziaria o societaria,⁴⁴ acconsentono a che i funzionari statali si abbandonino a pratiche corruttive⁴⁵ o infine, violano sistematicamente i diritti fondamentali dell'individuo ma non esitano a riconoscere agli azionisti stranieri il loro diritto ai dividendi.⁴⁶

In tutti questi casi come in altri, l'impresa trae un vantaggio immediato dalla scelta di un determinato ordinamento: l'investimento risulta altamente remunerativo perché il sistema giuridico prescelto non impone all'impresa l'internalizzazione delle esternalità negative da questa prodotte, ma consente che la stessa le ponga a carico della comunità locale. Sotto questo profilo, dunque, a sostenere i costi derivanti dall'attività dell'impresa sarà la comunità dello Stato stesso, che subirà pertanto gli effetti di una sovrautilizzazione delle risorse esistenti.

Da un diverso punto di vista, tuttavia, sarà l'intera comunità globale a subire le conseguenze di siffatta situazione. Al riguardo, può richiamarsi il dibattito sulla *tragedy of commons*: nello sfruttamento dei beni comuni, ciascun soggetto interessato tenderà ad ottenere il massimo beneficio, senza però farsi carico dei relativi costi, che veranno così a gravare sull'intera comunità.⁴⁷ Dunque, nella rovina sembrerebbe risiedere il destino delle risorse dell'umanità, in mancanza di una regolamentazione globale dei beni comuni ed in presenza, viceversa, di una concorrenza degli Stati per accaparrarsi la ricchezza finanziaria globale.⁴⁸

A questo punto, occorre svolgere qualche considerazione a proposito dello stato del diritto internazionale in alcuni settori nei quali gli effetti distorsivi prodotti dalla concorrenza tra ordinamenti hanno comportato

⁴⁴ V. *infra* § 6.2.

⁴⁵ V. *infra* § 13.1.

⁴⁶ V. *infra* § 15.1.

⁴⁷ L'artefice della discussione sulla *tragedy of commons* fu, con specifico riguardo al problema dell'inquinamento, G. HARDIN, *The Tragedy of Commons*, ora in J. COLEMAN (ed.), *Readings in the Philosophy of Law*, New York/London, 1999, p. 551 ss., che così arguiva (p. 552): «[r]uin is the destination toward which all men rush, each pursuing his own best interest in a society that believes in the freedom of the commons. Freedom in a commons brings ruin to all». V. inoltre J.E. KRIER, *The Tragedy of Commons, Part Two*, in 15 *Harvard Journ. Int'l Law & Pub. Pol'y*, 1992, p. 325 ss.; B. KAUFMAN, *Ocean Dumping: The Tragedy of the Commons Continues*, in 3 *Journ. of Law & Env.*, 1987, p. 19 ss.; J.L. WEAVER, *The Tragedy of the Commons from Spindletop to Enron*, in 24 *Journ. of Land Resources & Envtl. Law*, 2004, p. 187 ss.

⁴⁸ Così H. MUIR WATT, *Aspects économiques*, cit., p. 274.

conseguenze particolarmente gravi e riaperto il dibattito sul tema della necessità di costruire una disciplina internazionale finalizzata ad imporre agli Stati e alle imprese multinazionali l'internalizzazione dei costi delle loro condotte.

6.2. Il caso della *corporate disclosure*. – Un primo aspetto problematico dei risultati ai quali conduce la concorrenza tra ordinamenti concerne la trasparenza d'impresa (*corporate disclosure*) relativa alle operazioni transfrontaliere. Al riguardo, è noto che l'imposizione di un regime di trasparenza a livello federale o sopranazionale favorisce la circolazione della ricchezza; viceversa, l'esistenza di regimi di trasparenza incompleti importa la produzione di esternalità negative a danno degli investitori e del mercato.⁴⁹ In particolare, in assenza di direttive da parte degli organi federali eventualmente coinvolti, i singoli Stati non avranno alcun incentivo ad imporre obblighi di trasparenza alle società straniere, salvo che vi siano interessi generali meritevoli di tutela.⁵⁰ Così, possono (ma non devono) esistere organi nazionali di controllo sull'operato delle società straniere, soprattutto nei settori ad alto rischio come quelli degli investimenti finanziari e dei rapporti bancari, le cui determinazioni hanno come destinatari anche le società straniere.⁵¹

⁴⁹ V. in generale F.H. EASTERBROOK, D.R. FISCHER, *Mandatory Disclosure and the Protection of Investors*, in 70 *Virginia Law Rev.*, 1984, p. 669 ss., p. 685 s. Sui benefici prodotti dagli obblighi di trasparenza, rileva M. TONELLO, *Sulla trasparenza delle operazioni di amministratori, alti dirigenti e azionisti strategici di società quotate. La questione della tempestività*, in *Contr. e impr.*, 2006, p. 1 ss., che «[l]a *disclosure* delle operazioni sugli strumenti finanziari dell'emittente accresce la profondità dello scrutinio del mercato e delle autorità di vigilanza sul comportamento degli *insiders* e sull'andamento del titolo, inducendo investitori, analisti finanziari e controllori pubblici ad interrogarsi in merito alla completezza e all'accuratezza delle informazioni societarie a loro disposizione [e] il contenimento delle asimmetrie informative [...] favorisce la formazione del prezzo del titolo, suggerendo al mercato le opportune correzioni al rialzo [...] o al ribasso».

⁵⁰ Sulla mancanza di incentivi per gli Stati ad adottare regimi di trasparenza in materia societaria in assenza di regolamentazione federale v. L.A. BEBCHUCK, *Federalism and the Corporation*, cit., p. 1491; F.H. EASTERBROOK, D.R. FISCHER, *Mandatory Disclosure*, cit., pp. 690-692. In generale, sull'esigenza di garantire un'adeguata informazione societaria nel settore finanziario v. R. COSTI, L. ENRIQUES, *Il mercato mobiliare*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da G. Cottino, VIII, Padova, 2004, p. 5 ss. e 195 s.; G. RAVENNA, *Trasparenza: il presupposto per una gestione più consapevole*, in *Trasparenza e informazione societaria per l'efficienza del mercato finanziario*. Atti della Giornata di Studio organizzata dall'Assogestioni, Milano 6 luglio 1994, Roma, 1995, p. 19 ss.

⁵¹ Per un quadro complessivo cfr. S.M. CARBONE, *Strumenti finanziari*, cit., p. 473 ss. V. anche R. ALESSI, *La disciplina dei gruppi multinazionali nel sistema societario italiano*, Milano, 1989, pp. 111-153, il quale correttamente rileva (p. 132) che nel momento in cui «si sostituisce l'esigenza di tutela degli azionisti con quella della tutela dei risparmiatori, l'impresa si de-nazionalizza, ovvero viene

Ma anche ove, in alcuni Stati, sia percepito come necessario un monitoraggio costante della trasparenza dei rapporti societari, l'esperienza dimostra che zone d'ombra possono essere comunque presenti. La prassi dell'ultimo ventennio al riguardo è illuminante: attraverso la penetrazione in mercati nazionali carenti di regole di trasparenza, grandi imprese multinazionali sono state in grado di celare enormi quantità di capitali, con grave danno degli azionisti e degli investitori. La rapidità con la quale gli amministratori di queste imprese possono trasferire capitali si è associata, nell'economia globalizzata, alla libertà di compiere operazioni da un ordinamento all'altro, scegliendo quello con il regime di volta in volta più congeniale alle finalità delle operazioni medesime.⁵² Sotto un diverso profilo, lo scambio di «capitale invisibile» tipico dell'era del capitalismo avanzato⁵³ ha prodotto, grazie a siffatti regimi di non-trasparenza, la circolazione di «capitale inesistente», cioè di ricchezza puramente cartolare. Paesi che, per scelte politiche, basano le maggiori entrate del bilancio pubblico proprio sull'assenza di controlli sui movimenti di capitali o di trasparenza in materia bancaria, sono stati letteralmente invasi da investitori stranieri, desiderosi di celare il proprio nome dietro al segreto bancario e di compiere operazioni al di fuori di qualsiasi controllo.

Tutti i più noti scandali finanziari degli ultimi anni sono passati attraverso quei Paesi, dal collasso del gruppo Banco Ambrosiano nell'estate 1982⁵⁴ al clamoroso fallimento di Parmalat S.p.A. nel dicembre 2003 (chi

estratta dal suo ordinamento di origine per divenire fenomeno rilevante nell'ambito del mercato finanziario in cui di volta in volta opera. Per l'applicabilità di una certa disciplina non rileva più il luogo di costituzione, quello della sede principale o quello dell'attività, ma solo il mercato in cui essa agisce».

⁵² Con conseguente esclusione dall'ambito operativo della società di quell'ordinamento i cui obblighi informativi non si rivelano congeniali alla politica dell'impresa: così rileva S.M. CARBONE, *Strumenti finanziari*, cit., p. 475, che «al fine di evitare l'applicazione di una legge ritenuta eccessivamente onerosa rispetto agli obiettivi che ci si propone di perseguire attraverso un'operazione finanziaria relativa a una determinata società, si dovrà fare in modo non solo che non sussista alcun collegamento rilevante con tale ordinamento, ma anche che non si possa creare alcun legittimo affidamento da parte di investitori che operano da tale ordinamento».

⁵³ Cfr. supra § 1.

⁵⁴ Com'è noto, il dissesto dell'intero gruppo facente capo a Banco Ambrosiano S.p.A. fu provocato da un indebitamento gigantesco dovuto a operazioni di *back-to-back* a favore di banche estere cui corrispondevano accrediti o prestiti a favore di controllate della *holding* milanese. A partire dal 17 giugno 1982 e fino al mese di agosto (v. *Fall.*, 1983, p. 195 ss.), furono dichiarate fallite o sottoposte ad amministrazione controllata le controllate in Lima, Lussemburgo, Managua e Nassau. Tutte le dispute, che hanno coinvolto migliaia di creditori a livello internazionale, sono state chiuse con un

non ricorda il famoso fondo *Epicurum* delle Cayman?).⁵⁵ In alcuni casi, il dissesto di imprese multinazionali ha accresciuto l'intensità del dibattito in merito all'adozione di regole sovranazionali in materia di *corporate disclosure*. Si pensi, per esempio, alle vicende di Enron Corp., il colosso dell'energia che, fallito nel giro di pochi mesi nel 2002, ha trascinato con sé 38 miliardi di dollari di risparmi privati,⁵⁶ di WorldCom Corp., la società che, per effetto del crollo dei mercati telematici, si è ritrovata nel 2002 sommersa da debiti per 30 miliardi di dollari,⁵⁷ di Vivendi S.A., la capogruppo francese che, per effetto di una spregiudicata campagna di acquisizioni e fusioni durata sei anni – che la portò a controllare ben 325 società, di cui 249 internazionali – dichiarò nel 2002 perdite ufficiali per 23,3

accordo concluso a Ginevra il 25 maggio 1984. Al riguardo v. A. SANTA MARIA, *Diritto commerciale comunitario*², Milano, 1995, pp. 267-269; U. HESS, *The Banco Ambrosiano Collapse and the Luxury of National Lenders of Last Resort with International Responsibilities*, in 22 *N.Y. Univ. Journ. Int. Law & Pol.*, 1990, p. 181 ss. Per gli aspetti più propriamente economici v. C. BELLAVITE PELLEGRINI, *Storia del Banco Ambrosiano. Fondazione, ascesa e dissesto 1896-1982*, Roma, 2002; F. BELLI, S. MACCARONE, *Le crisi bancarie: il caso del Banco Ambrosiano*, Milano, 1985.

⁵⁵ G. FRANZINI, *Il crac Parmalat. Il crollo dell'impero del latte*, Roma, 2004. Secondo G. SAPELLI, *Giochi proibiti. Enron e Parmalat capitalismi a confronto*, Milano, 2004, p. 78, il caso Parmalat è il risultato di «una serie di pratiche di occultamento di dati finanziari reali e di distorsione di flussi di cassa che hanno visto decine di persone impegnate per moltissimi anni a falsificare i bilanci e a truffare i risparmiatori». Sfortunatamente nel presente lavoro non vi è spazio per considerazioni di dettaglio in relazione allo scandalo della multinazionale di Collecchio. Le indagini sono tuttora in corso e la ristrutturazione del gruppo grazie alla nomina di un commissario straordinario e all'intervento pubblico è ancora in pieno svolgimento. Tutto quello che si può evidenziare è che le falsificazioni contabili operate dalla famiglia Tanzi e dai dirigenti di Parmalat avvenivano tramite una serie di società partecipate, una fitta rete di vendite fittizie, di contratti inesistenti e di partecipazioni in fondi di investimento in Paesi *off-shore* (dai famigerati nomi di *Bonlat*, *Fondo Epicurum* ecc.) ed erano abilmente mascherate attraverso un uso distorto (e artatamente combinato) del diritto societario, delle norme tributarie e dell'autonomia privata.

⁵⁶ Sullo scandalo relativo a *Enron Corp.* la bibliografia risulta, già dopo pochi anni, sterminata, il che offre l'idea dell'importanza della vicenda. V. sul tema, oltre al simposio dal titolo *Enron and Its Aftermath*, apparso in 76 *St. John's Law Rev.*, 2002, p. 671 ss. e alla monografia di N.B. RAPOPORT, D.G. BAIRD, *Enron: Corporate Fiascos and their Implications*, New York, 2004, v. anche, tra i più interessanti, J.R. KROGER, *Enron, Fraud, and Securities Reform: an Enron Prosecutor's Perspective*, in 76 *Univ. Colorado Law Rev.*, 2005, p. 57 ss.; R. HEFENDEHL, *Enron, WorldCom und die Folgen: das Wirtschaftsstraftrecht zwischen kriminalpolitischen Erwartungen und dogmatischen Erfordernissen*, in 59 *Juristenzeitung*, 2004, p. 18 ss.; J. C. COFFEE JR., *What Caused Enron? A Capsule Social and Economic History of the 1990's*, in 89 *Cornell Law Rev.*, 2004, p. 269 ss.; N.B. RAPOPORT, *Enron, Titanic and the Perfect Storm*, in 71 *Fordham Law Rev.*, 2003, p. 1373 ss.; G.A. MARK, *The Legal History of Corporate Scandal: Some Observations on the Ancestry and Significance of the Enron Era*, in 35 *Connecticut Law Rev.*, 2003, p. 1073 ss.; L.E. STRINE JR., *Derivative Impact? Some Early Reflections on the Corporation Law Implications of the Enron Debacle*, in 57 *Bus. Lawyer*, 2002, p. 1371 ss. In lingua italiana può leggersi il lavoro di A. SPAVENTA, F. SAULINI, *American Lies. Ascesa e caduta della Enron*, Roma, 2002.

⁵⁷ V. in proposito S. PROULX, *Il libro nero delle multinazionali americane*, Roma, 2005, pp. 189-194.

miliardi di euro.⁵⁸ A seguito di tutte queste vicende, è riemerso l'interesse della dottrina per il problema dell'adozione di regole efficaci di trasparenza, posto che tutte le vicende citate dimostrano quanto sia difficile costruire regole di settore realmente efficienti, anche negli Stati in cui esse dovrebbero essere più rigorosamente applicate.⁵⁹

Ove poi la vicenda coinvolga Stati privi di normative in materia di trasparenza (ed è questo il punto che qui interessa), il problema assume una rilevanza vistosamente globale.⁶⁰ Per questa ragione, sin dal 1976 l'OCSE ha ritenuto di dover dettare alcune linee-guida in materia di trasparenza, raccomandando la più ampia informazione con riguardo non solo agli aspetti finanziari dell'impresa, ma anche a quelli ambientali e sociali.⁶¹ Le strutture di governo della società, l'assetto azionario, i patti di sindacato, gli obiettivi dell'impresa e i fattori di rischio sono alcune delle informazioni delle quali l'OCSE richiede opportunamente la pubblicazione.⁶² Tra le informazioni aggiuntive delle quali l'OCSE, invece, semplicemente incoraggia la divulgazione, compaiono quelle «on the social, ethical and environmental policies of the enterprise and other codes of conduct to which the company subscribes», «on systems for managing risks and complying with laws, and

⁵⁸ Sul dibattito seguito all'esplosione degli scandali Enron, WorldCom e Vivendi, soprattutto in merito al tema della *corporate disclosure* v. E.N. VEASY, *Corporate Governance and Ethics in a Post Enron/WorldCom Environment*, in 72 *Univ. Cincinnati Law Rev.*, 2003/2004, p. 731 ss., p. 733; J.R. MACEY, *Efficient Capital Markets, Corporate Disclosure, and Enron*, in 89 *Cornell Law Rev.*, 2003/2004, p. 394 ss.; E.M. SOHNE, *The Impact of Post-Enron Information Disclosure Requirements Imposed under U.S. Law on Foreign Investors*, in 42 *Colum. Journ. Transnat'l Law*, 2003/2004, p. 217 ss.; M.L. FOX, *To Tell or Not to Tell: Legal Ethics and Disclosure after Enron*, in *Colum. Bus. Law Rev.*, 2002, p. 867 ss.; M.P. VICCARO, *Can Regulation Fair Disclosure Survive the Aftermath of Enron*, in 40 *Duquesne Law Rev.*, 2001/2002, p. 695 ss.

⁵⁹ Per una rapida analisi delle prospettive internazionalistiche della questione v. A. CORNFORD, *Enron and Internationally Agreed Principles for Corporate Governance and the Financial Sector*, in P.H. DEMBINSKI, C. LAGER, A. CORNFORD, J.-M. BONVIN (eds.), *Enron and World Finance. A Case Study in Ethics*, New York, 2006, p. 19 ss., pp. 35-39.

⁶⁰ Sul problema, con riguardo agli *accounting havens* coinvolti nel dibattito seguito allo scandalo Enron, v. P.T. MUCHLINSKI, *Enron and Beyond: Multinational Corporate Groups and the Internationalization of Governance and Disclosure Regimes*, in 37 *Connecticut Law Rev.*, 2004/2005, p. 725 ss, p. 754.

⁶¹ Delle *Guidelines* dell'OCSE in materia di imprese multinazionali si parlerà diffusamente nel prosieguo (*infra* § 7.1). La parte che qui interessa esaminare è contenuta nel cap. III delle *Guidelines* medesime e riguarda, in generale, l'ambito delle informazioni che «should be disclosed for the enterprise as a whole and, where appropriate, along business lines or geographic areas» (par. 1).

⁶² *Guidelines* cit., cap. III par. 4.

on statements or codes of business conduct» e, infine, «on relationships with employees and other stakeholders». ⁶³ Putroppo, pare fin troppo evidente come la distinzione tra informazioni essenziali e informazioni aggiuntive mal si adatti allo scenario attuale, dal momento che tutte le menzionate informazioni risultano ugualmente indispensabili per offrire agli operatori economici un quadro complessivo della consistenza economica di un'impresa. Anzi, l'evoluzione della normativa sovranazionale in materia, in particolare in sede comunitaria, conforta questa conclusione nel senso di aumentare la consistenza informativa nei settori ambientale, sociale e nei rapporti con i terzi in genere. ⁶⁴

E' interessante notare, inoltre, che ove non sia stato possibile riqualificare a livello transnazionale gli *standards* di trasparenza dell'impresa, si è fatto ricorso, da parte degli Stati, a rimedi a carattere unilaterale. Così il Congresso degli Stati Uniti, attraverso il celebre *Sarbanes-Oxley Act* del 2002, ⁶⁵ ha imposto alle società straniere una serie di obblighi di trasparenza identici a quelli gravanti sulle società statunitensi, garantendo in questo modo l'uniformità delle disposizioni applicabili. ⁶⁶ Ma tale forma di unilateralismo, lungi dal distribuire i costi sugli Stati su base consensuale, tende invece a scaricarli sulle società straniere, con buona pace della collaborazione internazionale nel settore. ⁶⁷

Si consideri, infine, che la circostanza che l'asimmetria informativa sia fonte di esternalità non significa che l'imposizione di obblighi di trasparenza sia da sola sufficiente a scongiurare il prodursi di esternalità diverse. In questo senso, può dirsi che il paradigma della *corporate disclosure* non deve essere sopravvalutato: in assenza di norme apposite di carattere sostanziale,

⁶³ *Guidelines* cit., cap. III par. 5, rispettivamente lett. *a* e *b*.

⁶⁴ Per questa prospettiva v. P.T. MUCHLINSKI, *Multinational Enterprises and the Law*, cit., p. 354 ss.

⁶⁵ Sarbanes-Oxley Act, Pub. L. No. 107-204, 116 Stat. 745 (2002).

⁶⁶ Sul punto v. E.M. SOHNE, *The Impact*, cit., p. 224 ss.; T. SANTUCCI, *Extending Fair Disclosure to Foreign Issuers: Corporate Governance and Finance Implications for German Companies*, in *Columbia Bus. Law Rev.*, 2002, p. 499 ss., spec. p. 524 ss.

⁶⁷ In questo senso, con riguardo in generale all'unilateralismo, v. nuovamente H. MUIR WATT, *Aspects économiques*, cit., p. 276.

ritenere che l'impresa «trasparente» sia idonea ad interiorizzare il rischio gravante sui creditori e sui terzi è una pura illusione.⁶⁸

Come le osservazioni che precedono ben dimostrano, il problema della trasparenza d'impresa è ancora oggi, dopo la dissoluzione delle immense ricchezze seguita agli scandali sopra menzionati, ben lungi dall'essere risolto, sicché non pare ancora in via di superamento quella condizione di *race to the bottom* foriera di esternalità negative a carico di terzi.

6.3. Le procedure concorsuali relative a imprese multinazionali. – Un secondo ambito nel quale la concorrenza tra ordinamenti produce effetti distorsivi nel sistema economico globale è rappresentato dal settore delle procedure concorsuali transfrontaliere.

Oggi, le normative nazionali in materia concorsuale sono le più diverse e si ispirano, nelle loro linee essenziali, a due principi differenti.⁶⁹ Da una

⁶⁸ Così, invece, la Corte di Giustizia CE ha ritenuto di concludere nel caso *Centros*, più volte menzionato nel corso del presente lavoro. In particolare, come si è rimarcato in più occasioni, secondo la Corte l'informazione societaria dei creditori danesi in merito alla nazionalità e al capitale sociale della società rappresenterebbe una sufficiente garanzia per costoro in merito al rischio d'insolvenza della società medesima. In senso critico – e quindi conformemente al testo – v. A. SOMMA, *Mercificare il diritto*, cit., p. 72. Su quest'ultimo punto varrebbe la pena di riflettere, soprattutto da parte del legislatore italiano che, ritenendo il rischio di insolvenza e l'obbligo di trasparenza opzioni pienamente fungibili, ha inopportunamente sostituito la responsabilità del socio unico di società per azioni con un mero obbligo informativo, scaricando sui creditori, pur ben informati sull'assetto azionario, il rischio della bancarotta della società. Com'è noto, la riforma del diritto societario del 2003 ha sostituito l'art. 2362 c.c., che stabiliva la responsabilità illimitata dell'unico azionista per le obbligazioni sociali sorte nel periodo in cui le azioni risultavano apparteneregli. Il nuovo art. 2362 inaugura un regime di pubblicità, eliminando l'inciso riguardante la responsabilità e imponendo unicamente un obbligo di pubblicità a carico degli amministratori o del socio stesso. Per norme identiche con riferimento alla società a responsabilità limitata v. gli art. 2462 co. 1 e 2470 co. 4 c.c.

⁶⁹ Sulle leggi di alcuni Stati v. i commenti di K. BLOCK, *Ukrainian Bankruptcy Law*, in 20 *Loyola L.A. Int'l & Comp. Law Journ.*, 1997/98, p. 97 ss.; M. BOGDAN, *International Bankruptcy Law in Scandinavia*, in 34 *Int'l & Comp. Law Quart.*, 1985, p. 49 ss.; R.L. BOHANON, W.C. PLOUFFE, *Mongolian Bankruptcy Law: A Comparative Analysis with the American Bankruptcy System*, in 7 *Tulane Journ. Comp. & Int'l Law*, 1999/2000, p. 1 ss.; S.L. BUFFORD, *Bankruptcy Law in European Countries Emergine from Communism: the Special Legal and Economic Challenger*, in 70 *Am. Bankr. Law Journ.*, 1996, p. 459 ss.; G. CHEEVER, *Australian International Bankruptcy Law*, in 12 *Univ. Pennsylvania Journ. Int'l Bus. Law*, 1991, p. 153 ss.; G.D. CORRESA, R.C. VEIRANO, *Brazil Enacts New Federal Bankruptcy Law*, in 1 *Int'l Law & Management Rev.*, 2005, p. 311 ss.; J.L. GARRITY, K.P. RAMDHANIE, *Korean Bankruptcy Law: The Heavy Duty Hypothetical applied*, in 17 *N.Y. Law School Journ. Int'l & Comp. Law*, 1997, p. 267 ss.; R. LAURENCE, *State of Hungarian Insolvency Law*, in 17 *N.Y. School Journ. Int'l & Comp. Law*, 1997, p. 495 ss.; V. VITRYANSKY, *Insolvency and Bankruptcy Law Reform in the Russian Federation*, in 44 *McGill Law Journ.*, 1998/1999, p. 409 ss. Per un'analisi comparatistica v. D.T. TRAUTMAN, J.L. WESTBROOK, E. GAILLARD, *Four Models for International Bankruptcy*, in 41 *Am. Journ. Comp. Law*, 1993, p. 573 ss.

parte, il principio di universalità postula la competenza di un unico giudice e di un'unica legge, che si occuperanno della liquidazione di *tutti* i beni del fallito, anche nella sfera di sovranità di altri ordinamenti, a garanzia della *par condicio* di *tutti* i creditori, ovunque si trovino.⁷⁰ Dall'altra parte, la teoria territorialista ritiene che la liquidazione dei beni debba avvenire per atto dei giudici dei diversi Stati, a seconda dei beni presenti sui rispettivi territori ed indipendentemente dalla quantità di questi. Esistono poi alcune teorie intermedie, denominate, a seconda della teoria principale alla quale si ispirano, della «universalità controllata» (*modified universalism*), in base alla quale la procedura concorsuale è senz'altro unica, ma ad essa si aggiungono altre procedure, dette «ancillari» o «secondarie», instaurate nei singoli Stati nei quali il fallito possiede dei beni, ovvero della «territorialità cooperativa», ai sensi della quale possono ammettersi più procedure concorsuali parallele caratterizzate dalla cooperazione tra le diverse autorità giudiziarie o amministrative coinvolte.⁷¹

Com'è noto, entrambe le teorie originarie risultano generalmente inapplicabili, per via della consistenza pluralistica dello stesso sistema internazionale. Peraltro, se «universalism is bad [...], yet] territorialism is much worse»,⁷² perché la seconda teoria si pone in pieno contrasto con l'esigenza di ridurre al minimo i costi sociali gravanti sui creditori e distribuire su questi il rischio dell'insolvenza dell'impresa debitrice.⁷³

⁷⁰ Cfr. al riguardo A. LUPONE, *L'insolvenza transfrontaliera. Procedure concorsuali nello Stato e beni all'estero*, Padova, 1995, p. 55 ss. In difesa dell'universalità ed unicità delle procedure concorsuali v., sin dal XIX secolo, J. LOWELL, *Conflict of Laws as Applied to Assignments of Creditors*, in 1 *Harvard Law Rev.*, 1888, p. 259 ss., p. 264; G. BONGIORNO, *Osservazioni in tema di universalità e territorialità del fallimento*, in *Dir. fall.*, 1974, p. 261 ss.

⁷¹ Per una ricostruzione delle varie teorie v. S.L. BUFFORD, *Global Venue Controls Are Coming: A Reply to Professor LoPucki*, in 79 *Am. Bankr. Law Journ.*, 2005, p. 105 ss., p. 108 ss.

⁷² S.L. BUFFORD, *Global Venue Controls*, cit., p. 106.

⁷³ A tal proposito, va ricordato che l'apertura della procedura concorsuale genera un mutamento soggettivo della regola della massimizzazione del profitto dell'impresa, dal momento che, mentre in un'impresa *in bonis* l'efficienza economica è conseguita attraverso la valorizzazione dell'utile degli azionisti, per contro nell'impresa in crisi sono i creditori che assumono il controllo della medesima attraverso l'espropriazione conseguita mediante l'apertura della procedura. Così L. STANGHELLINI, *I problemi di coordinamento dell'azione dei creditori nella rete di imprese: le implicazioni relative alla regolazione*, in F. CAFAGGI, G. GALLETTI (a cura di), *La crisi dell'impresa nelle reti e nei gruppi*, Padova, 2005, p. 1 ss., spec. p. 8 s. Come lo stesso Autore ha evidenziato in un altro lavoro (precisamente *Proprietà e controllo dell'impresa in crisi*, in *Riv. soc.*, 2004, p. 1041 ss.), a differenza degli azionisti, i creditori si comportano, nei confronti dell'impresa, secondo regole diverse e pertanto la missione primaria della procedura concorsuale è quella di porre tutti i creditori sullo stesso piano, per coordinarne le azioni in un'unica direzione negli interessi degli stessi. Nel

Quanto alla teoria universalistica, essa è inevitabilmente destinata a moltiplicare i costi di transazione relativi all'intervento dei creditori, con pesanti ricadute sotto il profilo dell'efficiente allocazione del capitale.⁷⁴

Migliori risultano allora le versioni modificate delle teorie in esame, che anzi, rappresentando un pregevole compromesso tra i due estremi, sono state accolte dalle poche regolamentazioni internazionali in materia. Si tratta, segnatamente, della Legge Modello dell'UNCITRAL sulle insolvenze transfrontaliere⁷⁵ e del Regolamento CE n. 1346/2000 del 29 maggio 2000, relativo alle procedure di insolvenza.⁷⁶ Entrambe le fonti stabiliscono un sistema di competenze in materia di insolvenze transnazionali destinato, almeno sulla carta, a ridurre le ipotesi di *forum shopping* e a facilitare la

medesimo senso P. SANTELLA, *Diritto fallimentare, governo societario e efficienza economica*, in *Dir. fall.*, 2003, p. 867 ss. Ora, poiché le condotte dei creditori nei riguardi dell'impresa sono guidate da interessi molto diversi e spesso confliggenti, soprattutto nelle fasi di crisi, la finalità primaria della procedura consiste nella ripartizione del rischio dell'insolvenza su tutti i creditori. Da questo punto di vista, pertanto, la teoria universalistica è sicuramente la più vantaggiosa, poiché la teoria territorialista, prevedendo una serie di procedure parallele autonome, pare inidonea a realizzare sia la *par condicio creditorum*, sia le possibilità di una ristrutturazione dell'impresa: in questo senso R.K. RASMUSSEN, *A New Approach to Transnational Insolvencies*, in 19 *Michigan Journ. Int'l Law*, 1997, p. 1 ss., p. 27; analogamente, S.L. BUFFORD, *Global Venue Controls*, cit., p. 114; A.T. GUZMAN, *International Bankruptcy: In Defense of Universalism*, in 98 *Michigan Law Rev.*, 1999/2000, p. 2177 ss., spec. p. 2180 s.; C. DORDI, *La Convenzione europea su alcuni aspetti del fallimento: la consacrazione dell'universalità limitata degli effetti delle procedure concorsuali*, in *Dir. comm. int.*, 1993, p. 617 ss., p. 618; L. PERKINS, *A Defense of Pure Universalism in Cross-Border Corporate Insolvencies*, in 32 *N.Y. Univ. Journ. Int'l Law & Pol.*, 1999/2000, p. 787 ss., *passim*; J.L. WESTBROOK, *A Global Solution to Multinational Default*, in 98 *Michigan Law Rev.*, 1999/2000, p. 2276 ss., p. 2285 s.; ID., *Theory and Pragmatism in Global Insolvencies: Choice of Law and Choice of Forum*, in 65 *Am. Bankr. Law Journ.*, 1991, p. 457 ss., p. 465.

⁷⁴ In tal senso, ancora, S.L. BUFFORD, *Global Venue Controls* cit., p. 111.

⁷⁵ La Legge Modello dell'UNCITRAL può leggersi sul sito dell'organizzazione all'indirizzo <http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/insolvency/1997Model.html> ed in *Dir. comm. int.*, 1998, p. 646 ss. Per qualche commento in proposito v. K. ANDERSON, *Testing the Model Soft Law Approach to International Harmonisation: A Case-Study Examining the UNCITRAL Model Law Cross-Border Insolvency*, in 23 *Australian Yearbook of Int'l Law*, 2004, p. 1 ss.; S. ISHAM, *UNCITRAL's Model Law on Cross-Border insolvency: A Workable Protection for Transnational Investment at Law*, in 26 *Brooklyn Journ. Int'l Law*, 2001, p. 1177 ss.; M.C. GILREATH, *Overview and Analysis of How the United Nations Model Law on Insolvency Would Affect United States Corporations Doing Business Abroad*, in 16 *Bankr. Devel. Journ.*, 2000, p. 399 ss.; C. ESPLUGUES, *The UNCITRAL Model Law of 1997 on Cross Border Insolvency: An Approach*, in *Dir. comm. int.*, 1998, p. 657 ss.; R.J. SILVERMAN, *Advances in Cross-Border Insolvency Cooperation: The UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency*, in 6 *ILSA Journ. Int'l & Comp. Law*, 2000, p. 265 ss.; A.J. BERENDS, *The UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency: A Comprehensive Overview*, in 6 *Tulane Journ. Int'l & Comp. Law*, 1998, p. 309 ss.

⁷⁶ Il Regolamento è leggibile in G.U.C.E., L160 del 30 giugno 2000. Esso esclude (cfr. *considerandum* n. 11) in modo categorico, in quanto « non realistic[a] » l'istituzione di un'unica procedura a portata universale, con valore per tutta la Comunità, rifiutando perciò un'applicazione della teoria universalistica pura.

cooperazione tra le istituzioni coinvolte nel fallimento dell'impresa.⁷⁷ Ai fini di efficienza, entrambe prevedono l'instaurazione di una procedura principale con effetto potenzialmente universale, cui si affiancano procedure secondarie e parallele, la cui efficacia è limitata al territorio dello Stato di apertura. Ovviamente, in siffatto sistema, la procedura principale non può che essere una sola, accompagnata da tante procedure secondarie quanti sono gli Stati nei quali il debitore ha stabilito le proprie dipendenze.

6.3.1. Profili critici. – A questo punto, vale la pena di evidenziare alcuni punti critici in merito al problema della condotta dell'impresa multinazionale in uno scenario di concorrenza tra ordinamenti sotto il profilo del fallimento transnazionale.

A questo proposito, una delle questioni più controverse riguarda i criteri per stabilire la competenza dei giudici deputati a dichiarare l'insolvenza dell'impresa. Le soluzioni adottate dai legislatori nazionali e dalle fonti internazionali si rifanno al concetto di *home country* del debitore al momento del deposito della relativa istanza: si tratta di un criterio di collegamento minimo, mirante ad evitare che la procedura possa essere instaurata dinanzi al giudice di uno Stato nel quale il debitore ha soltanto beni ma non svolge alcuna attività.⁷⁸ Sul punto, sia la Legge Modello elaborata dall'UNCITRAL, sia il Regolamento comunitario associano l'*home country* al c.d. «centro degli interessi principali del debitore» (*center of debtor's main interests, COMI*), che si presume essere, fino a prova contraria, il luogo del *debtor's registered office*,⁷⁹ ovvero «il luogo in cui si trova la sede statutaria»,⁸⁰ coincidenti comunque con il luogo maggiormente riconoscibile dai terzi.⁸¹ Così strutturato, il sistema delle competenze in materia

⁷⁷ In questo senso S.M. CARBONE, *Il c.d. fallimento internazionale tra riforma italiana del d.i.p. e normativa di diritto uniforme*, in *Dir. comm. int.*, 1998, p. 633 ss., p. 635. Cfr. altresì il preambolo alla Legge Modello cit., lett. *a*.

⁷⁸ Cfr. il *considerandum* n. 4 del Regolamento n. 1346/2000 cit.

⁷⁹ V. l'art. 2 lett. *b* della Legge Modello. Ai sensi dell'art. 16 co. 3 della stessa, «[i]n absence of proof to the contrary, the debtor's registered office, or habitual residence in the case of an individual, is presumed to be the centre of the debtor's main interests».

⁸⁰ Cfr. l'art. 3 co. 1 del Regolamento n. 1346/2000 cit.

⁸¹ Al riguardo, ai sensi del *considerandum* n. 13 al Regolamento n. 1346/2000 cit., il luogo degli interessi principali del debitore viene fatto coincidere con «il luogo in cui il debitore esercita in modo abituale, e pertanto riconoscibile dai terzi, la gestione dei suoi interessi».

concorsuale mira pertanto a che il debitore, attraverso i requisiti di pubblicità previsti nello Stato di costituzione, internalizzi il rischio dell'insolvenza ed i creditori, al momento della negoziazione con l'impresa, risultino in grado di determinare l'entità del relativo rischio.⁸²

I profili critici al riguardo sono di due tipi. Anzitutto, la soluzione dell'*home country* trascura le capacità di mobilità dei capitali delle quali attualmente godono le imprese e che potrebbero manifestarsi in modo vistoso nei momenti immediatamente precedenti l'apertura della procedura. In un contesto di integrazione economica con capacità di mobilità quasi illimitate, il debitore può, dismettendo rami d'azienda o trasferendo la propria sede, mutare *home country* a fini meramente elusivi, chiedendo così di essere dichiarato fallito nell'ordinamento che ritiene più vantaggioso. Peraltro, essendo la cognizione del giudice limitata alla situazione di fatto emergente dagli atti al momento del deposito della relativa istanza, è precluso ogni sindacato in merito ad eventuali manovre elusive poste in essere dall'impresa in un momento immediatamente precedente.⁸³

Secondariamente, i regimi sopra citati sono stati pensati avendo in mente l'impresa quale soggetto unitario che possiede beni in diversi ordinamenti. Ed infatti, mentre la procedura principale può essere instaurata nello Stato dell'*home country* del debitore, la procedura secondaria può essere attivata solo dinanzi ai giudici dello Stato nel quale il fallendo possiede una «dipendenza» (*establishment*), cioè una presenza non transitoria caratterizzata dall'esistenza di mezzi umani e di beni,⁸⁴ mentre non si esclude uno spazio residuo ai giudici dello Stato nel quale il debitore possiede soltanto dei beni, i quali potrebbero ad esempio, nello schema della Legge

⁸² In questo senso M. VIRGÒS, E. SCHMIT, *Report on the convention on Insolvency Proceedings*, prima pubblicato *sub doc.* Cons. n. 6500/96/EN e ora, aggiornato al Regolamento, in G. MOSS (ed.), *The EC Regulation on Insolvency Proceedings: A Commentary and Annotated Guide*, Oxford, 2003.

⁸³ Per un'esposizione dei problemi riguardanti la scelta di un foro nei momenti immediatamente precedenti l'apertura della procedura d'insolvenza v. J.L. WESTBROOK, *Choice of Avoidance Law in Global Insolvencies*, in 17 *Brooklyn Journ. Int'l Law*, 1991, p. 499 ss., p. 519 ss.

⁸⁴ Per le definizioni di *establishment* nella Legge Modello e nel Regolamento comunitario, peraltro pressoché identiche, v. rispettivamente l'art. 2 lett. *f* e l'art. 2 lett. *b*; per la competenza dei giudici dello Stato della dipendenza v., invece, l'art. 17 co. 2 lett. *b* della Legge Modello e l'art. 3 co. 2 del Regolamento. Al riguardo, v. G.U. TEDESCHI, *Procedura principale e procedure secondarie nel Regolamento comunitario sulle procedure d'insolvenza*, in *Dir. fall.*, 2003, p. 540 ss.

Modello, aprire una procedura «concorrente» limitata ai beni ivi presenti.⁸⁵ In questo modo, *COMI, establishment* e beni particolari rappresentano tre dimensioni di un unico, preciso modello di debitore transnazionale insolvente.

Questa soluzione trascura il fenomeno dei gruppi multinazionali di società.⁸⁶ Infatti, l'impresa multinazionale è formata da una rete di soggetti giuridicamente autonomi, ciascuno con un proprio patrimonio e una propria attività, che non possono riportarsi, nella loro globalità, né alla nozione di *establishment*, né tantomeno alla nozione di *COMI*.⁸⁷ Anzi, alla realtà dell'impresa multinazionale mal si attagliano concetti (come quello di *home country*) basati su un legame con un territorio determinato che l'impresa multinazionale non possiede, ovvero sull'elemento della riconoscibilità da parte dei terzi, difficilmente tracciabile in un sistema di reti di imprese nell'ambito del quale, sempre più spesso, il rischio contrattuale assunto dal creditore si basa proprio sulla percezione dell'appartenenza del debitore ad un gruppo di società. Inoltre, non può trascurarsi che, nella dinamica fattuale che la caratterizza, l'impresa multinazionale possiede una tale duttilità, in termini di trasferimento infragruppo sia dei rami d'azienda, sia del controllo di vertice, che le risulta molto facile far transitare l'asse strategico d'impresa da un ordinamento all'altro, rendendo vana la possibilità di individuare *a priori* un centro d'interesse univoco.⁸⁸

⁸⁵ V. l'art. 28 della Legge Modello.

⁸⁶ A rilevare il problema è la dottrina dominante: P. DE CESARI, *Il regolamento comunitario n. 1346/2000 del 29 maggio 2000 relativo alle procedure d'insolvenza. Aspetti generali*, in P. DE CESARI, G. MONTELLA, *Le procedure di insolvenza nella nuova disciplina comunitaria. Commentario articolo per articolo del Regolamento CE n. 1346/2000*, Milano, 2004, p. 73 ss., che a p. 74 definisce la mancanza di previsioni in materia di gruppi un problema «davvero grave»; D. SANTOSUOSSO, *L'insolvenza nei gruppi transfrontalieri tra diritto comunitario e diritto interno*, in *Dir. fall.*, 2003, p. 663 ss.

⁸⁷ In questo senso P. DE CESARI, *Il regolamento cit.*, p. 74; *contra* D. SANTOSUOSSO, *L'insolvenza nei gruppi transfrontalieri cit.*, p. 667 s.; V. MARQUETTE, *Les procédures d'insolvabilité extracommunautaires*, in *Journ. dr. int.*, 2006, p. 511 ss., p. 537 s.

⁸⁸ Al fine di trovare tutela, soprattutto a scopi riorganizzativi, presso un determinato giudice, l'impresa multinazionale può, in vista del fallimento, trasferire tutti i suoi beni ad una sussidiaria o in una *holding* in quello Stato, ovvero aprirvi un ufficio direttivo o un centro operativo o la sede del controllo, ovvero, ancora, vendere il ramo d'azienda attivo in un certo Paese e mantenere, nel suddetto Stato, unicamente la società *holding* del gruppo. Le ipotesi sono elencate, in via non esaustiva, da L.M. LOPUCKI, *Global and Out of Control?*, in *79 Am. Bankr. Law Journ.*, 2005, p. 79 ss., p. 100, il quale osserva che «the multinational's center of assets and operations can be changed – without moving any assets or operations».

A tal proposito, è stato affermato che il numero dei casi di trasferimento elusivo dell'impresa prima del fallimento sarebbe estremamente ridotto, dati i costi non proprio irrilevanti di tali manovre.⁸⁹ L'osservazione, tuttavia, è priva di pregio, ove si consideri che la mobilità dell'impresa multinazionale in *default* non rappresenta per la stessa un mero costo, per quanto gravoso nelle ipotesi più estreme, ma anzi costituisce un potenziale beneficio, perché le consente di sottrarsi alle pretese di determinati creditori e, da ultimo, di distribuire soltanto su alcuni di essi le esternalità prodotte dallo stato d'insolvenza.⁹⁰ Il costo del *forum shopping* dell'impresa insolvente viene infatti gestito in prima battuta attraverso gli espedienti processuali messi a disposizione del fallito dall'ordinamento al fine di bloccare le azioni esecutive di questo o di quel creditore all'estero. Pertanto, nel lungo periodo sono i creditori dell'impresa che subiscono, soprattutto in caso di *voluntary petitions*, le esternalità negative prodotte dalla scelta di un determinato ordinamento come sede privilegiata della liquidazione o della riorganizzazione dell'impresa.

6.3.2. La vicenda di Yukos. – In punto di *regulatory arbitrage* in materia fallimentare, può rivelarsi utile prendere in esame la vicenda della russa Yukos Oil Company.

Erede del vecchio colosso sovietico monopolista nel settore petrolifero, la società si è trasformata, nel corso degli anni Novanta, in una multinazionale con oltre 600 sussidiarie in tutto il mondo.⁹¹ Il suo patron, il miliardario

⁸⁹ Secondo S.L. BUFFORD, *Global Venue Controls* cit., p. 138, «the economic and legal consequences of such actions far exceed the impact on a bankruptcy court's determination of the COMI of the corporate group. Buying or selling a major part of the business makes a fundamental change in the nature of the business, and has major (sometimes prohibitive) tax consequences as well».

⁹⁰ Come evidenzia correttamente L.M. LOPUCKI, *Courting Failure. How Competition for Big Cases Is Corrupting the Bankruptcy Courts*, Ann Arbor (Mich.), 2005, p. 193 ss., le procedure concorsuali aperte in paradisi fiscali, come le Cayman Island o le Bermuda, rappresentano un costo per i creditori stranieri, in quanto non esistono norme in materia di pubblicità e, pertanto, le procedure stesse sono destinate a rimanere segrete. Se poi si considera che delle 13.000 società costituite nell'ordinamento delle Bermuda, soltanto 400 svolgono lì i loro affari, può aversi un'idea delle conseguenze negative che l'apertura di una procedura segreta nei confronti della capogruppo di un'impresa multinazionale potrebbe comportare in termini di solvibilità dell'intero gruppo e, soprattutto, di esternalità a svantaggio dei creditori delle sussidiarie.

⁹¹ Sulle modalità con le quali Khodorkovsky riuscì ad ottenere il controllo di Yukos, attraverso la banca da lui fondata (Menatep) v. R. CUNNINGHAM, *Corporate Governance and Foreign Investment Nightmares in Russia: A Case Study of Unified Energy Systems*, in 42 *Virginia Journ. Int'l Law*, 2002,

russo Mikhail Khodorkovsky, è stato incriminato dalle autorità russe nell'autunno del 2003 per frode ed evasione fiscale.⁹² Le indagini hanno coinvolto tutte le società del gruppo, i cui beni sono stati prontamente congelati, anche all'estero, su richiesta del governo russo.⁹³ Nella primavera del 2004 il Ministero delle Finanze russo presentava a Yukos una serie di ordini di pagamento, per importi dovuti al fisco e mai pagati dalla società, complessivamente valutati in 27,5 miliardi di dollari.⁹⁴

Tali episodi portarono ad un progressivo depauperamento delle risorse finanziarie del gruppo, il quale in poco tempo fu privato della possibilità di continuare i propri affari e si trovò in uno stato di *default*. Il 19 novembre 2004, il Ministero della Giustizia di Mosca annunciò, per il mese successivo, la messa all'asta del 76,79% del capitale sociale di Yuganskneftegaz (YNG), una società interamente controllata da Yukos che gestisce il 60% della produzione del gruppo.

Non potendo sperare in un esito positivo della vicenda nelle aule dei tribunali russi,⁹⁵ i dirigenti del gruppo iniziarono una serie di azioni all'estero, volte a bloccare la messa all'asta di YNG ed a guadagnare tempo al fine di riorganizzare il gruppo. Una prima azione fu portata dinanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo, in virtù del Primo Protocollo alla

p. 889 ss., p. 891; S.C. CAREY, *What Do the Recent Events Involving Yukos Oil Company Tell Us About Legal Institution for Transition Economies?*, in 18 *Trans'n'l Lawyer*, 2004/2005, p. 5 ss. Per dare un'idea delle dimensioni di Yukos, è sufficiente citare qualche dato: oltre 600 società sussidiarie, di cui 200 attive; una produzione media giornaliera di oltre 1,6 milioni di barili nel 2003; 2 miliardi di dollari di dividendi distribuiti nello stesso anno e 18 miliardi di dollari di patrimonio complessivo. V. il sito internet di Yukos: <www.yukos.com/About_us/yukos_at_a_glance.asp> rispettivamente alle sezioni "production" e "corporate governance".

⁹² Sull'arresto e sulle sue conseguenze sul valore di mercato delle azioni della Yukos v. *Investigation of Oil Tycoon Seen as Test for Russia*, in *Broward Daily Bus. Rev.*, 25 luglio 2003, p. 13. Le accuse mosse nei confronti di Lebedev riguardavano un'asta tenutasi nel 1994 in relazione a una società produttrice di fertilizzanti, la Apatit. In relazione a tali accuse, nel 2005 Khodorkovsky sarà condannato da un tribunale moscovita a dieci anni di reclusione.

⁹³ Nel marzo 2004, le autorità svizzere, a seguito di una espressa richiesta da parte dei pubblici ministeri russi, procedettero infatti al congelamento di circa 4,8 miliardi di dollari, depositati in cinque diverse banche svizzere e riconducibili a venti persone legate al gruppo Yukos, tra cui Khodorkovsky e Lebedev: v. A. JACK, H. SIMONIAN, *Prosecutors Claim \$5bn of Yukos Assets Frozen*, in *Fin. Times*, 12 marzo 2004, p. 19, col. 1; S.B. GLASSER, *Russia Says Imprisoned Tycoon's Swiss Assets Are Frozen*, in *Wash. Post*, 12 marzo 2004, A18, col. 1.

⁹⁴ Compresa questa cifra, al 14 dicembre 2004 la società dichiarava debiti per 30 miliardi di dollari, a fronte di un patrimonio totale pari a 12 miliardi.

⁹⁵ Per un quadro non edificante dello stato di corruzione delle *Arbitrazh Courts* v. E.S. BURGEM, *Corruption in the Russian Arbitrazh Courts: Will There Be Significant Progress in the Near Term?*, in 38 *Int'l Lawyer*, 2004, p. 15 ss., spec. p. 22 ss.

Convenzione.⁹⁶ La seconda azione, ben più incisiva, fu instaurata il 14 dicembre 2004, quando il consiglio d'amministrazione di Yukos, a Mosca, deliberò la messa in fallimento della società ed incaricò i propri legali del deposito di una *voluntary petition* dinanzi alla Bankruptcy Court di Houston.⁹⁷ Nella medesima istanza, i legali chiesero altresì alla Corte di emettere un *temporary restraining order* nei confronti del Governo della Federazione russa a protezione della massa fallimentare. Il 16 dicembre, la Bankruptcy Court di Houston aderiva alla prospettazione della debitrice, dichiarandone il fallimento e facendo divieto alle società interessate all'asta (principalmente la monopolista Gazpromneft, altre due candidate e le maggiori banche straniere destinate a finanziare l'operazione, tra cui Deutsche Bank, BNP Paribas e JP Morgan, nonché «those persons in active concert or participation with them») di parteciparvi.⁹⁸

L'asta si tenne alla data prevista, nonostante l'ingiunzione. Tuttavia, quest'ultima sembrò aver sortito l'effetto sperato dai legali di Yukos, perché Gazprom all'ultimo momento rinunciò all'offerta e al termine della gara risultò vincitrice una società sconosciuta, che poi si scoprì essere una sussidiaria di Gazprom medesima.⁹⁹ Su richiesta di Deutsche Bank,¹⁰⁰ in data

⁹⁶ Per il mantenimento della propria posizione nel procedimento dinanzi alla Corte, è essenziale per Yukos sottrarsi al fallimento in Russia: è evidente, infatti, che se l'amministrazione della società venisse assunta da un commissario straordinario di nomina governativa, non vi sarebbe più alcuna opportunità per proseguire una causa contro ...lo stesso soggetto! Per la prospettazione di tale conseguenza v. i rilievi dell'esperto Prof. Peter Maggs, riportati nella sentenza della Corte di Houston del 24 febbraio 2005, *In re Yukos Oil Co.*, 321 B.R. 396, 404 (Bankr. D. Tex. 2005).

⁹⁷ *In re Yukos Oil Co.*, 321 B.R. 396 (Bankr. D. Tex. 2005). Può essere interessante rilevare che secondo la legge federale il deposito dell'istanza di fallimento dà luogo ad una condizione processuale denominata *automatic stay*, grazie alla quale tutte le azioni esecutive promosse dai creditori risultano sospese. Garanzia posta a tutela sia del debitore, che può così sottrarsi temporaneamente alla pressione dei creditori, sia dei creditori stessi, cui viene assicurata la *par condicio* (cfr. i lavori preparatori del Bankruptcy Code: H. Rept. no. 95-595 e H.R. 8200, 95th Cong., 1st Sess. (1977) p. 340), l'*automatic stay* non è permanente, ma può essere revocato dal giudice in base a disposizioni specifiche. V. in generale R. KENNEDY, *The Automatic Stay in Bankruptcy*, in 11 *Univ. Michigan Journ. Law Reform*, 1978, p. 177 ss. Questa condizione ha riguardato dunque Yukos Oil Co. dal momento dell'apertura della procedura dinanzi alla Corte di Houston.

⁹⁸ *Yukos Oil Co. v. Russian Federation (In re Yukos Oil Co.)*, 320 B.R. 130 (Bankr. D. Tex., 2004).

⁹⁹ La società aggiudicatrice, Baikalfinance, risultava domiciliata in un ufficio della Gazprom; inoltre, qualche giorno dopo l'asta, Baikal fu acquistata dalla Rosneft, una compagnia pubblica destinata a sua volta ad essere fusa nel colosso Gazpromneft. Secondo alcuni analisti finanziari, Baikal darebbe dunque soltanto una società di facciata, dietro la quale si celerebbero Gazpromneft – soggetta all'ingiunzione della Corte di Houston – e, da ultimo, il Governo russo, intenzionato a nazionalizzare i settori produttivi della Yukos. L'amministratore della Yukos ha pubblicamente

24 febbraio 2005, la Bankruptcy Court di Houston, facendo leva sull'insieme delle circostanze del caso ai sensi della *Section 1112(b)* del *Bankruptcy Code* statunitense, pronunciava sentenza di *dismiss the case*.¹⁰¹

La vicenda di Yukos è indubbiamente molto interessante perché mette in luce le modalità attraverso le quali si realizza, concretamente, la concorrenza tra ordinamenti nel settore concorsuale. In questo caso, l'ordinamento statunitense risultava particolarmente appetibile per il fallimento di Yukos almeno per tre ragioni: la natura sofisticata del procedimento di *reorganization* previsto dal *Bankruptcy Code*;¹⁰² la possibilità di godere di un'ordinanza cautelare incisiva nei confronti delle banche coinvolte nello smembramento della debitrice in Russia; infine, il carattere politico che avrebbe rivestito l'intera vicenda, alla luce anche del vertice di Praga tra il presidente russo Putin e quello americano Bush, destinato ad essere celebrato proprio nel corso del procedimento in esame.

Uno degli elementi che rendono l'episodio interessante ai fini del presente lavoro è rappresentato dalla duttilità con la quale Yukos è riuscita a instaurare il procedimento dinanzi alla Corte texana, semplicemente trasferendo in una banca di Houston un'ingente somma di denaro. Secondo l'ordinamento statunitense, infatti, affinché una società straniera possa qualificarsi come *debtor* ai sensi del *Bankruptcy Code*, dunque considerarsi soggetta a procedura di *reorganization* negli Stati Uniti, è sufficiente che essa

dichiarato la propria intenzione di rivolgere azioni giudiziarie per 20 miliardi di dollari di danni contro le società coinvolte nello smantellamento della Yukos e della YNG (cfr. *Yukos CEO: Finalizing New Strategies After Yugansk Sale*, in *Dow Jones Int'l News*, 1° febbraio 2005).

¹⁰⁰ Cfr. *Deutsche Bank AG's Motion to Dismiss Chapter 11 Bankruptcy Case*, p. 9–19, *Yukos Oil Co. v. Russian Federation (In re Yukos Oil Co.)* 320 B.R. 130 (Bankr. S.D. Tex. 2004) (No. 04-47742, Adv. No. 04-3952).

¹⁰¹ *In re Yukos Oil Co.*, 321 B.R. 396, 410. La sentenza è pubblicata in *Dir. comm. int.*, 2005, p. 151 ss. In essa, il Giudice ha semplicemente applicato l'art. 1112(b) del *Bankruptcy Code*, che legittima la dismissione del caso *for cause*, cioè per una ragione determinata dalla legge; la Corte non ha tuttavia fatto ricorso a una delle cause previste espressamente nell'elenco di cui all'art. 1112(b), ma ha fatto riferimento ai lavori preparatori del *Bankruptcy Code* [H. Rep. 595, 95th Cong., 1st Sess. 406 (1977)], secondo i quali l'elenco *de quo* non avrebbe valore tassativo: le circostanze del caso, complessivamente considerate, hanno pertanto legittimato l'accoglimento dell'istanza di Deutsche Bank. V. comunque la mia nota, *Yukos: la Corte di Houston rifiuta di trattare il caso*, *ivi*, p. 164 ss.

¹⁰² Sulla competitività dell'ordinamento statunitense dal punto di vista del regime di *reorganization* previsto dal *Bankruptcy Code* fanno leva, con riguardo al settore delle linee aeree, N. LABOVITZ, J.I. BASIL, *It's a Small World After All: A Survey of Recent Developments in US Bankruptcy Law and Their Potential Multinational Impact*, in *7 Bus. Law Int'l*, 2006, p. 39 ss., pp. 40-43.

possieda «beni» nel territorio federale.¹⁰³ Anzi, la competenza in materia fallimentare non può essere esclusa dalla ridotta quantità di beni sul territorio federale, essendo sufficiente l'esistenza di un conto corrente bancario di pochi dollari.¹⁰⁴ Sul punto, la Corte di Houston ha pertanto ritenuto sussistente la propria giurisdizione, proprio in virtù del criterio di collegamento testé evidenziato,¹⁰⁵ sicché, secondo la stessa, «debtor maintains significant assets in the Southern District of Texas, and [...] debtor has standing to be a debtor under Chapter 11 of the Bankruptcy Code. [...] The Court concludes that the instant case was properly commenced».¹⁰⁶

Una volta affermata la giurisdizione delle corti statunitensi, la procedura concorsuale è idonea ad estendersi a tutti i beni del debitore *wherever*

¹⁰³ Nei casi *GMAM Investment Funds Trust I v. Globo Comunicacoes E Participacoes S.A.* (*In re Globo Comunicacoes E Participacoes S.A.*), 317 B.R. 235 (D.N.Y., 2004) e *In re Aerovias Nacionales de Colombia S.A. Avianca*, 303 B.R. 1 (Bankr. D.N.Y., 2003), la Corte distrettuale di New York ha affermato che «there is virtually no formal barrier» per l'esercizio della giurisdizione da parte delle *Bankruptcy Courts* rispetto a debitori stranieri. Secondo la decisione relativa alla causa *In re Global Ocean Carriers Ltd*, 251 B.R. 31 (Bankr. D. Del., 2000), «to file a bankruptcy petition, debtors must have property in the United States at the time they actually file their bankruptcy petition».

¹⁰⁴ Cfr. la pronuncia *In re Global Ocean Carriers Ltd*, 251 B.R. 31, 39 (Bankr. D. Del. 2000), secondo la quale «bank accounts constitute property in the United States for purposes of eligibility under section 109 of the Bankruptcy Code, regardless of how much money was actually in them on the petition date»; v. anche *In re Maxwell Commc'n Corp.*, 186 B.R. 807, 818 (S.D.N.Y. 1995) *aff'd*, 93 F.3d 1036 (2d Cir. 1996); *Bank of Am., N.T. v. World of English, N.V.*, 23 B.R. 1015, 1022 (Bankr. N.D. Ga. 1982), che prese in considerazione il caso *In re San Antonio Land & Irrigation Co.*, 228 F. 984 (S.D.N.Y. 1916), secondo il quale un conto bancario di 8,06 dollari in New York deve considerarsi *property* ai sensi del Bankruptcy Code; *In re Iglesias*, 226 B.R. 721, 722–23 (Bankr. S.D. Fla. 1998), concernente un debitore il cui patrimonio era costituito esclusivamente da un conto bancario di 522 dollari. Si consideri, infine, che «[i]n many other provisions of the statute the word “property” will be found; and it is apparent that Congress intended that the United States courts should deal with and administer the estates of bankrupts if property existed and was found within our borders. Starting with this premise, it logically follows that Congress did not mean to exclude from the operation of the act those persons who are aliens, whether living here or abroad, who have property within the United States» (*In re Berthoud*, 231 F. 529, 532 (S.D.N.Y. 1916), citato in *In re Axona Int'l Credit & Commerce Ltd.*, 88 B.R. 597, 614 (Bankr. S.D.N.Y. 1988).

¹⁰⁵ La Corte ha altresì riconosciuto la propria giurisdizione in virtù di diversi criteri di collegamento, quali la nazionalità statunitense dell'amministratore delegato, la titolarità in capo alla società di alcuni conti bancari nel territorio degli Stati Uniti – si trattava, per la verità, di un conto bancario intestato non a Yukos Oil Co, bensì a Yukos USA, una società costituita proprio il giorno precedente al deposito della *voluntary petition* dinanzi alla Corte di Houston (*Yukos Oil Co. v. Russian Federation*, 320 B.R. 130, 132) – e, infine, l'appartenenza di una sostanziosa quota del capitale sociale di Yukos (oltre il 15%) a investitori istituzionali statunitensi.

¹⁰⁶ *Yukos Oil Co. v. Russian Federation*, 320 B.R. 130, 132.

located.¹⁰⁷ Ciò spiega dunque, nel caso di specie, sia la *ratio* dell'ordinanza cautelare emessa dalla Corte di Houston, sia la prosecuzione della procedura di riorganizzazione, fino alla sua dismissal.

È dunque sul principio di universalità che si basa la fase di *reorganization* prevista dal *Bankruptcy Code* statunitense. Nel caso Yukos, il Giudice ha dichiarato estinto il procedimento prima che fosse iniziata la riorganizzazione dell'impresa. Tuttavia, ove per qualsivoglia ragione una dismissal della procedura non sia possibile, è chiaro che un'applicazione spregiudicata di tale principio è destinata a produrre effetti perversi sul sistema, proprio in conseguenza del regime di concorrenza tra ordinamenti in essere nello scenario globale: società senza alcun contatto con un determinato foro potrebbero eludere le ragioni dei creditori semplicemente trasferendo i beni in uno Stato in funzione delle regole di priorità¹⁰⁸ o del regime di amministrazione della massa,¹⁰⁹ ovvero sottrarsi alle pretese di taluni creditori, come l'amministrazione tributaria, difficilmente eludibili

¹⁰⁷ In base alla Sec. 541 del Bankruptcy Code, «the commencement of a case ... creates an estate», la quale «is comprised of all the following property, wherever located and by whomsoever held...». Per *commencement of a case* deve intendersi quanto precisato nella Sec. 301, ai sensi della quale «a voluntary case under a chapter of this title is commenced by the filing with the bankruptcy court of a petition under such chapter by an entity that may be a debtor under such chapter». Affinché tutte le proprietà del debitore passino automaticamente a disposizione del fallimento, è sufficiente che sia depositata istanza di fallimento da parte di un soggetto qualificabile come *debtor*. La Corte federale dinanzi alla quale il procedimento è iniziato o pendente «shall have exclusive jurisdiction of all of the property, wherever located, of the debtor as of the commencement of such case, and of property of the estate» [28 U.S.C. § 1334 (e)].

¹⁰⁸ Così è avvenuto nel caso *In re Treco*, 240 F. 3d 148 (2nd Cir. 2001), menzionato da L.M. LOPUCKI, *Global and Out of Control?* cit., p. 85. Si trattava di una società, Meridian International Bank Ltd, che aveva depositato un'istanza di fallimento alle Bahamas e che deteneva presso un conto bancario una cospicua somma di denaro. Il Fallimento richiese alla Bank of New York il trasferimento di quella somma a favore della procedura, ma la società vi si oppose, perché ai sensi della disciplina fallimentare delle Bahamas le spese amministrative hanno la priorità anche sui crediti garantiti e dunque, attese le notevoli spese di procedura, la Banca avrebbe perso la totalità del proprio credito. Al termine di una complessa vicenda giudiziaria, la District Court di New York stabilì che non sussisteva alcun obbligo di cooperazione con il Fallimento e che dunque la New York Bank non sarebbe stata tenuta a conferire il denaro al debitore.

¹⁰⁹ Rilevante è in questo senso l'esempio della ICO Global Communication, gigante della telefonia satellitare. La capogruppo si trovava in Inghilterra e controllava alcune sussidiarie in altri Stati. L'amministratore della capogruppo inglese riuscì a far approvare un piano di riorganizzazione delle sussidiarie da parte delle corti fallimentari del Delaware, delle Bermuda e delle Cayman, escludendo così dal fallimento i giudici inglesi. L'ordinamento inglese, infatti, non consente all'amministratore di rimanere alla guida dell'ente, ma gli impone di dimettersi per cedere l'incarico ad un curatore nominato dal tribunale. L'intero gruppo fu dunque ristrutturato ed i relativi provvedimenti sono stati riconosciuti in Inghilterra, anche se la capogruppo non è stata compresa nell'operazione. La vicenda è esposta da L.M. LOPUCKI, *Courting Failure*, cit., p. 197 s.

una volta aperta la procedura. In queste ipotesi, viene meno la *ratio* stessa della procedura concorsuale, cioè la distribuzione dei costi sociali dell'insolvenza su tutti i creditori: il contesto di *regulatory competition* in materia fallimentare – per il quale autorevole dottrina parla di *court competition* – favorisce in tal modo la discriminazione tra i creditori collocati nei diversi Stati e, nel lungo periodo, pregiudica l'allocazione efficiente delle risorse dell'intero sistema globale.

6.3.3. Due casi europei: ISA Daisytek ed Eurofood. – Una palese manifestazione dell'inadeguatezza del concetto di *COMI* nello stabilire la competenza giurisdizionale in materia di fallimento di imprese multinazionali è rappresentata da due casi che hanno coinvolto la giurisprudenza europea. Il contesto fattuale nel quale essi si collocano è quello di imprese multinazionali operanti attraverso società controllate all'estero; il quadro normativo è quello del Regolamento n. 1346/2000, cui *supra* si è fatto cenno.¹¹⁰ Il problema che i giudici europei si sono trovati a dover affrontare concerne il fallimento dell'impresa capogruppo e l'attrazione della sussidiaria estera nella giurisdizione della prima, attraverso la teorizzazione di una coincidenza tra il *COMI* delle due società ai sensi dell'art. 3 del Regolamento. Sul punto, peraltro, la giurisprudenza italiana ha stabilito in maniera piuttosto ferma che il centro degli interessi della società partecipata, ai fini della competenza ad aprire la relativa procedura, debba collocarsi nel luogo della sede della partecipante.¹¹¹

¹¹⁰ V. *supra* § 6.3.1.

¹¹¹ In tal senso v. Trib. Roma, 26 novembre 2003, in *Foro it.*, 2004, I, c. 1567 ss., relativa al caso della Cirio Finance Luxembourg S.A., controllata al 95% da Cirio Finanziaria S.p.A., secondo il quale il centro degli interessi principali della prima società deve considerarsi situato in Italia, dal momento che qui «vi è il centro strategico e direzionale delle scelte di impresa, che gli amministratori sono cittadini italiani che operano in Italia, che la gestione del gruppo è unitariamente individuata in Italia» (*ivi*, c. 1578). V. soprattutto Trib. Parma, 20 febbraio 2004, *ivi*, riguardante il caso Eurofood commentato oltre, nel testo. In quest'ultimo procedimento, il Tribunale ha affermato che il centro degli interessi di Eurofood fosse localizzato in Italia, dal momento che gli amministratori esecutivi della società medesima operavano direttamente dalla sede del socio unico Parmalat S.p.A. e che Eurofood non possiede in Irlanda né impiegati, né una sede fisica; inoltre, il collegio ha giustamente rilevato che, dal momento che tutte le operazioni di Eurofood erano poste in essere con la garanzia piena della controllante, «i terzi che contrattavano con Eurofood non potevano non riconoscere, dietro il suo fragile schermo societario, il vero soggetto giuridico ed economico con cui stavano negoziando e su cui facevano affidamento sotto il profilo economico», e ancora «nessun avveduto investitore istituzionale si sarebbe mai reso titolare di obbligazioni emesse da una 'scatola vuota', priva di *assets* e di possibili garanzie patrimoniali»

Nel caso del gruppo ISA Daisytek, anzitutto, veniva in rilievo il fallimento di quattordici società, dichiarato nella primavera del 2003 dalla Corte di Leeds, in Gran Bretagna. Alcune di queste società risultavano costituite ed operanti in Germania e in Francia, ma il giudice adito, in considerazione del fatto che ogni operazione commerciale rilevante doveva essere approvata dalla *holding* di Bradford, ritenne che il COMI dell'intero gruppo fosse situato in Inghilterra.¹¹² Due mesi più tardi, l'amministratore della sussidiaria francese ISA Daisytek S.a.s. depositava istanza per *redressement judiciaire* dinanzi al *Tribunal de Commerce* di Pontoise, che apriva una procedura principale a carico della stessa società.¹¹³ Il giudice francese ritenne che la Corte di Leeds avesse errato nel situare il COMI della società a Bradford, dal momento che, invece, avrebbe dovuto essere applicato il richiamo alla sede statutaria di cui all'art. 3 co. 1 del Regolamento. La Corte d'Appello di Versailles, adita per giudicare sull'impugnazione della predetta decisione, è stata di diverso avviso. Con la sentenza resa in data 4 settembre 2003, la Corte annullava la sentenza di primo grado e riconosceva la procedura aperta in Gran Bretagna.¹¹⁴

Anche i tribunali tedeschi si comportarono allo stesso modo. Pochi giorni dopo la dichiarazione di fallimento a Leeds, gli amministratori delle controllate in Germania presentarono istanza di fallimento al Tribunale di Düsseldorf. Quest'ultimo, ignorando il già avvenuto coinvolgimento dei giudici inglesi, proseguiva nella procedura, finché, giunto a conoscenza del fallimento in Gran Bretagna, dichiarò che il Regolamento comunitario non poteva applicarsi perché la decisione emessa a Leeds non gli era nota (*sic!*) e che, comunque, avrebbero dovuto applicarsi le disposizioni della legge interna tedesca.¹¹⁵ La Corte distrettuale annullò tale decisione, rimettendo la causa al giudice di prime cure che, questa volta, convertì le procedure aperte in via principale in procedure secondarie.

(*ivi*, c. 1576). Conformi all'orientamento menzionato risultano anche alcune pronunce delle Sezioni Unite in sede di regolamento di giurisdizione: Cass., Sez. Un., 28 gennaio 2005 n. 1734; Id., 6 luglio 2005 n. 14196, in *Int'l Lis*, 2006, p. 5; Id., 20 maggio 2005 n. 10606, *ivi*, p. 9.

¹¹² *In re Daisytek-ISA Ltd.*, [2003] B.C.C. 562 (16 May 2003).

¹¹³ Tribunal de Commerce de Serigny Pontoise, 26 maggio 2003.

¹¹⁴ Cour d'Appel de Versailles, 4 settembre 2003, in *Recueil Dalloz*, 2003, p. 2352 ss.

¹¹⁵ AG Düsseldorf, 6 giugno 2003 (502 IN 126/03), in *ZIP*, 2003, p. 1363.

Una seconda vicenda, che vale la pena di menzionare, riguarda Eurofood Ifsc Ltd., società irlandese facente parte del gruppo Parmalat. A seguito del *crac* dell'intero gruppo,¹¹⁶ in data 27 gennaio 2004, la High Court di Dublino nominava per Eurofood, su istanza della creditrice Bank of America, un *provisional liquidator*; il successivo 9 febbraio, il Ministero italiano delle Attività Produttive incaricava a sua volta un commissario straordinario e il 20 febbraio 2004 il Tribunale di Parma dichiarava la società insolvente.¹¹⁷ L'impugnazione proposta dal *liquidator* e da Bank of America contro il provvedimento del Ministero veniva poi rigettata dal TAR del Lazio in data 16 luglio 2004, secondo il quale in Irlanda non sarebbe mai stata aperta alcuna procedura destinata a prevalere, in virtù del principio di prevenzione, su quella italiana ai sensi dell'art. 16 del Regolamento n. 1346/2000.¹¹⁸ Da parte loro, i giudici irlandesi dichiararono Eurofood insolvente con sentenza del 23 marzo 2004¹¹⁹ ed il successivo 27 luglio la Corte Suprema irlandese confermò la decisione, negando efficacia alla procedura aperta in Italia¹²⁰ ed anzi formulando una richiesta di rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia CE.¹²¹ Al momento in cui si scrive, risultano pendenti in Irlanda e in Italia due procedimenti d'insolvenza paralleli ed esattamente speculari, nei quali i rispettivi giudici attribuiscono alla propria causa la qualifica di procedura

¹¹⁶ V. *supra* nota 55.

¹¹⁷ Trib. Parma, 20 febbraio 2004, cit. *supra* nota 111.

¹¹⁸ TAR Lazio, 16 luglio 2004 n. 6998, in *Foro it.*, 2004, III, c. 615 ss.

¹¹⁹ *In re Eurofood IFSC Ltd.*, [2004] IEHC 607 (March 23 2004), reperibile su Internet all'indirizzo <<http://www.bailii.org/ie/cases/IEHC/2004/607.html>>.

¹²⁰ *In re Eurofood IFSC Ltd.*, [2004] IESC 45 (July 27 2004), anch'essa reperibile su Internet all'indirizzo <<http://www.bailii.org/ie/cases/IESC/2004/45.html>>.

¹²¹ Causa C-341/04, *Eurofood IFSC Ltd., Enrico Bondi c. Bank of America, Pearse Farrell*. Il giudice *a quo* ha peraltro chiesto alla Corte di determinare i criteri per l'accertamento del COMI ai sensi dell'art. 3 co. 1 del Regolamento, se riferiti alla sede della controllata ovvero della controllante. Nelle sue *Conclusioni* presentate il 27 settembre 2005 (vedine un breve commento in *Int'l Lis*, 2006, p. 11 s.), l'Avvocato Generale Jacobs si è espresso nel senso che la nomina di un liquidatore provvisorio rappresenta apertura di una procedura d'insolvenza principale ai sensi dell'art. 3 co. 1 del Regolamento e che, di conseguenza, nessun altro Stato può aprire una procedura principale, rilevando altresì che se la controllata esercita la propria attività in modo autonomo secondo modalità riconoscibili dai terzi, è nello Stato di sede di quest'ultima che può ritenersi sussistente il COMI (cfr. in particolare i punti 110-124).

principale e ritengono quella dell'altro giudice una procedura secondaria ai sensi del Regolamento.¹²²

La Corte di Giustizia si è pronunciata sul punto in data 2 maggio 2006,¹²³ statuendo che il giudice competente a dichiarare l'apertura della procedura d'insolvenza principale nei confronti della sussidiaria estera è sicuramente quello della sede statutaria di quest'ultima, senza che rilevi (salva l'assenza di qualsivoglia attività nel luogo della sede) il controllo esercitato dalla controllante estera.¹²⁴ Tale soluzione ci sembra conforme alla prassi internazionale in tema di autonomia giuridica della società sussidiaria¹²⁵ e maggiormente protettiva nei confronti dei terzi. Essa appare tuttavia poco rispettosa dello spirito del Regolamento, che – come si è visto più sopra – mira a favorire l'efficienza della procedura concorsuale, piuttosto che, come la sentenza sembra invece intendere, la frammentazione del fallimento del gruppo in procedure diverse. Quest'ultima prospettiva, infatti, trascura vistosamente l'elemento dell'unità (*Einheit*) del gruppo multinazionale di società, che spesso gioca un ruolo determinante per i terzi destinati a contrattare con la sussidiaria. Naturalmente, il rischio opposto – la possibilità di dichiarare fallita nello Stato della capogruppo una società il cui

¹²² La dottrina aveva affrontato il problema dell'esistenza di procedure parallele già nei primi commenti al Regolamento n. 1346/2000. In particolare, si era partiti da due dati normativi. Da una parte, il *considerando* n. 22, ai sensi del quale la decisione che per prima apre la procedura non può essere oggetto di valutazione successiva negli altri Stati membri e, anzi, deve essere riconosciuta automaticamente in virtù dell'art. 17 co. 1; in questo senso, il giudice adito successivamente non può accertare se il precedente ha assunto abusivamente la propria competenza (così L. DANIELE, *Il Regolamento n. 1346/2000 relativo alle procedure di insolvenza: spunti critici*, in P. PICONE (a cura di), *Diritto internazionale privato e diritto comunitario*, Padova, 2004, p. 289 ss., p. 303, anche in nota). Dall'altra, il riconoscimento può essere escluso, a mente dell'art. 26, qualora produca effetti contrari all'ordine pubblico e alla negazione del riconoscimento si può ricondurre l'ipotesi in cui al momento dell'apertura di una procedura principale in un determinato Stato membro risulti pendente, in un altro Stato membro, la fase preliminare volta anch'essa all'apertura di una procedura principale. In quest'ultimo senso v. L. FUMAGALLI, *Il regolamento comunitario sulle procedure di insolvenza: competenza internazionale, legge applicabile e riconoscimento delle decisioni straniere*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, p. 677 ss., p. 704, nota 68. V. anche PERSANO, *Il caso Eurofood, ovvero la contestuale apertura di due procedure principali di insolvenza nello spazio giudiziario europeo*, in *Fall.*, 2004, p. 1268 ss.

¹²³ Corte di Giustizia CE, 2 maggio 2006, causa 341/04, *Eurofood IFSC Ltd*, reperibile sul sito Internet della Corte all'indirizzo <www.curia.eu.int>.

¹²⁴ Secondo la Corte, infatti, «quando una società svolge la propria attività sul territorio dello Stato membro in cui ha sede, il fatto che le sue scelte gestionali siano o possano essere controllate da una società madre stabilita in un altro Stato membro non è sufficiente per superare la presunzione stabilita dal regolamento».

¹²⁵ V. *infra* § 6.4.1.

patrimonio e la cui attività sono situati interamente nell'ambito del territorio e dell'economia di un altro Stato – è altrettanto pericoloso. Ma nel caso specifico di Eurofood, si trattava di pronunciarsi in merito al fallimento di una mera «scatola», come si dice in linguaggio societario, composta da null'altro che garanzie patrimoniali e priva sia di sede operativa, sia di autonomia decisionale.

Se si esclude pertanto questa recente presa di posizione della Corte comunitaria, non ci pare di poterci sottrarre all'impressione che, nello scenario attuale delle procedure concorsuali transnazionali, il quadro normativo vigente corrisponda ad una concorrenza tra ordinamenti nelle pieghe della quale l'impresa multinazionale è in grado di inserirsi con estrema facilità. Anzitutto, sembra avere ragione chi, con estremo realismo, ha rilevato che, quando sono in gioco milioni di dollari, è difficile immaginare che i soggetti coinvolti si comportino in buona fede, specialmente ove i criteri di collegamento in materia di giurisdizione non offrano soluzioni certe.¹²⁶ Secondariamente, con riguardo al caso Eurofood, la disputa tra Irlanda ed Italia sull'applicazione del principio di prevenzione, recentemente risolta dalla Corte di Lussemburgo, rappresenta un segnale significativo delle difficoltà di armonizzare un sistema di strumenti cautelari e preventivi del tutto diversi da Stato membro a Stato membro.¹²⁷ Ed è ironico che la società Eurofood, costituita esclusivamente «in un'ottica di un non contestato vantaggio fiscale»¹²⁸ – dunque sfruttando i vantaggi della competizione tra ordinamenti nell'ambito tributario – sia ora oggetto di una «guerra» tra corti, con buona pace della «fiducia reciproca» tra Stati membri sulla quale dovrebbe poggiare l'impianto della legislazione comunitaria del settore.¹²⁹

Quanto poi al caso ISA Daisyteck, ci pare che i goffi interventi dei giudici francesi e tedeschi si possano interpretare non tanto come sintomi dei

¹²⁶ Così, in maniera piuttosto incisiva, L.M. LOPUCKI, *Global and Out of Control?*, cit., p. 81 (e 92): «with billions of dollars of business at stake for bankruptcy professionals, competing courts cannot be counted on to determine fairly and in good faith whether they are the home court of multinationals that choose to file with them».

¹²⁷ Cfr. M. FABIANI, *Gruppi d'impresa ed insolvenza transfrontaliera: spazi residui di «forum shopping» e «law shopping» nella disciplina comunitaria*, in *Int'l Lis*, 2004, p. 95 ss., p. 98.

¹²⁸ Trib. Parma, 20 febbraio 2004 cit., c. 1577.

¹²⁹ Cfr. *considerando* n. 22 del Regolamento comunitario cit. Su questo punto v. M. FABIANI, *Gruppi d'impresa ed insolvenza transfrontaliera* cit., p. 99.

problemi derivanti dal rodaggio di una normativa complessa, bensì come una dimostrazione del fatto che una *court competition* in materia fallimentare è tuttora esistente e che, pertanto, le resistenze ad un riconoscimento automatico del provvedimento straniero di apertura della procedura sono ancora tutt'altro che sopite, nonostante la cooperazione intracomunitaria e le preoccupazioni di efficienza della procedura.

6.4. Impresa multinazionale e *treaty shopping* in materia di investimenti. –

Un terzo settore nel quale il fenomeno della concorrenza tra ordinamenti si manifesta in modo particolarmente vistoso è quello degli investimenti internazionali. Si tratta, com'è noto, di un ambito del diritto internazionale molto vasto, sviluppatosi sin dal XIX secolo e che, con l'emergere della globalizzazione dell'economia, ha raggiunto un'importanza notevole nello scenario della condotta delle imprese multinazionali.¹³⁰

Al riguardo, va anzitutto ricordato che il sistema di protezione internazionale degli investimenti è fondato su una serie di trattati bilaterali e multilaterali e da alcune norme di natura consuetudinaria. L'intero sistema si basa su un principio di discriminazione in virtù dell'origine degli investimenti, nel senso che il presupposto per l'applicazione delle norme in materia è l'origine «straniera» dell'investimento. Dal carattere «straniero» dell'investimento consegue l'attribuzione diretta di alcuni diritti, che possono considerarsi comuni a tutti gli strumenti pattizi e alle regole consuetudinarie in vigore in questo ambito.¹³¹ Di tali diritti gli investitori stranieri godono sin dal momento dell'entrata in vigore del trattato o della norma consuetudinaria; essi risultano pienamente opponibili, da parte dell'investitore, allo Stato cui si applica la relativa norma.¹³²

Per gli operatori economici, le menzionate disposizioni rappresentano strumenti di tutela contro le misure assunte dagli Stati in danno dei loro interessi economici. Chiaramente, avendo tali strumenti un'efficacia diretta a

¹³⁰ V. per tutti, con riguardo alla moltiplicazione delle garanzie a difesa degli investimenti internazionali, l'ottimo articolo di F. HORCHANI, *Le droit international des investissements à l'heure de la mondialisation*, in *Journ. dr. int.*, 2004, p. 367 ss., p. 373 ss.

¹³¹ Sul concetto di investimento «straniero» v. *infra* § 6.4.1.

¹³² In questo senso v. O. SPIERMANN, *Individual Rights, State Interests and the Power to Waive ICSID Jurisdiction under Bilateral Investment Treaties*, in *20 Arb. Int'l*, 2004, p. 179 ss., spec. pp. 183-186.

favore degli investitori, questi ultimi divengono portatori di una funzione di garanzia a livello internazionale, in relazione all'adempimento, da parte degli Stati, degli obblighi assunti in via pattizia o imposti in via consuetudinaria.¹³³ Ciò può avvenire ove ai diritti attribuiti agli investitori si accompagni anche la previsione di un'azione processuale in senso tecnico, in grado di essere instaurata dinanzi ad un organo giudiziario la cui decisione possa imporsi allo Stato convenuto in via del tutto autonoma e senza necessità di ulteriori espressioni di consenso da parte di quest'ultimo.¹³⁴

I benefici conseguenti all'attribuzione di siffatti diritti a favore degli investitori sono evidenti: sotto il profilo giuridico, lo Stato sarà indotto a rispettare gli obblighi assunti con gli altri Stati e con gli investitori stranieri; sotto il profilo economico, questi ultimi saranno di fatto esentati dall'onere di negoziare un contratto specifico o una clausola arbitrale con lo Stato ospite, con notevole risparmio in termini di costi di transazione. Infine, dal punto di vista politico, agli investitori privati è affidata la tutela diretta dei propri interessi economici, nei confronti dei quali lo Stato rinuncia ad intervenire.¹³⁵ Tutto ciò comporta un processo di privatizzazione dei

¹³³ Fanno leva sull'influenza che la protezione internazionale degli investimenti ha avuto ed avrà sulla qualità delle legislazioni nazionali concernenti la proprietà e gli altri interessi economici degli investitori, soprattutto in seno al NAFTA, T.W. WÄLDE, A. KOLO, *Environmental Regulation, Investment Protection and 'Regulatory Taking' in International Law*, in 50 *Int'l & Comp. Law Quart.*, 2001, p. 811 ss., spec. p. 812, 822 s.

¹³⁴ Come rileva T.W. WÄLDE, *Investment Arbitration Under the Energy Charter Treaty. From Dispute Settlement to Treaty Implementation*, in 12 *Arb. Int'l*, 1996, p. 429 ss., p. 445, con riferimento in modo specifico alle clausole che impongono agli Stati contraenti di assoggettarsi, in caso di controversia con gli investitori, a una determinata giurisdizione internazionale, «[i]n instituting such compulsory jurisdiction ... the negotiators/drafters must have – or should have had – in mind the idea of using individuals' complaints as a measure of enforcing the Treaty's law, a though that is familiar to domestic legal systems. [...] here, the individual plaintiff, [...] is seen as an instrument to achieve compliance, albeit motivated mainly by self-interest – the 'invisible hand' uses the self-interested plaintiff to achieve the higher purposes of the law». Nello stesso senso, a favore di un effetto diretto nei confronti dei singoli di talune norme in materia di investimenti, v. P. JUILLARD, *Les conventions bilatérales d'investissement conclues par la France*, in 106 *Journ. dr. int.*, 1979, p. 274 ss., p. 289; v. inoltre, per le medesime conclusioni, B. STERN, *Le consentement à l'arbitrage CIRDI en matière d'investissement international: que disent les travaux préparatoires?*, in AA.VV., *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20ème siècle. A propos de 30 ans de recherche du CREDIMI*, Dijon, 2000, p. 223 ss., p. 240 ss.; G. BURDEAU, *Nouvelles perspectives pour l'arbitrage dans le contentieux économiques intéressant les Etats*, in *Rev. de l'arbitrage*, 1995, p. 1 ss., pp. 17-21.

¹³⁵ Al riguardo, può essere significativo citare il *Chapter XI* del *North American Free Trade Agreement* (NAFTA), che prevede che gli individui possano accedere ad una procedura arbitrale nei confronti dello Stato ritenuto responsabile della violazione di una norma del trattato stesso: cfr.

rapporti commerciali internazionali inerenti gli investimenti, un tempo gestiti dagli Stati quali enti sovrani ed oggi sempre più affidati ai privati, che si ritrovano così investiti di una funzione pubblicistica vera e propria.¹³⁶

Secondariamente, l'impresa multinazionale è protagonista fondamentale di questo scenario.¹³⁷ Ogni legame tra la società controllante e la sussidiaria estera è, infatti, qualificabile come un investimento, che origina dalla prima e si dirige verso la seconda in termini vuoi di partecipazione azionaria, vuoi di assoggettamento contrattuale, vuoi di associazione d'impresa.¹³⁸ Nell'ipotesi più semplice, cioè quella dell'investimento unidirezionale tra due società, controllante e controllata, lo stesso è qualificabile come «straniero» ai fini dell'applicazione *ratione personae* dei relativi strumenti di protezione previsti dal diritto internazionale. In questo senso la partecipante con sede all'estero

in proposito B. LEGUM, *The Innovation of Investor-State Arbitration Under NAFTA*, in 43 *Harvard Int'l Law Journ.*, 2002, p. 531 ss., p. 535.

¹³⁶ Già nel 1967 R. ATKEY, *Foreign Investment Disputes: Access of Private Individuals to International Tribunals*, in 5 *Canada Yearb. Int'l Law*, 1967, p. 229 ss., p. 232 s. notava che il conferimento a soggetti privati del potere di adire tribunali (arbitrali) internazionali contro gli Stati in materia di investimenti risponde a una logica di circolazione della ricchezza, attesa la rapidità della risoluzione delle controversie arbitrali e il mancato coinvolgimento delle strutture diplomatiche degli Stati. Nello stesso senso E. SNYDER, *Foreign Investment Protection: Is Institutional Arbitration an Answer*, in 40 *North Carolina Law Rev.*, 1961/1962, p. 665 ss., p. 666 s.; T.L. BREWER, *International Investment Settlement Procedures: The Evolving Regime for Foreign Direct Investment*, in 26 *Law & Pol'y Int'l Bus.*, 1994/1995, p. 633 ss., p. 635. Secondo accorta dottrina, inoltre, in sede di WTO il tentativo, da parte degli operatori commerciali, di sostenere di fronte ai tribunali interni la diretta efficacia delle norme dell'Organizzazione potrebbe rappresentare un incentivo per gli Stati membri a rispettare con maggiore celerità le decisioni assunte dal *Dispute Settlement Body* (DSB). Per questo profilo v. A. ALEMANNI, *Judicial Enforcement of the WTO Hormones Ruling within the European Community: Toward EC Liability for the Non-Implementation of WTO Dispute Settlement Decisions?*, in 45 *Harvard Int'l Law Journ.*, 2004, p. 547 ss., p. 560. Al riguardo, è opportuno tuttavia ricordare che la Corte di Giustizia CE ha escluso in modo netto la diretta efficacia ai privati delle decisioni del DSB: v. la decisione del 1° marzo 2005, *Léon Van Parys NV v. Belgisch Interventie- en Restitutiebureau (BIRB)*, causa C-377/02, sulla quale v. la nota di P. EGLI, in 100 *Am. Journ. Int'l Law*, 2006, p. 449 ss.

¹³⁷ Sul ruolo delle imprese multinazionali nell'ambito indicato v. S.K. ASANTE, *International Law and Foreign Investment: A Reappraisal*, in 37 *Int'l & Comp. Law Quart.*, 1988, p. 588 ss., spec. pp. 588-589.

¹³⁸ V. *supra* § 4.1. Nel sistema di protezione degli investimenti previsto dal diritto internazionale, si possono individuare due nozioni di «investimento»: una prima nozione è generica e comprende qualsivoglia contributo al raggiungimento di un obiettivo di carattere economico; la seconda, più particolareggiata, definisce invece le singole espressioni dell'investimento. In entrambi i casi, tuttavia, possono certamente esservi comprese tutte le forme di partecipazione e controllo proprie della struttura dell'impresa multinazionale, dal possesso azionario all'esistenza di semplici interessi economici nell'impresa. Per una rassegna delle norme pattizie sul punto v. L. MIGLIORINO, *Gli accordi internazionali sugli investimenti*, Milano, 1989, pp. 27-35; D. MÜLLER, *L'investissement étranger: tentative d'identification*, in P. DAILLIER, G. DE LA PRADELLE, H. GHÉRARI (dir.), *Droit de l'économie internationale*, Paris, 2004, p. 645 ss.

è sempre un investitore «straniero» rispetto allo Stato nel quale la società partecipata è stata incorporata o ha la propria sede.¹³⁹

Esistono però ipotesi ben più complesse, la cui soluzione richiede un'analisi giuridica più ampia. La società per azioni, infatti, altro non è che un soggetto artificiale creato dal diritto, sicché mentre dal punto di vista formale il suo essere giuridico può essere ricondotto ad un determinato ordinamento (quello dello Stato di incorporazione), per altro verso il suo sostrato economico può appartenere ad una realtà economica ancora differente, riconducibile ad uno Stato terzo.¹⁴⁰ È pertanto con «l'esistenza di una pluralità di Stati potenzialmente "interessati" alle vicende dei beni e delle attività economiche»¹⁴¹ dell'impresa multinazionale che il diritto internazionale degli investimenti si trova oggi ad avere a che fare. Di questo problema saranno oggetto le pagine che seguono.

Va infine rilevato che l'impresa multinazionale, sfruttando le proprie capacità di mobilità all'interno del mercato globale, è in grado di diversificare la propria presenza negli ordinamenti di riferimento, in funzione dei vantaggi derivanti dall'esistenza di trattati in materia di protezione degli investimenti internazionali.¹⁴² Si parla, in questi casi, di *treaty shopping*, termine mutuato dal diritto fiscale internazionale per indicare il fenomeno attraverso il quale l'impresa si pone in contatto con un determinato Stato al fine di godere dei vantaggi previsti da un trattato in vigore con un altro Stato.¹⁴³ Anche tale questione sarà affrontata tra breve, con particolare attenzione alla disciplina dell'arbitrato internazionale.¹⁴⁴

¹³⁹ Se, come si è accennato, la partecipazione azionaria o il controllo rappresentano forme di investimento in senso tecnico, è gioco forza affermare che la società qualificabile come «straniera» può godere della protezione accordata dal diritto internazionale con riguardo alle misure assunte dallo Stato territoriale della partecipata o controllata nei confronti della medesima.

¹⁴⁰ Come rileva F. FRANCONI, *Imprese multinazionali*, cit., p. 63, trattando, con riguardo all'istituto della protezione diplomatica, il problema della nazionalità delle persone giuridiche, «sul piano teorico, non sussistono nei confronti della società quei legami di esclusiva appartenenza economica che sono alla base della protezione diplomatica a causa della possibilità che il sostrato economico della società nazionale di cui si pretende di assumere la protezione sia costituito da interessi divergenti tra loro e non "nazionali"».

¹⁴¹ F. FRANCONI, *Imprese multinazionali*, cit., p. 79.

¹⁴² V. *infra* § 6.4.1.

¹⁴³ L'espressione, invero non così diffusa nella dottrina italiana, si trova in A. ESPOSITO, *Le imprese multinazionali e il fisco*, Padova, 1997, pp. 42-45. Per contro, il fenomeno ha ricevuto notevole attenzione da parte di giuristi americani, preoccupati della possibilità che società con azionariato in un Paese terzo possano godere dei vantaggi fiscali derivanti da un trattato in vigore tra gli Stati

6.4.1. Origine straniera dell'investimento ed imprese multinazionali. –

Come si è accennato, il diritto internazionale protegge esclusivamente gli investimenti «internazionali». La *ratio* di tale limitazione va ricercata nell'interesse degli Stati a tutelare – prima attraverso l'istituto classico della protezione diplomatica e, successivamente, mediante lo strumento del diritto pattizio – l'investimento effettuato dai propri cittadini o dalle proprie imprese in altri Stati, nella sua qualità di flusso di ricchezza in transito da un mercato ad un altro.¹⁴⁵ Questo schema, però, godeva di una propria legittimazione in uno scenario caratterizzato da una scarsa interdipendenza degli Stati nell'ambito economico e mal si attaglia, dunque, all'attuale sistema degli scambi internazionali. La crisi dell'impianto precedente ha portato con sé un inevitabile declino dell'utilizzo della protezione diplomatica in campo commerciale e la proliferazione di trattati internazionali che, invece, trasferiscono in capo ai singoli, cioè alle imprese, la facoltà di attivare direttamente i diritti previsti dai trattati in vigore.¹⁴⁶

Già la dottrina di due decenni fa aveva evidenziato la necessità di ripensare la disciplina della protezione degli investimenti internazionali in

Uniti ed un determinato Stato, semplicemente ricostituendo in quest'ultimo le società medesime, oppure trasferendovi la propria sede. V. al riguardo W. STRENG, "Treaty Shopping": *Tax Treaty Limitation of Benefits Issues*, in 15 *Houston Journ. Int'l Law*, 1992/1993, p. 1 ss., spec. p. 5; R. REINHOLD, *What is Tax Treaty Abuse (Is Treaty Shopping an Outdated Concept)*, in 53 *Tax Lawyer*, 1999/2000, p. 663 ss., p. 675 ss.; J.E. OSBORN, *Renegotiating of the United States-British Virgin Islands Tax Convention: Prelude to the End of Treaty Shopping*, in 22 *Virginia Journ. Int'l Law*, 1981/1982, p. 381 ss.; S.M. HAUG, *The United States Policy of Stringent Anti-Treaty-Shopping Provisions: A Comparative Analysis*, in 29 *Vanderbilt Journ. Transnat'l Law*, 1996, p. 191 ss., p. 204 ss.; K.A. GRADY, *Income Tax Treaty Shopping: An Overview of Prevention Techniques*, in 5 *Northwestern Journal of Int'l Law & Bus.*, 1983/1984, p. 626 ss.; M. GILD, *Tax Treaty Shopping: Changes in the U.S. Approach to Limitation on Benefits Provisions in Developing Country Treaties*, in 30 *Virginia Journ. Int'l Law*, 1989/1990, p. 553 ss.; F. CRANDALL, *Termination of the United States-Netherlands Antilles Tax Treaty: What Were the Costs of Ending Treaty Shopping*, in 9 *Northwestern Journ. Int'l Law & Bus.*, 1988/1989, p. 355 ss.

¹⁴⁴ V. *infra* § 6.4.2.

¹⁴⁵ In questo senso già R. QUADRI, *La sudditanza nel diritto internazionale*, Padova, 1936, p. 235 s., anche in nota, il quale in tema di espropriazioni parla di «corrispondente rapporto di interessi fra lo Stato cui il suddito espropriato appartiene e lo Stato espropriante». Nello stesso senso, più recentemente, F. FRANCONI, *Imprese multinazionali*, cit., p. 99.

¹⁴⁶ Cfr. L. CONDORELLI, *L'évolution du champ d'application de la protection diplomatique*, in J.-F. FLAUSS (dir.), *La protection diplomatique. Mutations contemporaines et pratique nationales*, Bruxelles, 2003, p. 3 ss., il quale rileva (a p. 15 s.) che il declino dell'istituto della protezione diplomatica va di pari passo con il trasferimento in capo ai singoli della facoltà di formulare reclami nei confronti degli Stati sul piano internazionale, pur conservando l'istituto una funzione di intervento dello Stato nazionale quale *extrema ratio*.

maniera più aderente alla realtà economica in evoluzione. Tale dottrina, peraltro rimasta inaspettatamente isolata, proponeva di riconsiderare l'investimento effettuato dalla controllante verso la controllata estera nell'ottica non più di un trasferimento di ricchezza da Stato a Stato, bensì di un completo inserimento dell'investimento nel tessuto del sistema economico di destinazione.¹⁴⁷

In quest'ottica, la formula giuridica di riferimento potrebbe essere rappresentata dal riconoscimento, da parte del diritto internazionale, della *personalità giuridica autonoma* della sussidiaria, quale ente in grado di esprimere interessi propri, non sottesi in alcun modo a quelli della capogruppo. In tal modo, il quadro dei rapporti internazionali in materia di investimenti può considerarsi evitto dalle tradizionali concezioni di flussi bilaterali di ricchezza e, pertanto, essere riportato non solo alla reale consistenza giuridica pluralistica dell'impresa multinazionale, ma anche alla valorizzazione delle concrete capacità di mobilità dell'impresa moderna.

In questo senso ci pare peraltro deporre la giurisprudenza dominante sin dall'inizio degli anni Settanta del secolo scorso. In particolare, nel famoso caso concernente la canadese *Barcelona Traction, Light & Power Ltd.*, dichiarata fallita in Spagna, la Corte Internazionale di Giustizia aveva escluso la possibilità, per il Belgio, di esercitare il diritto di protezione diplomatica in difesa della belga S.I.D.R.O., azionista di controllo della società medesima, nei confronti della Spagna.¹⁴⁸ Nell'adottare tale soluzione, la Corte ha posto in rilievo l'autonomia giuridica della società rispetto ai suoi azionisti, rifiutando di riconoscere a questi ultimi una tutela che avrebbe, invece, dato importanza al legame del controllo quale elemento fondante il diritto alla protezione diplomatica dell'azionista.¹⁴⁹ Inoltre, la Corte ha evidenziato che

¹⁴⁷ Così, infatti, F. FRANCONI, *Imprese multinazionali*, cit., pp. 97-115.

¹⁴⁸ Corte Internazionale di Giustizia, 5 febbraio 1970, *Case Concerning the Barcelona Traction, Light & Power Company Ltd. (Belgium v. Spain)*, pubblicata in *I.C.J. Reports*, 1970 ed in 9 *Int'l Leg. Mat.*, 1970, p. 227 ss. Per un commento v. N.S. RODLEY, *Corporate Nationality and the Diplomatic Protection of Multinational Enterprises: The Barcelona Traction Case*, in 47 *Indiana Law Journ.*, 1971/1972, p. 70 ss.; F.A. MANN, *The Protection of Shareholder's Interests in the Light of the Barcelona Traction Case*, in 67 *Am. Journ. Int'l Law*, 1973, p. 259 ss.; R. HIGGINS, *Aspects of the Case Concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Ltd*, in 11 *Virginia Journ. Int'l Law*, 1970/1971, p. 327 ss.; H.W. BRIGGS, *Barcelona Traction: The Ius Standi of Belgium*, in 65 *Am. Journ. Int'l Law*, 1971, p. 327 ss.; A. GIANNELLI, *La protezione diplomatica di società dopo la sentenza concernente la Barcelona Traction*, in *Riv. dir. int.*, 1986, p. 768 ss.

¹⁴⁹ Corte Internazionale di Giustizia, 5 febbraio 1970, cit., par. 39 ss.

siffatto riconoscimento avrebbe avuto l'effetto di moltiplicare in maniera esponenziale le ipotesi di intervento diplomatico dello Stato di ogni singolo azionista, con conseguenze devastanti sui rapporti commerciali internazionali in termini di costi per le imprese.¹⁵⁰

Complementare a questo passaggio è la perdita di importanza del criterio del controllo. Un tempo, infatti, la nazionalità della società era determinata, in certi settori quali il diritto internazionale bellico, in base alla nazionalità dei soggetti in grado di esercitare il controllo sulla stessa.¹⁵¹ Nel caso dell'impresa multinazionale, un'estensione di questo criterio su un piano generale determinerebbe la riconduzione alla capogruppo dell'intera realtà dell'impresa, con un'irrazionale negazione dell'elemento plurale presente nella medesima. Ed invece, la prassi è nel senso di cumulare il controllo con altri criteri e, all'interno di tale schema, di interpretare la nozione di controllo in maniera restrittiva.¹⁵²

Particolarmente significativa è, al riguardo, la giurisprudenza dei tribunali arbitrali costituiti in sede ICSID in virtù della Convenzione di

¹⁵⁰ *Ibid.*, par. 94, ove la Corte ha considerato che «account should also be taken of the practical effects of deducing from considerations of equity any broader right of protection for the national State of the shareholders. It must first of all be observed that it would be difficult on an equitable basis to make distinctions according to any quantitative test: it would seem that the owner of 1 per cent and the owner of 99 per cent of the share-capital should have the same possibility of enjoying the benefit of diplomatic protection. The protector State may, of course, be disinclined to take up the case of the single shareholder, but it could scarcely be denied the right to do so in the name of equitable consideration. In that field, protection by the national State of the shareholders can hardly be graduated to the absolute or relative size of the shareholding involved». Al par. 96, la stessa ha inoltre statuito che «the adoption of diplomatic protection of shareholders as such, by opening the door to competing diplomatic claims, could create an atmosphere of confusion and insecurity in international economic relations. The danger would be all the greater inasmuch as the shares of companies whose activity is international are widely scattered and frequently change hands». Critica verso questa soluzione è R. HIGGINS, *Aspects of the Case*, cit., p. 339.

¹⁵¹ V. sul punto A. GIANNELLI, *La protezione diplomatica di società*, cit., p. 769.

¹⁵² In questo senso, ad esempio, la giurisprudenza del Tribunale Iran-Stati Uniti. Costituito con la *Claims Settlement Declaration* allegata agli Accordi di Algeri del 19 gennaio 1981 (v. in 20 *Int'l Leg. Mat.*, 1981, p. 224 ss.), il Tribunale Iran-Stati Uniti è stato incaricato – in virtù dell'art. VII della *Declaration* medesima – di risolvere le controversie sorte tra nazionali statunitensi nei confronti dell'Iran e tra nazionali iraniani nei confronti degli Stati Uniti. V. al riguardo, L.G. RADICATI DI BROZOLO, *La soluzione delle controversie tra Stati e stranieri mediante accordo internazionale: gli Accordi tra Stati Uniti ed Iran*, in *Riv. dir. int.*, 1982, p. 299 ss. Secondo la citata norma, per qualificarsi un soggetto come «nazionale» di una delle due Parti degli Accordi, occorre aver riguardo al luogo di incorporazione e, in aggiunta, alla percentuale del controllo, che non può essere inferiore al 50% del capitale della persona giuridica. Sulla giurisprudenza del Tribunale, soprattutto in materia di prova della nazionalità del ricorrente cfr. P. ACCONCI, *Il collegamento fra Stato e società quale presupposto per la competenza del Tribunale Iran-Stati Uniti*, in *Dir. comm. int.*, 1998, p. 135 ss., p. 142 ss.

Washington del 18 marzo 1965 sulla soluzione delle controversie tra Stati e stranieri in materia di investimenti.¹⁵³ L'art. 25, par. 2 (b) della Convenzione in parola stabilisce che possano accedere ai suddetti tribunali, oltre alle persone giuridiche aventi la nazionalità di uno Stato parte diverso da quello coinvolto nella controversia, anche quelle aventi la nazionalità di quello stesso Stato e sottoposte a *foreign control*, purché, in quest'ultimo caso, le Parti si siano accordate per trattarle come aventi la nazionalità di un altro Stato contraente ai sensi della Convenzione.¹⁵⁴ La ragione di tale requisito risiede nella volontà di comprendere nell'ambito della giurisdizione dell'ICSID tutte le controversie sorte con riguardo alle società incorporate nello Stato ospite e soggette a controllo straniero.¹⁵⁵

È significativo che, anche in quest'ambito, il criterio del controllo abbia ricevuto un'applicazione pratica limitata e che, pertanto, ad esso non possa attribuirsi un valore generale.¹⁵⁶ In particolare, nel sistema ICSID detto criterio ha assunto natura «sussidiaria» e «funzionale» all'estensione della competenza, per nulla in grado, da solo, di fondare la giurisdizione di un tribunale arbitrale.¹⁵⁷

Una identica soluzione è stata adottata anche nel caso inverso, di una società avente nazionalità diversa rispetto allo Stato ospitante, il cui controllo

¹⁵³ Il testo della Convenzione, entrata in vigore il 14 ottobre 1966, si può leggere in 60 *Am. Journ. Int'l Law*, 1966, p. 892 ss. ed in 4 *Int'l Leg. Mat.*, 1965, p. 524 ss.

¹⁵⁴ Per un commento v. P. SASZ, *The Investment Disputes Convention – Opportunities and Pitfalls (How to Submit Disputes to ICSID)*, in 5 *Journ. Law & Econ. Dev.*, 1970/1971, p. 23 ss., pp. 33-35.

¹⁵⁵ Così A. BROCHES, *The Convention on the Settlement of investment Disputes between States and Nationals of Other States*, in 136 *Recueil des Cours*, 1972, II, p. 331 ss., pp. 358-361, secondo il quale, in assenza di una previsione specifica con riguardo alle società locali controllate da soggetti stranieri, «a large and important sector of foreign investment would be outside the scope of the Convention» (*ivi*, p. 359).

¹⁵⁶ Ad esempio, nella propria decisione sulla competenza, 25 settembre 1983, *Amco v. Indonesia*, in 23 *Int'l Leg. Mat.*, 1984, p. 351 ss., spec. par. 14, il Tribunale arbitrale ha considerato che la società PT Amco poteva considerarsi straniera perché, per quanto incorporata in Indonesia, l'intero capitale sociale risultava, al momento della domanda, detenuto da Amco Asia Corp., una società incorporata in Delaware e, inoltre, il Governo indonesiano l'aveva trattata come tale ai fini dell'art. 25, par. 2 (b) della Convenzione di Washington. Per applicazioni analoghe v. il lodo del 21 ottobre 1983, *Klöckner v. Cameroun*, in *ICSID Reports*, 1983, p. 14 ss.; secondo la decisione sulla giurisdizione, del 1° agosto 1984, *SOABI v. Senegal*, in 6 *ICSID Rev./Foreign Investment Law Journ.*, 1991, p. 217 ss., par. 23, «le critère du contrôle n'étant utilisé qu'à titre d'exception»; per un'applicazione v. ancora il lodo del 16 dicembre 1996, *Cable Television of Nevis v. St. Kittis and Nevis*, in 13 *ICSID Rev./Foreign Investment Law Journ.*, 1998, p. 328 ss., spec. par. 5.13.

¹⁵⁷ Così M. AMODIO, *Le contentieux international de l'investissement privé et la Convention de la Banque mondiale du 18 mars 1965*, Paris, 1967, p. 115.

era tuttavia esercitato da soggetti riconducibili al medesimo Stato. In una simile ipotesi, una rilevanza del legame di controllo escluderebbe di per sé ogni protezione alla società medesima, essendo la realtà economica dell'impresa completamente assorbita in un investimento a carattere interno allo Stato. La prassi ha, invece, privilegiato il dato formale del luogo di incorporazione.

Specificamente, in sede ICSID un tribunale arbitrale ha recentemente riconosciuto ad una società costituita in Lituania il *locus standi* nei confronti dell'Ucraina, nonostante la sua costituzione fosse avvenuta mediante l'apporto esclusivo di capitale ucraino.¹⁵⁸ Sebbene la decisione sia stata assunta non senza acuti contrasti, essa ha privilegiato il dato formale dell'incorporazione rispetto al dato economico dell'origine del capitale, offrendo così un argomento decisivo per la successiva giurisprudenza arbitrale.¹⁵⁹

L'orientamento fin qui analizzato merita, a nostro giudizio, piena approvazione. In un'economia globale, nella quale gli operatori economici

¹⁵⁸ Decisione sulla giurisdizione, 29 aprile 2004, *Tokios Tokeles v. Ucraina*, in 20 *ICSID Rev./Foreign Investment Law Journ.*, 2005, p. 205 ss. ed in *Dir. comm. int.*, 2005, p. 359 ss., con nota di A. CARLEVARIS, *Nazionalità dell'investitore e competenza dei tribunali arbitrali ICSID*, nonché in *Riv. arb.*, 2005, p. 369 ss., con nota di E. SAVARESE, *La nazionalità delle società commerciali e la funzione «limitativa» del controllo: alcune riflessioni in margine alla decisione ICSID Tokios Tokeles v. Ukraine*. La società attrice, Tokios Tokeles, risultava incorporata in Lituania e assumeva, dinanzi al Tribunale arbitrale costituito in sede ICSID in virtù dell'art. 8 del trattato bilaterale dell'8 febbraio 1994 in essere tra Ucraina e Lituania, la violazione, da parte del primo Stato, delle norme del trattato stesso. Nella Decisione citata, il collegio ha dichiarato a maggioranza la sussistenza della propria giurisdizione ai sensi dell'art. 25, par. 2 (b) della Convenzione di Washington, sulla base dei criteri del luogo d'incorporazione e di sede dell'attrice.

¹⁵⁹ La decisione ha comportato, infatti, le dimissioni del Presidente del collegio, Paul Weil. Il collegio ha precisato che «the ICSID Convention contains no inchoate requirement that the investment at issue in a dispute have an international character in which the origin of capital is decisive» (decisione sulla giurisdizione, 29 aprile 2004, cit., par. 82) ed ha fatto leva sulla volontà delle Parti del trattato del 1994, Ucraina e Lituania, per concludere sulla completa irrilevanza del criterio del controllo. Nella sua opinione dissenziente (*Dissenting Opinion*, in 20 *ICSID Rev./Foreign Investment Law Journ.*, 2005, p. 245 ss.), il Presidente Weil si è espresso in modo contrario a tale conclusione, sottolineando che «[t]he ICSID mechanism and remedy are not meant for investments made in a State by its own citizens with domestic capital through the channel of a foreign entity, whether preexistent or created for that purposes» e che «when it comes to ascertain the *international* character of an investment, the origin of the capital *is* relevant, and even decisive». Cfr. A. CARLEVARIS, *Nazionalità dell'investitore*, cit., p. 384 s. Nello stesso senso v. la Decisione sulla giurisdizione del 21 settembre 2001, *Autopista Concesionada de Venezuela v. Bolivia*, in 16 *ICSID Rev./Foreign Investment Law Journ.*, 2001, p. 469 ss., par. 109 ss. Molto critica rispetto alla soluzione accolta nel caso *Tokios Tokeles*, in quanto destinata a snaturare i trattati bilaterali sugli investimenti e lo stesso criterio del controllo è M.R. MAURO, *Nuove questioni in tema di arbitrato tra Stato e investitore straniero nella recente giurisprudenza dei tribunali dell'ICSID*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2006, p. 66 ss., p. 85.

risultano fortemente integrati tra di loro, risulta difficile offrire un appiglio giuridico al legame del controllo senza ledere la rapidità degli scambi e la mobilità del capitale. Ci pare, insomma, che anche l'ordinamento internazionale si stia dirigendo verso una maggiore aderenza a questa realtà. L'effetto più importante che il sistema internazionale di protezione degli investimenti è destinato a produrre risiede, sotto il profilo economico, nell'estrema duttilità assicurata al mercato del controllo. Tutelando l'impresa locale in quanto tale, indipendentemente dall'origine del capitale conferito nella stessa, la prassi internazionale ha riconosciuto l'importanza di garantire la liquidità del mercato del controllo.

Non ci pare rappresentino eccezioni significative, rispetto alle conclusioni qui raggiunte, i casi nei quali la competenza di tribunali arbitrali internazionali è stata declinata in virtù dell'avvenuto trasferimento del controllo in corso di causa.¹⁶⁰ In dette ipotesi, infatti, a venire in rilievo non è affatto – come di primo acchito potrebbe sembrare – l'origine del capitale, che resterebbe meramente interna allo Stato convenuto, bensì la violazione del principio che impone la continuità della nazionalità della parte attrice successivamente all'attivazione del procedimento arbitrale.¹⁶¹ Non può tacersi, tuttavia, che anche codesto principio, pur rispondendo ad esigenze

¹⁶⁰ Ci si riferisce, in particolare, al celebre lodo del 26 giugno 2003, *Loewen v. United States*, in 42 *Int'l Leg. Mat.*, 2003, p. 811 ss., sintetizzato da E. GAILLARD, *La jurisprudence du CIRDI*, Paris, 2004, p. 775 ss. Per quanto qui interessa, si ricorda che la società ricorrente, la canadese Loewen Group Inc., aveva convenuto in giudizio gli Stati Uniti dinanzi ad un collegio arbitrale ICSID costituito in virtù delle disposizioni del *Chapter 11* del NAFTA. La società, dichiarata fallita negli Stati Uniti, aveva però provveduto a cedere l'azione ad una società nuovamente costituita in Canada, tale Nafcan Co., il cui patrimonio risultava pertanto costituito unicamente dall'azione medesima (lodo cit., par. 220) ed il cui azionariato era composto unicamente da cittadini statunitensi. Col sopra citato lodo, il collegio arbitrale ha rigettato la domanda avanzata dall'attrice, tra l'altro, perché quest'ultima non aveva conservato la nazionalità canadese, che aveva quindi perduto in conseguenza della cessione avvenuta a favore di Nafcan Co. Il collegio ha, al riguardo, osservato che deve esistere una continuità nella nazionalità della ricorrente, dal momento in cui si è prodotto il presunto danno, fino al momento di emissione del lodo finale (*ivi*, par. 225).

¹⁶¹ La regola della continuità della nazionalità, come affermata dal collegio arbitrale, è stata sottoposta a una severa critica da parte della dottrina. In effetti, il collegio ha inteso colmare una lacuna presente nel NAFTA, attingendo ad una presunta norma di diritto internazionale consuetudinario concernente l'obbligo di continuità nella nazionalità della ricorrente nei giudizi arbitrali internazionali. Da un lato, la dottrina ha evidenziato che l'affermazione del collegio è priva di qualsiasi riferimento alla prassi internazionale e che, dall'altro lato, simile regola non pare neppure esistere nel panorama internazionale. Cfr. sul punto N. RUBINS, *Loewen v. United States: The Burial of an Investor-State Arbitration Claim*, in 21 *Arb. Int'l*, 2005, p. 1 ss., pp. 24-27, peraltro estremamente critica anche con riguardo al rilievo dato al criterio del controllo, che secondo l'Attrice (*ivi*, p. 28) appare del tutto estraneo alla prassi internazionale in materia; A. CARLEVARIS, *Nazionalità dell'investitore*, cit., p. 393.

evidenti di economia processuale, si ponga comunque in contrasto con il carattere mobile dei capitali.¹⁶²

In conclusione, l'approccio assunto dalla prassi internazionale in materia di investimenti è volto al rispetto dell'elemento plurale dell'impresa multinazionale, attraverso una valorizzazione della società locale come persona giuridica formalmente titolare della protezione accordata dall'ordinamento internazionale nei confronti degli Stati. Questa soluzione tende, perciò, a favorire la circolazione transnazionale dei capitali, nello spirito di una sempre maggiore integrazione dei mercati nello scenario globale.

6.4.2. Treaty shopping in materia di arbitrato commerciale internazionale. –

Tra i diritti che l'ordinamento internazionale attribuisce direttamente agli investitori spicca la facoltà di ricorso all'arbitrato. Al riguardo, si usa il termine *arbitration without privity* per descrivere il meccanismo all'interno del quale al singolo è imputato il diritto (*recte*: la facoltà) di attivare la procedura arbitrale senza che sia necessaria l'espressione di ulteriore consenso da parte dello Stato controparte.¹⁶³ Tale diritto è perfetto, nel senso che ad esso corrisponde una soggezione dello Stato a che la procedura arbitrale possa coinvolgerlo senza ulteriori condizioni.¹⁶⁴

Tradizionalmente, infatti, non si ammetteva la possibilità di adire un arbitro ovvero un collegio arbitrale senza che entrambe le parti vi avessero

¹⁶² In questo senso v. l'incisiva critica di E. PAULSSON, *Continuous Nationality in Loewen*, in 20 *Arb. Int'l*, 2004, p. 213 ss., p. 215, il quale osserva che in ambito NAFTA «it would seem appropriate to give weight to the objective of stimulating the mobilization of financial resources to be employed in cross-border investment» e si domanda, pertanto, «[w]hy should it matter that due to the scheduling vagaries of international litigation the award came to be rendered at a time when the holder of that entitlement had a different nationality?».

¹⁶³ L'espressione è di J. PAULSSON, *Arbitration Without Privity*, in 10 *ICSID Rev.*, 1995, p. 232 ss., con precisazioni a p. 240 s.; ID., *Arbitration Without Privity*, in T.W. WÄLDE (ed.), *The Energy Charter Treaty. An East-West Gateway for Investment and Trade*, London/The Hague/Boston, 1996, p. 422 ss.; cenni in A. EL-KOSHERI, *ICSID Arbitration and Developing Countries*, in 8 *ICSID Rev.*, 1993, p. 104 ss., p. 106 s.

¹⁶⁴ Per una panoramica della casistica internazionale in materia di arbitrato privo di clausola arbitrale espressa, si consenta di rinviare al nostro *Ricorso ad arbitrato in assenza di clausola contrattuale*, in *I contratti*, 2006, p. 203 ss. Sulla clausola contrattuale relativa al c.d. «arbitrato unilaterale» v. recentemente S. NESBITT, H. QUINLAN, *The Status and Operation of Unilateral or Optional Arbitration Clauses*, in 22 *Arb. Int'l*, 2006, p. 133 ss.

dato preventivo assenso.¹⁶⁵ Lo strumento pattizio di maggiore diffusione, cioè la Convenzione di Washington del 1965 sopra citata, prevede all'art. 25, quale requisito per la sussistenza della giurisdizione dell'ICSID, l'esistenza di un accordo scritto tra l'investitore e lo Stato, purché il primo abbia una nazionalità diversa rispetto al secondo e purché lo Stato nazionale del primo ed il secondo siano parti della Convenzione.¹⁶⁶ In base a questo schema, l'investitore privo di un accordo arbitrale con lo Stato non potrà far altro che adire i tribunali di questo, al fine di vedersi riconoscere le proprie pretese.

Chiaramente, l'attivazione di un arbitrato internazionale, ovvero la semplice possibilità di accedervi, comporta dei vantaggi immediati a favore dell'investitore straniero. Uno di questi risiede nella riduzione dei costi relativi alla negoziazione di una clausola arbitrale con il governo dello Stato ospite; un secondo vantaggio consiste nel disincentivo, che l'attivazione dell'arbitrato rappresenta per lo Stato, a porre in essere condotte contrarie agli obblighi internazionali assunti nei confronti dell'investitore straniero. Proprio per queste sue funzioni di efficienza economica e garanzia giuridica, l'istituto della *arbitration without privity* è destinato ad uno sviluppo che procede di pari passo rispetto alla mobilità dell'impresa e alla globalizzazione dei mercati.¹⁶⁷

Non stupisce perciò che la prassi arbitrale abbia cominciato a fare uso dell'istituto già da qualche decennio. Anzitutto, nell'ambito di applicazione della citata Convenzione di Washington, la prassi è nel senso di riconoscere

¹⁶⁵ Che non possa esistere arbitrato senza la volontà delle parti è un punto fermo nella dottrina e nella giurisprudenza. Vedine cenni in J. NOLAN-HALEY, *Alternative Dispute Resolution*, St. Paul (Minn.), 1992, p. 143; P. BERNARDINI, *L'arbitrato commerciale internazionale*, Milano, 2000, p. 91 ss.; R. DAVID, *L'arbitrage dans le commerce international*, Paris, 1982, p. 86 ss.; inoltre J.-C. POMMIER, *Principe d'autonomie et loi du contrat en droit international privé conventionnel*, Paris, 1992. La giurisprudenza americana non ha mancato di dare evidenza alla circostanza che «arbitration is a creature of contract»: v. le decisioni della Corte Suprema del Connecticut nei casi *City of Waterbury v. Waterbury Police Union*, 176 Conn. 401 (Conn. 1979); *White v. Kampner*, 229 Conn. 465 (Conn. 1979), nonché la decisione della Corte Suprema dell'Illinois, *Board of Managers of the Courtyards at the Woodlands Condominium Association v. IKO Chicago, Inc. et al.*, 183 Ill. 2d 66. Abbondante è anche la giurisprudenza che definisce l'arbitrato «a matter of contract»: *John Wiley & Sons, Inc. v. Livingston, President of District 65, Retail, Wholesale and Department Store Union*, 84 S. Ct. 909; *I Hussey Metal Division of Copper Range Co. v. Lectromelt Furnace Division McGraw Edison Co.*, 471 F.2d 556 (3d Cir. 1972), nonché i casi citati da M. DOMKE, *On Commercial Arbitration*, St. Paul (Minn.), 2003, I, p. 1-5, anche in nota.

¹⁶⁶ In questo senso v. l'ottima esposizione di B. STERN, *Le consentement à l'arbitrage CIRDI*, cit., p. 232 ss. V. anche, per un'analisi generale, C.N. LAMN, A.C. SMUTNY, *The Implementation of ICSID Arbitration Agreements*, in 11 *ICSID Rev./Foreign Investment Law Journ.*, 1996, p. 64 ss., p. 68 ss.

¹⁶⁷ Cfr. F. HORCHANI, *Le droit international des investissements*, cit., p. 400 ss.

la giurisdizione dell'ICSID anche in base ad una manifestazione di consenso unilaterale da parte dell'investitore. Infatti, la giurisdizione dell'ICSID sussiste ogniqualvolta l'investitore abbia espresso unilateralmente la propria volontà ad aderirvi, a condizione che sia lo Stato nazionale dell'investitore, sia lo Stato ospitante risultino parti della Convenzione di Washington e, inoltre, sia in vigore una legge interna ovvero un trattato internazionale che riconosca all'investitore straniero il diritto di ricorrere ad arbitrato. In sostanza, tra le opportunità attribuite all'investitore dall'attuale scenario internazionale vi è una vera e propria “offerta” di arbitrato – avanzata dagli Stati singolarmente¹⁶⁸ ovvero mediante trattati internazionali, bilaterali¹⁶⁹ e multilaterali¹⁷⁰ – cui l'investitore potrà dare seguito mediante una semplice “accettazione”.¹⁷¹

¹⁶⁸ Si tratta delle leggi nazionali in materia di protezione degli investimenti esteri. Al riguardo, non vi è uniformità nelle legislazioni nazionali con riferimento all'accettazione della giurisdizione dei tribunali arbitrali attivati in seno all'ICSID. Cfr. in proposito G.R. DELAUME, *How To Draft an ICSID Arbitration Clause*, in 7 *ICSID Rev./Foreign Investment Law Journ.*, 1992, p. 168 ss., p. 172 s. Per una bibliografia completa dei contributi dottrinali sulle diverse discipline nazionali in materia v. 7 *ICSID Rev./Foreign Investment Law Journ.*, 1992, p. 512 ss. Per una rassegna v. C.H. SCHREUER, *The ICSID Convention. A Commentary*, Cambridge, 2001, p. 200 ss.

¹⁶⁹ Per quanto concerne i trattati bilaterali, va precisato che «[n]ot all references to the Convention in BITs constitute binding offers of consent by the host State» (C.H. SCHREUER, *The ICSID Convention*, cit., p. 212). Per un esame delle clausole in questione v. R. DOLZER, M. STEVENS, *Bilateral Investment Treaties*, The Hague/London/Boston, 1995, p. 147 ss.; C.H. SCHREUER, *The Interpretation of ICSID Arbitration Agreements*, in K. WELLENS (ed.), *International Law: Theory and Practice. Essays in honour of Eric Suy*, The Hague/Boston, 1998, p. 719 ss.; P. PETERS, *Dispute Settlement Arrangements in Investment Treaties*, in 22 *Netherlands Yearb. Int. Law*, 1991, p. 91 ss., con appendice alle pp. 155-160.

¹⁷⁰ Non sono molti i trattati multilaterali che prevedono la sottoposizione all'arbitrato ICSID delle controversie sorte tra Stati e investitori stranieri. A parte l'art. 26 dell'ECT, di cui si parlerà nel testo, si possono citare l'art. 1122 del NAFTA (in 31 *Int. Leg. Mat.*, 1993, p. 605 ss.), l'art. 9.4(a) del Protocollo di Colonia del MERCOSUR del 17 gennaio 1994 e gli art. 17-18 dell'Accordo di libero scambio in vigore tra Messico, Colombia e Venezuela, firmato il 13 giugno 1994 (inedito). V. in proposito C.B. LAMN, A.C. SMUTNY, *The Implementation*, cit., p. 70 s.

¹⁷¹ La prassi ha riconosciuto rilevanza a entrambe le manifestazioni di consenso, offerte sia dalle legislazioni nazionali, sia dagli Stati: per il primo ambito v. il c.d. «caso delle Piramidi», *Southern Pacific Properties (Middle East) Ltd v. République Arabe d'Egypte*, definito nel dicembre 1992, sul quale v. G.R. DELAUME, *The Pyramid Stand. The Pharaohs Can Rest in Peace*, in 8 *ICSID Rev./Foreign Investment Law Journ.*, 1993, p. 231 ss.; W.L. CRAIG, *The Final Charter in the Pyramid Case: Discounting an ICSID Award for Annulment Risk*, *ivi*, p. 264 ss.; LEBOULANGER, *Etat, politique et arbitrage. L'Affaire du Plateau des Pyramides*, in *Revue de l'arbitrage*, 1986, p. 3 ss.; P. RAMBAUD, *L'affaire « des Pyramides »*, in 31 *Ann. fr. dr. int.*, 1985, p. 508 ss., in particolare la Decisione sulla giurisdizione del 14 aprile 1988, in 16 *Yearb. Comm. Arb.*, 1991, p. 32 ss.; *Tradex Hellas S.A. v. Republic of Albania*, decisione sulla giurisdizione, 24 dicembre 1996 e lodo arbitrale, 29 aprile 1999, in 14 *ICSID Rev./Foreign Investment Law Journ.*, 1999, risp. p. 161 ss. e p. 197 ss.; per il secondo ambito v. G. BURDEAU, *Nouvelles perspectives pour l'arbitrage dans le contentieux économiques intéressant les Etats*, in *Rev. de l'arbitrage*, 1995, p. 1 ss., p. 12 ss., nonché il lodo

Così, ad esempio, l'art. 26 dell'*Energy Charter Treaty* (ECT), il trattato sugli investimenti nel settore dell'energia firmato a Lisbona il 17 dicembre 1994¹⁷² ed oggi ratificato da oltre cinquanta Stati, stabilisce che gli Stati contraenti si assoggetteranno incondizionatamente, una volta ricorrenti i requisiti previsti dalla norma stessa, alla procedura arbitrale scelta dall'investitore tra una rosa di istituzioni.¹⁷³

Sotto un altro punto di vista, lo schema dell'*arbitration without privity* ben si attaglia alla struttura delle imprese multinazionali. Grazie alla loro estensione in una pluralità di ordinamenti e alla mobilità del controllo e delle risorse, tali imprese possono, attraverso le proprie sussidiarie, attivare procedure arbitrali nei confronti degli Stati che ritengono avere leso gli interessi della società capogruppo. Si tratta di un autentico *treaty shopping* in materia di arbitrato.

Verso tale rotta sembra diretta la prassi internazionale in materia. Così è avvenuto nel caso della Yukos Oil Company, la cui azionista di maggioranza, Menatep Group, avente sede in Gibilterra, ha attivato una complessa procedura arbitrale nei confronti della Federazione russa, assumendo la violazione dell'ECT con riguardo all'espropriazione, a fini fiscali, della maggiore unità produttiva di Yukos.¹⁷⁴ Nelle conclusioni di un proprio lavoro,¹⁷⁵ chi scrive aveva ipotizzato, sulla scorta di quanto affermato anche

arbitrale del 27 giugno 1990, *Asian Agricultural Products (AAPL) v. Republic of Sri Lanka*, in 29 *Int. Leg. Mat.*, 1990, p. 580 ss.; lodo arbitrale, 21 febbraio 1997, *AMT v. Zaire*, in 36 *Int'l Leg. Mat.*, 1997, p. 1531 ss., p. 1545; decisione sulla giurisdizione, 11 giugno 1997, *Fedax v. Venezuela*, in 37 *Int. Leg. Mat.*, 1998, p. 1378 ss., p. 1384.

¹⁷² Il testo è leggibile in 34 *Int'l Leg. Mat.*, 1995, p. 382 ss. Del trattato è anche parte la Comunità europea, che ha provveduto alla ratifica in data 16 dicembre 1997. In generale, sui legami tra commercio internazionale ed Energy Charter Treaty (ECT) v. O. SWAAK-GOLDMAN, *The Energy Charter Treaty and Trade. A Guide to the Labyrinth*, in 30 *Journ. of World Trade*, 1996, p. 115 ss.; v. anche C.S. BAMBERGER, *Overview*, in T.W. WÄLDE (ed.), *The Energy Charter Treaty*, cit., p. 1 ss.; P. MUCHLINSKI, *The Energy Charter Treaty: Towards a New International Order for Trade and Investment or a Case of History Repeating Itself?*, *ivi*, p. 205 ss.; L. BRAZELL, *The Energy Charter Treaty: Some Observations on its International Context and Internal Structure*, *ivi*, p. 226 ss.

¹⁷³ V. al riguardo l'art. 26 co. 4 dell'ECT. Sul punto, K.J. VANDEVELDE, *Arbitration Provisions in the BITs and the Energy Charter Treaty*, in T.W. WÄLDE (ed.), *The Energy Charter Treaty*, cit., p. 409 ss., p. 416 ss.

¹⁷⁴ Per un resoconto degli eventi v. *supra* § 6.3.2.

¹⁷⁵ Si consenta di rinviare pertanto, al riguardo, al nostro *Arbitration Without Privity and Russian Oil: the Yukos Case before the Houston Court*, in 27 *Univ. Pennsylvania Journ. Int'l Econ. Law*, 2006, p. 115 ss., p. 143 ss.

da uno dei maggiori esperti del settore,¹⁷⁶ che in base all'art. 26 dell'ECT Yukos fosse titolare di un diritto all'arbitrato nei confronti della Russia, proprio in virtù dell'applicazione dell'istituto dell'*arbitration without privity*. In quel caso, addirittura, l'ECT veniva in rilievo proprio perché la Russia non risultava aver ratificato la Convenzione di Washington, mentre aveva dato applicazione provvisoria all'ECT.¹⁷⁷ Vi è perciò da immaginare che, ove l'applicazione dell'ECT o della Convenzione di Washington non incontri ostacoli – e si tratta dell'ipotesi più plausibile, considerato il numero notevole di Stati che hanno ratificato la suddetta Convenzione – l'implementazione dell'istituto, basata sulla Convenzione stessa o su altri strumenti internazionali, possa ricevere, in futuro, una spinta sempre maggiore.

6.5. Tragedy of global commons e protezione dell'ambiente. – Un ambito nel quale la concorrenza tra ordinamenti ha prodotto effetti economici distorsivi di grande rilevanza è quello ambientale. In esso, la c.d. *tragedy of commons*¹⁷⁸ si è manifestata in modo particolarmente vistoso e, sul piano internazionale, non sembrano esistere ancora, ad oggi, strumenti incisivi idonei a regolare in modo efficiente lo sfruttamento delle immense ricchezze del pianeta.¹⁷⁹

¹⁷⁶ Nella consulenza prestata nel procedimento dinanzi alla Corte di Houston, uno degli esperti chiamati dalle parti, il Professor Thomas Wälde, aveva correttamente visto nell'ECT un rimedio possibile per l'attivazione di una procedura arbitrale, ai sensi dell'art. 26 del trattato medesimo, nei confronti della Federazione russa per il recupero dell'unità produttiva messa all'asta dal governo russo: *In re Yukos Oil Co.*, 321 B.R. 396, 405.

¹⁷⁷ L'art. 44 dell'ECT stabilisce che il trattato entri in vigore al novantesimo giorno successivo al deposito del trentesimo strumento di ratifica. Tuttavia, ai sensi dell'art. 45, lo Stato firmatario acconsente ad una applicazione provvisoria del trattato (art. 45.1), a meno che non depositi una dichiarazione contraria (art. 45.2 a), nel qual caso né lo Stato in parola né l'investitore straniero potranno invocare le norme del trattato (art. 45.2 b). È fatta salva l'applicazione provvisoria – pur in presenza della citata dichiarazione negativa – della parte VII del trattato, relativa alla struttura istituzionale della Carta (art. 45.2 c). Sulla coincidenza degli interessi tutelati nell'ECT e degli interessi economici della Russia v. A. SECK, *Investing in the Former Soviet Union's Oil Industry: The Energy Charter Treaty and its Implication for Mitigating Political Risk*, in T.W. WÄLDE (ed.), *The Energy Charter Treaty*, cit., p. 110 ss., in part. p. 124 ss.; A. KONOPLYANIK, *The Energy Charter Treaty: A Russian Perspective*, *ivi*, p. 156 ss.

¹⁷⁸ Cfr. *supra* § 6.1.

¹⁷⁹ Secondo E.A. CLANCY, *The Tragedy of Global Commons*, in 5 *Indiana Journ. Global Legal Stud.*, 1997/1998, p. 5 ss., p. 5, «these global commons are labeled as such not in the hopes of maintaining pristine treasures, but for extracting the most profit over the longest period».

Sotto un primo aspetto, l'esistenza di un regime di *regulatory competition* tra gli Stati induce questi ultimi ad adottare la normativa più liberale in materia ambientale, che trasferisca verso l'esterno i costi della relativa legislazione. In questa *race to the bottom*, l'impresa sarà incentivata a sfruttare le differenze normative esistenti tra i diversi ordinamenti e a stabilirsi nel luogo che le consenta di produrre il massimo profitto, riducendo i costi di produzione relativi alla salvaguardia ambientale.¹⁸⁰ Ove esista un potere federale, esso potrà intervenire per imporre allo Stato più lassista l'adozione di una legislazione meno liberale, in modo da obbligarlo ad internalizzare i costi dell'inquinamento prodotto dalle proprie imprese. L'esperienza del *Clean Air Act* statunitense è, al riguardo, estremamente significativa.¹⁸¹

Tuttavia, ove tale potere non esista (come avviene nello scenario globale), si pone chiaramente il problema di garantire il controllo delle esternalità, allo scopo di mitigare il pericolo che queste, tutte insieme, distruggano le risorse esistenti a danno dell'intera comunità globale.¹⁸² Da questo punto vista, ci pare del tutto inopportuno, oltre che inutile, dipingere un quadro catastrofico della situazione attuale, imputandolo esclusivamente all'esistenza di una concorrenza tra le legislazioni nazionali in materia ambientale. In effetti, è stato ampiamente dimostrato come sulla tesi di una *race to the bottom* non vi sia un consenso unanime nella dottrina economica, e che anzi quella stessa conclusione sembra smentita dalla tendenza, assunta da alcuni Stati, ad applicare regolamentazioni più stringenti al fine di non perdere la competitività sul piano economico internazionale.¹⁸³ Ovviamente, ciò non vale ad escludere che il diritto internazionale possa ancora – se non

¹⁸⁰ E' la c.d. «fuga dai paradisi ambientali»: «le imprese fuggono per non sopportare i costi e gli investimenti necessari per il rispetto della regolamentazione ambientale» (S. NESPOR, *La globalizzazione danneggia l'ambiente?*, in *Riv. giur. amb.*, 2002, p. 1 ss., p. 10).

¹⁸¹ Vedine il commento *The Clean Air Act – An Overview*, in 4 *Ecology Law Quart.*, 1974/1975, p. 591 ss.; M.S. DUPLER, J.L. VINNIK, *Federal Environmental Litigation in 1976: The Clean Air Act*, in 1 *Harvard Envtl. Law Rev.*, 1976, p. 5 ss.

¹⁸² In questo senso E.A. CLANCY, *The Tragedy of Global Commons*, cit., pp. 603-605.

¹⁸³ Si tratta del c.d. «effetto California». In base a tale effetto, lo Stato che adottasse una normativa maggiormente tutelativa dell'ambiente indurrebbe gli altri Stati a comportarsi nello stesso modo, al fine di non escludere le proprie imprese dall'accesso a quel mercato. Per la conclusione del testo v. S. NESPOR, *La globalizzazione*, cit., p. 14 ss. All'incertezza concernente l'esistenza di un fenomeno di *race to the bottom* ambientale contribuisce la carenza di una metodologia univoca nell'approccio al problema della tutela ambientale, già evidenziata da P. PICONE, in P. PICONE, G. SACERDOTI (a cura di), *Diritto internazionale dell'economia*, cit., p. 165 ss.

debba – farsi carico di una funzione regolativa delle esternalità prodotte dallo sfruttamento indiscriminato delle risorse ambientali.

Al riguardo, può dirsi che la risposta dell'ordinamento internazionale si sia basata su una serie di principi, tra i quali spicca quello a nostro giudizio più idoneo ad affrontare il problema, ossia il principio per cui «chi inquina paga» (*polluter-pays*).¹⁸⁴ Anzitutto esso, ponendo a carico dei privati gli effetti delle proprie condotte sull'ambiente, risponde al fenomeno della «privatizzazione del rischio» che è la conseguenza più vistosa della globalizzazione dei mercati.¹⁸⁵ In altri termini, le imprese che cagionano danni all'ambiente saranno indotte, in virtù del suddetto principio, a farsi carico delle esternalità prodotte, internalizzandone i costi. Si tratterebbe, insomma, di una vera e propria regola di responsabilità dell'impresa.¹⁸⁶

Nonostante il suo fascino, il contenuto del principio in parola resta a tutt'oggi controverso. Un primo problema concerne la sua effettiva portata. Sotto questo profilo, esso sembra essere ormai entrato nel novero degli obblighi gravanti sui privati e sugli Stati nei sistemi economici integrati, quali Unione europea¹⁸⁷ e Stati Uniti. In ambito globale, lo stesso è ormai assunto a principio di natura consuetudinaria, che obbliga gli Stati a predisporre meccanismi giurisdizionali idonei a consentire alle vittime dei danni ambientali di domandare il risarcimento dei relativi danni nei confronti degli

¹⁸⁴ Il principio è stato affermato per la prima volta in seno all'OCSE, nella raccomandazione del 16 maggio 1972 sui principi guida in materia di aspetti economici internazionali delle politiche ambientali: OECD, *Guiding Principles concerning International Economic Aspects of Environmental Policies*, Doc. n. C(72)128. Cfr. in particolare il par. 4 della raccomandazione cit., secondo il quale «[t]his principle means that the polluter should bear the expenses of carrying out the [...] measures decided by public authorities to ensure that the environment is in an acceptable state».

¹⁸⁵ Su questo aspetto e sul problema – che il principio in parola mira a risolvere – dei sussidi ambientali forniti dagli Stati, i quali accollerebbero alla collettività il costo dell'inquinamento, v. S. CANDICE, *Interpreting the Polluter Pays Principle in the Trade and Environment Context*, in 27 *Cornell Int'l Law Journ.*, 1994, p. 577 ss., spec. p. 581 ss.

¹⁸⁶ In questo senso A.P. RUBIN, *The Impact of Changing International Institutions on Environmental Law and Corporate Responsibility*, in E.J. URBANI, C.P. RUBIN, M. KATZMAN (eds.), *Transnational Environmental Law and Its Impact on Corporate Behavior*, Irvington-on-Hudson (N.Y.), 1994, p. 1 ss., p. 13 s.

¹⁸⁷ Cfr. M. MELI, *Le origini del principio «chi inquina paga» e il suo accoglimento da parte della Comunità europea*, in *Riv. giur. amb.*, 1989, p. 218 ss.; K. VANDERKERCKHOVE, *The Polluter Pays Principle in the European Community*, in 13 *Yearb. Eur. Law*, 1994, p. 201 ss.

autori dell'illecito.¹⁸⁸ La prassi risalente, a partire dal celebre caso della fonderia di Trail del 1941¹⁸⁹ e fino al più recente episodio della diga di Gut del 1968,¹⁹⁰ sembra deporre in questo senso. Ma è dalla prassi convenzionale che si possono trarre le argomentazioni più consistenti: le convenzioni internazionali in materia di responsabilità da incidente ambientale, infatti, codificano *in toto* la regola della responsabilità oggettiva – come si vedrà più approfonditamente nel prosieguo – in capo al soggetto che ha dato causa all'incidente.¹⁹¹ Infine, anche le leggi dei singoli Stati prevedono il suddetto principio.¹⁹²

Una seconda questione riguarda l'applicazione del principio a soggetti privati e, pertanto, la sua concreta efficacia come regola di responsabilità. Al riguardo, va rilevato che il principio conserva una generalità di contenuto che non gli consente di superare le differenze esistenti tra i diversi regimi di responsabilità esistenti nei diversi ordinamenti. Una cosa è, infatti, l'*an* del risarcimento, sul quale – alla luce delle osservazioni sopra svolte – non può esservi alcun dubbio, altra cosa è il *quantum*, la cui determinazione resta

¹⁸⁸ In questo senso, con argomentazioni convincenti basate sulla prassi arbitrale e convenzionale v. F.M. PALOMBINO, *Il significato del principio «chi inquina paga» nel diritto internazionale*, in *Riv. giur. amb.*, 2003, p. 871 ss., p. 880.

¹⁸⁹ Il caso concerneva la pretesa, avanzata dagli Stati Uniti nei confronti del Canada nell'interesse di alcuni cittadini dello Stato di Washington, per il risarcimento del danno derivante dalle emissioni di diossido solforoso da parte dell'industria canadese Trail. Il Tribunale arbitrale incaricato di decidere nel merito, denominato Commissione Congiunta Internazionale, rilevò che «no State has the right to use or permit the use of its territory in such a manner as to cause injury by fumes in or to the territory of another or the property or persons therein». La decisione è pubblicata in *35 Am. Journ. Int'l Law*, 1941, p. 648 ss. Sul caso v. J.E. READ, *The Trail Smelter Dispute*, in *1 Canadian Yearb. Int'l Law*, 1963, p. 213 ss.; A.P. RUBIN, *Pollution by Analogy: The Trail Smelter Arbitration*, in *50 Oregon Law Rev.*, 1970/1971, p. 259 ss.; D.H. DINWOODIE, *Politics of International Pollution control: The Trail Smelter Case*, in *27 Int'l Journ.*, 1971/1972, p. 219 ss., p. 234 ss.; M. KARIN, *Rereading Trail Smelter*, in *31 Canadian Yearb. Int'l Law*, 1993, p. 213 ss., p. 221 ss.

¹⁹⁰ La vicenda riguardava i danni cagionati dalla costruzione di una diga al confine tra Canada e Stati Uniti. Dopo anni di negoziazioni, i due Stati avevano costituito un collegio arbitrale *ad hoc* per la liquidazione del danno a favore delle vittime, che pronunciava il lodo del 27 settembre 1968, in *8 Int'l Leg. Mat.*, 1969, p. 118 ss. Critici nei confronti della decisione E.L. KERLEY, C.F. GOODMAN, *The Gut Dam Claims – A Lump Sum Settlement Disposes of an Arbitrated Dispute*, in *10 Virginia Journ. Int'l Law*, 1969/1970, p. 300 ss., p. 324 ss.

¹⁹¹ V. per ora F.M. PALOMBINO, *Il significato del principio*, cit., p. 886 e, comunque, *infra* § 10.4.

¹⁹² Per gli Stati Uniti d'America v. il *Comprehensive Environmental Response Compensation and Liability Act* (CERCLA) del 1980, Pub. L. No. 96-510, codificato in 42 U.S.C. 9601-9675 e più volte emendato. Cfr. inoltre E.T. LARSON, *Why Environmental Liability Regimes in the United States, the European Community and Japan Have Grown Synonymous with the Polluter Pays Principle*, in *38 Vanderbilt Journ. Int'l Law*, 2005, p. 541 ss.

affidata alle politiche ambientali dei singoli ordinamenti.¹⁹³ Il principio *polluter-pays*, pertanto, si limita a stabilire che una qualche azione di risarcimento deve essere assegnata ai singoli, senza determinare l'effettivo contenuto della stessa. Da ciò deriva il dubbio che, pur applicando il suddetto principio, l'internalizzazione dei costi dell'inquinamento possa avvenire in modo incompleto.

Non che il problema sia rimasto taciuto. In effetti, sin dal 1972 l'OCSE aveva raccomandato agli Stati la negoziazione e l'adozione di *standards* comuni a livello internazionale, proprio al fine di evitare trattamenti differenziati a seconda degli ordinamenti prescelti.¹⁹⁴ Tuttavia, l'esortazione è rimasta inascoltata e, ad oggi, continua a sussistere in ambito ambientale una situazione di concorrenza tra ordinamenti che non sembra in via di soluzione, con conseguenze negative in termini di *tragedy of global commons*.

¹⁹³ Così, tanto criticamente quanto apoditticamente, J.-M. LAVIEILLE, *Droit international de l'environnement*, Paris, 1998, p. 98.

¹⁹⁴ OECD, *Guiding Principles*, cit., p. 1173. Sul problema v. U. KETTLEWELL, *The Answer to Global Pollution: A Critical Examination of the Problema and Potential of the Polluter-Pays Principle*, in 3 *Colorado Journ. Int'l Envtl. Law & Policy*, 1992, p. 429 ss., p. 445 ss.

CAPITOLO TERZO

NATURA, STRUTTURA E CONTENUTO DELLE NORME INTERNAZIONALI RELATIVE ALL'ACCOUNTABILITY DELLE IMPRESE MULTINAZIONALI

SOMMARIO: 7. Spunti per la ricostruzione di una teoria dell'*accountability* dell'impresa multinazionale. – 7.1. *Accountability* e conflittualità. – 7.2. Le fonti dell'*accountability* dell'impresa multinazionale. – 7.2.1. I codici di condotta delle imprese multinazionali: l'azione dell'OCSE. – 7.2.2. Il Progetto di codice di condotta redatto in sede ONU. – 7.2.3. I principi dell'iniziativa *Global Compact*. – 7.2.4. Iniziative private. – 7.3. Il valore dei codici di condotta: alcune riflessioni. – 8. Quale *accountability* per l'impresa multinazionale? – 8.1. L'impresa «irresponsabile». – 8.2. *Accountability* dell'impresa multinazionale e *Global Governance*.

7. Spunti per la ricostruzione di una teoria dell'*accountability* dell'impresa multinazionale.

7.1. *Accountability* e conflittualità. – Nelle pagine che precedono si è tentato di tracciare, attraverso il comportamento delle imprese multinazionali, il quadro del fenomeno della concorrenza tra ordinamenti nell'attuale spazio globale. È giunto ora il momento di evidenziare che la mobilità del capitale ed il beneficio del *regulatory arbitrage* concesso all'impresa dal sistema di concorrenza tra ordinamenti hanno generato enormi difficoltà nel legare l'impresa multinazionale ad un determinato ordinamento.¹ In sostanza, come è stato giustamente sottolineato, «profitant de la porosité des frontières, les entreprises développent des stratégies financières globales, indifférentes à la localisation réelle de leurs activités, qui tendent à miner l'effectivité des rattachements stables, générateurs d'une obligation de rendre compte».² In questo quadro, la mobilità dell'impresa sembra comportare l'impossibilità di imporle un obbligo di «rendere conto» della propria condotta. Si parla, ai riguardo, di «*accountability*» dell'impresa multinazionale.³

La concorrenza tra ordinamenti rappresenta un beneficio immediato per l'impresa, ma può generare esternalità negative a carico di soggetti terzi, in particolare della comunità globale. Il fine proprio dell'*accountability*, nel significato che vi si intende attribuire nel presente lavoro, è quello di

¹ Rileva correttamente al riguardo L. CATÀ BACKER, *The Autonomous Global Enterprise*, cit., p. 24, che, poiché «globalization permits the enterprise to treat regulation as another factor in the production of wealth», l'impresa multinazionale, «now in a position to shop for regulatory regimes, or even bargain for domestication within the territory of a regulatory territory, can take advantage of the limitations of the territorial principle to minimize the effects of regulation to inhibit enterprise activity. The principle of regulatory hierarchy can then be turned on its head. The ability to commodify regulation makes it at least theoretically possible to construct an economic entity which, through careful planning can take advantage of asset partitioning, cross holdings, and global dispersion of assets to avoid effective regulation by any one political community».

² H. MUIR WATT, *Aspects économiques*, cit., p. 275, cors. agg.; S.M. CARBONE, *Corporate governance, internazionalizzazione dei rapporti economici e accountability dell'impresa*, cit., p. 316 s.

³ La conclusione nel senso dell'assenza di un sistema di *accountability* dell'impresa multinazionale sembra avvalorata dalla situazione di crisi delle istituzioni dello Stato sul piano globale: se si riconduce l'obbligo di «rendere conto» alle norme dello Stato e se si assume l'esistenza di una crisi generalizzata della capacità di questo di rispondere adeguatamente ai problemi prodotti dalla globalizzazione, risulta naturale affermare che non può esservi alcuna *accountability* dell'impresa multinazionale. Come si dimostrerà nel corso del presente lavoro, esistono regole di responsabilità extrastatali, che traggono la loro origine formale e giuridica dall'ordinamento internazionale e che, per quanto concretamente applicate dagli Stati, mirano a tutelare interessi della Comunità internazionale e delle stesse imprese multinazionali quali protagoniste del mondo globalizzato. V. *infra* § 7.2.5.

regolare tali esternalità, riconducendole in capo all'impresa che le ha generate o può generarle. Intesa in questo senso, l'*accountability* può derivare non solo da norme internazionali, ma anche da fonti statali, di natura sia prescrittiva, sia volontaria. Di questo vasto concetto di *accountability*, delle sue basi giuridiche e delle sue fonti, si cercherà di offrire una panoramica nel corso del presente capitolo, mentre in quelli successivi di metteranno a fuoco le modalità con le quali, attraverso le categorie della responsabilità civile, del diritto penale e della tutela dei diritti umani fondamentali, l'*accountability* si manifesta nell'attuale scenario globale.

Sotto un primo profilo, è opportuno sgombrare il campo da un pregiudizio di fondo, secondo il quale vi sarebbe incompatibilità logica tra la mobilità dell'impresa e l'*accountability* della stessa. Si tratta di un pregiudizio che trae la propria forza da un concetto di *accountability* limitato alle regole di responsabilità predisposte dagli Stati in materia civile e penale, sicché da ciò è giocoforza affermare che al di fuori di fonti statali non possa esistere alcuna *obligation de rendre compte*. Con tale limitazione in mente, è logico ammettere che la nozione di *accountability* dell'impresa multinazionale possa concepirsi soltanto in relazione ad determinato ordinamento, sia esso quello della *holding* ovvero quello della sussidiaria, le cui norme, pertanto, dovranno applicarsi all'impresa nel suo complesso in via esclusiva. Peraltro, siffatta prospettiva è destinata ad attribuire un'importanza fondamentale, quanto alla determinazione in concreto delle norme inerenti la responsabilità dell'impresa, alle norme sulla giurisdizione e alle regole di conflitto in vigore nei singoli Stati, che rappresentano gli strumenti attraverso i quali questi ultimi possono estendere in via extraterritoriale la portata delle proprie norme sostanziali.

In effetti, la prassi rivela certamente come gli Stati abbiano costantemente tentato di modellare le proprie norme di conflitto in modo da facilitare l'applicazione delle proprie regole di responsabilità alle parti dell'impresa localizzate in altri Stati. Un primo esempio di questo tipo, praticato soprattutto nella prassi statunitense, può essere dato dalla c.d. «teoria degli effetti», secondo la quale sussisterebbe la giurisdizione dello Stato per tutte le condotte poste in essere all'estero ed idonee a produrre

effetti economici nel foro.⁴ In tali casi, dovrebbe applicarsi la *lex fori*, in modo da costringere l'impresa estera ad adottare gli *standards* di comportamento vigenti nel foro, ove la sua condotta appaia idonea, per l'appunto, a produrre effetti in quell'ambito territoriale.⁵ Non è dunque un caso che, al riguardo, la stessa giurisprudenza statunitense richieda, quale requisito per la sottomissione di un'impresa straniera alla giurisdizione delle autorità *antitrust* statunitensi, la «prevedibilità» della produzione degli effetti sul territorio di quello Stato⁶ e neppure che, inoltre, la medesima condizione sia stata inserita dal Congresso nella legge del 1982 relativa alle pratiche concorrenziali realizzate all'estero.⁷ Chiaramente, il requisito in parola svolge la funzione di indurre l'impresa straniera che intenda compiere operazioni transnazionali, a tenere in debita considerazione le disposizioni sancite dall'ordinamento statunitense, perché di esse *rendra compte* dinanzi ai giudici di quello Stato.

⁴ Per una trattazione di tale teoria all'interno del sistema federale statunitense v. *Restatement of Law (Second) Conflict of Laws*, I, St. Paul (Minn.), 1971, par. 37, dedicato alla giurisdizione conseguente al fatto di «causing effects in State by act done elsewhere». La più celebre pronuncia in materia di teoria degli effetti, riguardante un'impresa multinazionale, è rappresentata dalla sentenza della Corte distrettuale d'Appello di New York nel caso *United States v. Aluminium Co. of America (ALCOA)*, 148 F. 2d 416, 443 (2d Cir. 1945), destinato a superare l'approccio territoriale puro sancito dalla Corte Suprema nel caso *American Banana Co. v. United Fruit Co.*, 213 U.S. 347 (1909). V. sul punto, prima della pronuncia menzionata, R.T. MOLLOY, *Application of the Anti-Trust Laws to Extra-Territorial Conspiracies*, in 49 *Yale Law Journ.*, 1940, p. 1312 ss.; per una rassegna completa dei casi successivi v. J.A. TRENOR, *Jurisdiction and the Extraterritorial Application of Antitrust Laws After Hartford Fire*, in 62 *Univ. Chicago Law Rev.*, 1995, p. 1583 ss., p. 1590 ss.

⁵ In senso contrario, J.M. RAYMOND, *A New Look at the Jurisdiction in ALCOA*, in 61 *Am. Journ. Int'l Law*, 1967, p. 558 ss., p. 564, il quale evidenzia che, poiché nei casi di applicazione della «teoria degli effetti» la cognizione del giudice statunitense è limitata agli effetti stessi della condotta posta in essere all'estero, ciò non avrebbe conseguenze in relazione alle condotte da realizzarsi all'estero in futuro. Non ci pare che l'osservazione abbia pregio, poiché è ovvio che la prospettiva dell'attrazione in una determinata giurisdizione, seppur con i limiti derivanti dalle regole sulla giurisdizione, è in grado di incidere sul calcolo del rischio inerente una determinata condotta transfrontaliera da parte di un soggetto razionale.

⁶ V. il caso *United States v. The Watchmakers of Switzerland Information Center Inc. et al.*, 1963 Trade Cas. P. 70,600 e, soprattutto, il *Restatement of the Law (Third) of the Foreign Relations of the United States*, St. Paul (Minn.), 1987, par. 403, lett. a, il quale impone che «the link of the activity to the territory of the regulating state, i.e., the extent to which the activity takes place within the territory, or has substantial, direct, and foreseeable effect upon or in the territory».

⁷ Si tratta del *Foreign Trade Antitrust Improvements Act*, Pub. L. No. 97-290, la cui regola menzionata nel testo si trova codificata in 15 U.S.C. § 6a(1)(A) & (B), sul quale v. D.T. MURPHY, *Moderating Antitrust Subject Matter Jurisdiction: The Foreign Trade Antitrust Improvements Act and the Restatement of Foreign Relations Law (Revised)*, in 54 *Univ. Cincinnati Law Rev.*, 1986, p. 779 ss.

Un secondo esempio può essere tratto dal principio del *locus damni* o *locus injuriae*, quale criterio per la determinazione della giurisdizione competente e della legge applicabile, in alternativa al più tradizionale principio del *locus commissi delicti*.⁸ Imponendo agli autori di un illecito all'estero di « rendere conto » delle proprie condotte dinanzi ai giudici del foro, lo Stato è in grado di imporre le proprie regole di responsabilità anche in relazione a fatti esauriti nel territorio di altri Stati, ma ai quali conseguono danni anche nel territorio del foro.⁹

⁸ Com'è noto, il criterio del *locus commissi delicti* stabilisce la giurisdizione competente e la legge applicabile in materia di illecito extracontrattuale, individuandola, rispettivamente, nel giudice e nella legge del luogo in cui è stato commesso l'illecito. Tale regola risulta oggi adottata in diversi ordinamenti nazionali, rispetto ai quali occupa ancora, nonostante le eccezioni di volta in volta previste, un «posto centrale»: A. SARAVALLE, *Recenti sviluppi in materia di responsabilità civile in diritto internazionale privato comparato*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1995, p. 657 ss., p. 658. Sotto il profilo della giurisdizione, il principio ha subito un'evoluzione interpretativa, che ha portato la giurisprudenza a distinguere tra «luogo dell'evento» e «luogo del danno», qualora questi si producano in Stati differenti. Al riguardo, con le note pronunce del 30 novembre 1976, causa 21/76, *Handelskwekerij G.J. Bier B.V. c. Mines de Potasse d'Alsace*, in *Raccolta*, 1976, p. 1735 ss. e del 7 marzo 1995, causa 68/93, *Shevill c. Press Alliance*, *ivi*, 1995, I, p. 415 ss., commentata da P. LAGARDE, in *Revue critique dr. int. privé*, 1996, p. 495 ss., la Corte di Giustizia CE ha stabilito che per «giudice del luogo in cui l'evento dannoso è avvenuto» ai sensi dell'art. 5 co. 3 della Convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968 concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle sentenze in materia civile e commerciale, si potesse intendere sia il giudice del luogo dell'evento dannoso («danno-evento»), sia il giudice del luogo in cui si è prodotto il danno («danno-conseguenza»). Sul punto v. L. MARI, *Il diritto processuale civile della Convenzione di Bruxelles*, Padova, 1999, pp. 375-425 e l'ampia bibliografia *ivi* riportata; sulla corrispondente norma del Regolamento comunitario n. 44/2001 cit., v. F. SALERNO, *Giurisdizione ed efficacia delle decisioni straniere nel Regolamento (CE) n. 44/2001 (La revisione della Convenzione di Bruxelles del 1968)*², Padova, 2003, p. 105 ss. Secondo la citata giurisprudenza, la cognizione del giudice del «luogo in cui il danno si è prodotto» sarebbe limitata ai danni prodotti nello Stato del foro (cfr. la sentenza del 7 marzo 1995, cit., par. 30). Sul punto v. P. STONE, *Civil Jurisdiction and Judgments in Europe*, Harlow (Essex), 1998, p. 66 ss.; soprattutto, v. l'incisiva critica di A. SARAVALLE, «*Forum damni*» o «*fora damni*», in *Foro it.*, 1995, IV, c. 332 ss., spec. c. 339, il quale giustamente osserva che la scelta tra i due fori, posta dalla Corte a favore dell'attore, appare del tutto illusoria, poiché ragioni di economia processuale indurranno quest'ultimo ad instaurare il giudizio nel foro dell'evento, anziché nei singoli fori del danno. Nello stesso senso, ma con diverse argomentazioni, A. GARDELLA, *Diffamazione a mezzo stampa e Convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1997, p. 657 ss., p. 678 s., la quale ritiene che la pluralità di *fora damni* possa dare luogo ad un «contrasto [di giudicati...] solo apparente».

⁹ Se, come si è accennato nella nota precedente, secondo la giurisprudenza comunitaria il giudice del luogo del danno ha giurisdizione nei limiti dei danni prodotti nel foro, ciò significa, esattamente, che egli dovrà applicare la legge stabilita dalle proprie regole di diritto internazionale privato, nel rispetto del limite *testé* menzionato. Egli farà dunque riferimento al principio del *locus commissi delicti* ed applicherà la legge del luogo dell'evento ovvero del danno, a seconda dell'interpretazione corrente delle proprie norme di conflitto. Tuttavia, entrambe le alternative non sembrano in grado di risolvere il problema della differenza tra le legislazioni. Si supponga che lo Stato A preveda una normativa più stringente in materia ambientale rispetto allo Stato B; competenti per l'accertamento dei danni prodotti da un'impresa di A operante in B saranno, in base al principio in esame, i giudici dello Stato B. Applicando le regole di responsabilità *ivi* vigenti, i giudici riconosceranno alle vittime

Un'ultima ipotesi da menzionare concerne i criteri di giurisdizione in materia *antitrust*. In tale settore, infatti, si applica il criterio c.d. «del mercato interessato», per cui l'impresa che intende operare in un determinato mercato deve assoggettarsi alla regolamentazione del foro in materia *antitrust*.¹⁰

Nei tre ambiti testé menzionati, l'applicazione della *lex fori* risponde a due finalità compresenti: da una parte, essa, come si suol dire, essa «livella il campo da gioco», imponendo al convenuto l'internalizzazione dei costi derivanti dalle differenze regolamentari tra ordinamenti, che altrimenti resterebbero a carico dell'attore;¹¹ dall'altra, essa estende oltreconfine le regole di responsabilità previste dall'ordinamento del foro, imprimendo alle stesse un tipico effetto extraterritoriale. In questo senso, deve ammettersi che uno schema così strutturato è in grado di assoggettare potenzialmente l'intera impresa multinazionale ad un'unica legge.¹² Proprio per questa

un risarcimento inferiore alla consistenza reale del danno rispetto a quelle che avrebbero ottenuto dai giudici di A applicando la legge di A alla medesima ipotesi di illecito. Ma la situazione non muterebbe se la controversia fosse radicata nello Stato A, perché anche qui il principio del *locus commissi delicti* imporrebbe ai giudici l'applicazione della legge di B. Il risultato è che in tutte le soluzioni astrattamente ipotizzabili, il risarcimento riconosciuto in base alle suddette regole di giurisdizione sarà inferiore al reale danno subito dalla vittima. Al riguardo, un rimedio potrebbe consistere nel riconoscere ai giudici dello Stato B la facoltà di applicare la *lex fori* in relazione a tutti i danni prodotti dall'evento. In questa direzione si è mossa, per la verità con molta timidezza, la proposta di regolamento comunitario sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali, denominato «Roma II», che attualmente risulta ancora in fase di approvazione (COM/2003/0427 def.). V. *infra* § 9.2.2.

¹⁰ Il principio è stato adottato nell'ordinamento comunitario sotto la denominazione di «territorialità oggettiva» (cfr. Tribunale di Primo Grado, 25 marzo 1999, causa T-102/96, *Gencor Ltd. c. Commissione*, in *G.U.C.E.*, L11 del 1997, p. 13 ss., par. 74), che poi altro non è che una variante semantica della «teoria degli effetti»: U. DRAETTA, *La giurisdizione internazionale della Commissione in materia di controllo delle concentrazioni*, in *Dir. comm. int.*, 1998, p. 785 ss., p. 788; M.P. BROGER, *The European Commission's Extraterritorial Powers in Merger Control. The Court of First Instance's Judgment in Gencor v. Commission*, in 49 *Int'l & Comp. Law Quart.*, 2000, p. 172 ss., p. 176 ss.

¹¹ E' chiaro, infatti, che nella condizione inversa di applicazione, per esempio, del principio del *locus commissi delicti*, mentre il convenuto – cioè l'autore dell'illecito – gode *a priori* di un *regulatory arbitrage* nella scelta dell'ordinamento nel quale stabilire la propria attività ed allocare il rischio d'impresa, l'attore – cioè la vittima – non gode dello stesso vantaggio. Chiamare il danneggiante a rendere conto della propria condotta in uno Stato nel quale egli ha deliberatamente scelto di stabilirsi, collocandovi il rischio d'impresa, significa esattamente favorire la produzione di esternalità insite nelle differenze legislative esistenti tra i diversi ordinamenti coinvolti. In questo caso, la delocalizzazione dell'attività comporta un'esternalità, corrispondente al rischio d'impresa, che, assieme al capitale, viene trasferito in capo alla comunità medesima. V. *infra* § 9.1.

¹² Anche qui – trattandosi di una situazione di concorrenza tra ordinamenti o, meglio, di concorrenza tra regole di responsabilità – potranno verificarsi ipotesi di *race to the bottom* e di *race to the top*, ove all'impresa siano rese disponibili regole di responsabilità più o meno stringenti a

ragione, esso appare idoneo a generare conflitti di giurisdizioni e di leggi, che difficilmente potrebbero essere risolti se non attraverso la cooperazione intergovernativa e lo strumento del trattato internazionale.¹³

Al riguardo, si potrebbero citare moltissimi casi di conflitti generati dall'imposizione all'estero, da parte degli Stati, delle proprie normative in materia di responsabilità. Indipendentemente dallo strumento utilizzato, sia esso di carattere procedurale (come nei casi *Laker*¹⁴ o *Yukos*)¹⁵ autorizzativo (come nel caso della fusione *Honeywell/General Electric*)¹⁶ ovvero diplomatico (come nella celebre controversia del «gasdotto siberiano»)¹⁷ va

seconda dell'ordinamento prescelto. Al riguardo, deve rilevarsi che, ove gli Stati estendano in via extraterritoriale i propri *standards* di responsabilità, si avrà un effetto di innalzamento del livello di *accountability*, sicché l'impresa sarà incentivata ad adottare lo *standard* più elevato. Tuttavia, ciò comporterà dei costi non soltanto a carico dell'impresa, ma anche dell'intero sistema, attesi i conflitti che, come si riferirà di seguito nel testo, tale situazione è destinata a generare a livello globale.

¹³ Così P.T. MUCHLINSKI, *Multinational Enterprises and the Law*, cit., p. 45.

¹⁴ Nella vicenda inerente la *Laker Airways Ltd.*, il liquidatore di quest'ultima citò in giudizio dinanzi alla Corte d'Appello del District of Columbia alcune compagnie aeree, ree di aver concluso un'intesa per la fissazione di prezzi nel settore in danno della società in liquidazione. Le convenute, anziché costituirsi dinanzi alla Corte, ottennero dai giudici inglesi una *anti-suit injunction* nei confronti delle controparti negli Stati Uniti, che fu tuttavia successivamente annullata dalla House of Lords (v. [1985] AC 58). Nel frattempo la Corte distrettuale aveva emesso un'identica ingiunzione nei confronti delle medesime compagnie. Per il provvedimento americano v. *Laker Airways Ltd v. Panamerica World Airways et al.*, 577 F. Supp. 348 (D.C. 1984)] e, per quello inglese, British Appellate Court, [1983] 3 All. E.R. 375. Sul caso v. R. CANNON, *Laker Airways and the Courts: A New Method of Blocking the Extraterritorial Application of U.S. Antitrust Laws*, in 7 *Journ. Comp. Bus. & Cap. Market Law*, 1985, p. 63 ss., p. 67 ss.; A.S. FRIEDMAN, *Laker Airways: The Dilemma of Concurrent Jurisdiction and Conflicting National Policies*, in 11 *Brooklyn Journ. Int'l Law*, 1985, p. 181 ss., p. 192 ss.

¹⁵ Sulla vicenda del *temporary restraining order* della Corte di Houston nei confronti della Federazione Russia v. *Yukos Oil Co. v. Russian Federation (In re Yukos Oil Co.)*, 320 B.R. 130 (Bankr. D. Tex. 2004), ricordata *supra* § 6.3.2.

¹⁶ La fusione tra Honeywell e General Electric (GE), annunciata nell'ottobre del 2001, ricevette l'autorizzazione dell'Amministrazione americana in data 2 maggio 2002, ma la stessa autorizzazione fu negata dalla Commissione europea il 3 luglio successivo. Sull'incompatibilità tra i sistemi di intervento pubblico nel settore *antitrust* statunitense ed europeo e per un'analisi della vicenda su questo punto v. E.M. FOX, *Mergers in Global Markets: GE/Honeywell and the Future of Merger Control*, in 23 *Univ. Pennsylvania Journ. Int'l Econ. Law*, 2002, p. 457 ss., in part. p. 465; per le prospettive, invece, di una convergenza internazionale in ambito *antitrust*, proprio in conseguenza del caso menzionato, cfr. A. EZRACHI, *Globalization of Merger Control: A Look at Bilateral Cooperation through the GE/Honeywell Case*, in 14 *Florida Journ. Int'l Law*, 2001/2002, p. 397 ss., p. 408 ss.; v. W.J. KOLASKY, *GE/Honeywell: Continuing the Transatlantic Dialog*, in 23 *Univ. Pennsylvania Journ. Int'l Econ. Law*, 2002, p. 513 ss.

¹⁷ Ci si riferisce all'aspro contrasto diplomatico generato dalle misure extraterritoriali assunte dal Governo degli Stati Uniti nei confronti dell'Unione Sovietica a partire dalla fine del 1981. Tali misure consistevano nell'imposizione e nella negazione *sine die* delle licenze all'esportazione nell'Unione Sovietica di beni o tecnologie utilizzabili per la raffinazione di petrolio o gas naturale.

registrata la tendenza degli Stati a risolvere le questi sorte dal conflitto attraverso un negoziato, un'intesa o un accordo, con la conseguente trasposizione del conflitto sul piano del diritto internazionale.¹⁸

Ai conflitti in parola il diritto internazionale ha offerto alcune risposte importanti. Inizialmente, si è cercato di risolvere le questioni nascenti dalle condotte di imprese multinazionali attraverso strumenti tradizionali bilaterali, quali il negoziato diretto tra gli Stati o l'istituto della protezione diplomatica.¹⁹ Successivamente, gli Stati hanno utilizzato, quali sedi di discussione, gli organi delle organizzazioni internazionali coinvolte sotto il profilo politico, come l'OCSE o le Nazioni Unite, affrontando i suddetti problemi attraverso un approccio multilaterale. Più recentemente, le istituzioni internazionali interessate, intergovernative e non governative, hanno chiamato le imprese stesse a fornire il proprio apporto all'enucleazione di una serie di principi di condotta in ambito commerciale,

Con alcuni emendamenti introdotti il 18 giugno 1982 e finalizzati a bloccare la costruzione del gasdotto transiberiano, l'Amministrazione Reagan deliberò l'estensione dei controlli anche ai beni di origine non statunitense, esportati da società controllate o possedute da cittadini o società incorporate negli Stati Uniti, nonché a tutti i beni incorporanti beni o tecnologia statunitense, con la minaccia di pesanti sanzioni a carico di coloro che avessero violato l'embargo. La reazione della Comunità europea e le proteste dei suoi membri indussero il Governo americano ad abrogare l'embargo, non senza rilevanti vertenze tra società europee e l'Amministrazione americana. Il contrasto raggiunse il suo apice quando, il 23 agosto 1982, il Governo francese ordinò alla società Dresser S.A. di dare esecuzione al contratto di fornitura a favore del Governo russo e questa, alla stessa data, richiese alla Corte distrettuale del District of Columbia l'emissione di un'ingiunzione nei confronti del Governo americano in virtù di un presunto danno che la società avrebbe risentito per il mancato adempimento delle misure d'embargo. La Corte rigettò l'istanza [*Dresser Industries v. Baldrige*, 549 F. Supp. 108 (D.D.C. 1982)], sicché la società di trovò, di fatto, nell'impossibilità di conformarsi a entrambe le ordinanze francese ed americana. La questione aprì il dibattito sui limiti sanciti dal diritto internazionale in tema di giurisdizione: M. BENEDETTELLI, *Sull'applicazione extraterritoriale delle misure di embargo degli Stati Uniti relative al «gasdotto siberiano»*, in *Riv. dir. int.*, 1984, p. 529 ss., p. 541 ss.; P. MERCIAI, *The Euro-Siberian Gas Pipeline Dispute – A Compelling Case for the Adoption of Jurisdictional Codes of Conduct*, in 8 *Maryland Journ. Int'l Law & Trade*, 1984, p. 1 ss., p. 19 ss.

¹⁸ In questo senso v. J.P. GRIFFIN, M.R. CALABRESE, *Coping with Extraterritoriality Disputes*, in 22 *Journ. World Trade Law*, 1988, p. 5 ss.; M. SORNARAJAH, *The Extraterritorial Enforcement of U.S. Antitrust Laws: Conflict and Compromise*, in 31 *Int'l & Comp. Law Quart.*, 1982, p. 127 ss., spec. p. 136 ss.; con particolare riguardo al caso *Honeywell/GE*, menzionato *supra* nota 16, L.M. RENZI, *GE/Honeywell Merger: Catalyst in the Transnational Conglomerate Merger Debate*, in 37 *New Eng. Law Rev.*, 2002/2003, p. 109 ss., la quale rileva (*ivi*, p. 140) che «[w]hen there are inconsistencies in the procedural and substantive policies of antitrust, the consequences for corporations contemplating a merger are costly and inconvenient»; con riguardo al caso *Laker*, citato alla nota 14, v. invece A.S. FRIEDMAN, *Laker Airways*, cit., p. 218 ss.

¹⁹ Ad esempio, la celebre controversia relativa alla *Barcelona Traction* concerneva null'altro che l'effetto dannoso, in termini economici, prodotto sugli azionisti della società canadese in conseguenza della condotta delle autorità spagnole. In quel caso, venne utilizzato l'istituto della protezione diplomatica. Per qualche cenno in proposito, v. *supra* § 6.4.1.

offrendo così una legittimazione più democratica al sistema di creazione delle regole di responsabilità destinate ad applicarsi alle imprese multinazionali.²⁰ Questo passaggio è cruciale ai fini del presente lavoro.

Al riguardo, è opportuno precisare che a seguito di tali sviluppi si è costituito un *un nucleo autonomo di regole di responsabilità* rivolte direttamente all'impresa multinazionale al fine di influenzarne la condotta e volte a dirimere i conflitti derivanti dall'applicazione extraterritoriale delle regole di responsabilità statali.²¹ Il coinvolgimento delle imprese nella redazione e nell'applicazione delle predette regole, da una parte, dimostra l'inadeguatezza delle fonti di origine statale e l'impossibilità di ricondurne il contenuto all'ordinamento di un determinato Stato,²² mentre, dall'altra, conferma la volontà di affidare alle stesse imprese multinazionali un autentico *scopo sociale internazionale* che, prescindendo dalla volontà dei singoli Stati, si rivolge alla costruzione di una sorta di *global federalism*,²³ all'interno del quale l'impresa responsabile rivesta nella gestione delle risorse mondiali un ruolo adeguato alla sua importanza nel novero dei protagonisti della globalizzazione.²⁴

²⁰ Sull'idea che le imprese multinazionali possano dotarsi di un autonomo *corpus* di regole, a prescindere dalle norme imposte loro dagli Stati ed adottate grazie ad un'azione collettiva a livello globale, v. J.-P. ROBE, *Multinational Enterprises: The Constitution of a Pluralistic Legal Order*, in G. TEUBNER (ed.), *Global Law Without a State*, Brookfield (Vt.), 1996, p. 45 ss.

²¹ Così P. MERCIAI, *The Euro-Siberian Pipeline Dispute*, cit., p. 37 ss., che considera i codici di condotta delle imprese multinazionali (v. *infra* § 7.2.1 s.) come regole idonee a risolvere i conflitti di giurisdizione e, soprattutto, i contrasti politici tra gli Stati interessati dall'attività dei tali imprese.

²² Questo specifico punto è l'oggetto del lavoro di L. CATÀ BACKER, *The Autonomous Global Enterprise*, cit., p. 25 ss. Secondo l'Autore (*ivi*, p. 25), «the autonomous enterprise can even develop its own institutional framework for self-regulation among the community of economic enterprises similarly situated in concert with states, now not so much as regulators, but instead as partners in the attainment of mutually beneficial goals».

²³ Il termine *global federalism* risale a W.O. DOUGLAS, *Towards a Global Federalism*, New York/London, 1968, part. p. 43. V. inoltre E.M. FOX, *Global Markets, National Law, and The Regulation of Business - A View From the Top*, in M. LIKOSKY (ed.), *Transnational Legal Processes*, London, 2002, p. 135 ss.

²⁴ A partire dal 1999, il Segretario Generale delle Nazioni Unite Kofi Annan si è proposto di costruire, con la partecipazione di tutti gli attori dello scenario globale, un sistema di *global governance* formato da dieci principi-chiave in materia di lavoro, corruzione, ambiente e diritti umani, nel quale un ruolo di primo piano è affidato all'impresa multinazionale: cfr. il programma – denominato *Global Compact* – sul sito Internet <<http://www.unglobalcompact.org/AboutTheGC/index.html>> (visitato il 22 maggio 2006). Per la prospettiva di un governo mondiale per la gestione della politica ecologica globale v. inoltre M. M'GONIGLE, *Between Globalism and Territoriality: The Emergence of an International Constitution*

7.2. Le fonti. – Le norme destinate a regolare la condotta delle imprese multinazionali possono provenire, oltre che dagli ordinamenti dei singoli Stati coinvolti, da istituzioni od organizzazioni internazionali. Ad oggi, non esistono convenzioni internazionali che direttamente si occupano dell'*accountability* dell'impresa multinazionale, dettando norme destinate ad essere applicate dagli Stati contraenti nei confronti delle imprese multinazionali o delle società facentine parte.²⁵ Si tratta dunque di regole formate a livello internazionale attraverso conferenze intergovernative, ovvero fatte proprie dalle stesse imprese multinazionali mediante associazioni di carattere volontario che non hanno, di per sé, l'efficacia vincolante delle norme contenute in trattati ma che, come si vedrà, assumono un preciso significato giuridico che prescinde dalla natura della fonte dalla quale provengono.

7.2.1. I codici di condotta delle imprese multinazionali: l'azione dell'OCSE.

– Storicamente, le prime norme dell'*accountability* dell'impresa multinazionale si ritrovano nel *Codice relativo alle società multinazionali*, comprensivo di alcune *Guidelines*, promosso in sede OCSE nella sua veste originale nel 1976 ed emendato in più occasioni, fino all'ultima versione dell'anno 2000.²⁶ Esso si indirizza agli Stati ed alle imprese multinazionali²⁷ e

and The Challenge of Ecological Legitimacy, in 15 *Canadian Journ. Law & Jurisprudence*, 2002, p. 159 ss., p. 163 ss.

²⁵ L'unica convenzione ad oggi in fase di proposta è quella presentata dall'organizzazione non governativa Friends of the Earth International (FOEI) nel corso del World Summit di Johannesburg del 2002. Il testo del progetto di *Convention on corporate accountability*, che si può leggere in S. TULLY (ed.), *International Documents on Corporate Responsibility*, Cheltenham/Northampton (Mass.), 2005, p. 19 s., è formato da 9 articoli ed appare molto interessante. Anzitutto, esso prevede che le *publicly traded companies*, i loro amministratori e dirigenti «take the negative environmental and social impacts of their activities fully into account in their corporate decision making» (art. 1, *iii*); che, inoltre, le vittime di eventuali violazioni di tali regole di responsabilità «anywhere in the world» possano adire i tribunali dello Stato della sede della capogruppo (art. 3, *i*); che, infine, agli interessati sia attribuita un'azione di legittimità nei confronti delle decisioni assunte dalla società (art. 3, *ii*). Il sistema sanzionatorio previsto dal progetto in parola è alquanto articolato, si applica «wherever the breaches occur» e può giungere fino ad un superamento della responsabilità limitata dell'azionista (art. 6, *iv*). L'art. 7 del progetto stabilisce, infine, un'estensione delle competenze della Corte penale internazionale per le violazioni delle norme della convenzione. Cfr. E. MORGERA, *From Stockholm to Johannesburg: From Corporate Responsibility to Corporate Accountability for the Global Protection of the Environment?*, in 13 *Rev. Eur. Comm. & Int'l Envtl Law* 2004, p. 214 ss., p. 218.

²⁶ Detto codice si legge in 15 *Int'l Leg. Mat.*, 1976, p. 967 ss. e risulta composto da una Dichiarazione, resa dai rappresentanti degli Stati membri dell'OCSE in data 21 luglio 1976, con

contiene sia norme generali concernenti le politiche d'impresa, sia disposizioni specifiche in materia di trasparenza, concorrenza, tassazione, impiego, relazioni industriali e tecnologia. Ciascuna di queste norme rispecchia un concreto problema di conflittualità che intende essere risolto attraverso la cooperazione.

Per quanto riguarda le politiche generali dell'impresa, all'impresa multinazionale è richiesto di rispettare la legge e le politiche di sviluppo dello Stato ospite²⁸ e i diritti umani,²⁹ di incoraggiare la formazione del capitale umano (cap. II, art. 4), di astenersi dal cercare di ottenere privilegi in materia ambientale, sanitaria, di sicurezza, di lavoro, fiscale o di incentivi finanziari (cap. II, art. 5), di sostenere e divulgare alle reti di fornitori principi di buona *corporate governance* conformi a quanto stabilito dalle *Guidelines* (cap. II, art. 10); l'impresa dovrà inoltre astenersi dall'ingerenza nelle attività politiche locali (cap. II, art. 11).³⁰

annesse una raccolta di *Guidelines for Multinational Enterprises* e tre decisioni del Consiglio dell'OCSE, tra cui una *Decision on Inter-Governmental Consultative Procedure on the Guidelines for Multinational Enterprises*: v. P. COOLIDGE, G. SPINA, D. WALLACE, *The OECD Guidelines for Multinational Enterprises: A Business Appraisal*, 1977. Il Codice in questione ha subito diverse modifiche nel 1979, 1984, 1991 e, infine, nel 2000. Per le ultime v. F. PAGANI, *La revisione delle Linee Guida per le multinazionali dell'OCSE*, in *Dir. comm. int.*, 2000, p. 967 ss.

²⁷ Il cap. I, art. 1 delle *Guidelines* si apre con l'affermazione che «[t]he Guidelines are recommendations jointly addressed by governments to multinational enterprises. They provide principles and standards of good practice consistent with applicable laws. Observance of the *Guidelines* by enterprises is voluntary and not legally enforceable».

²⁸ Cfr. al riguardo il cap. I, art. 7 delle *Guidelines*, che stabilisce che «[t]he entities of a multinational enterprise located in various countries are subject to the laws applicable in these countries». Inoltre, l'art. II raccomanda all'impresa multinazionale di «[c]ontribute to economic, social and environmental progress with a view to achieving sustainable development» (art. 1) e di «[e]ncourage local capacity building through close co-operation with the local community» (art. 3).

²⁹ Il cap. II, art. 2 raccomanda all'impresa di «[r]espect the human rights of those affected by their activities consistent with the host government's international obligations and commitments».

³⁰ L'obbligo di astensione dell'impresa multinazionale dall'ingerenza in attività politiche dello Stato ospite è stato sottoposto ad analisi dalla dottrina, soprattutto dopo l'episodio del colpo di Stato realizzato dal generale Pinochet l'11 settembre 1973 a Santiago del Cile. Com'è noto, le fasi conclusive del *putsch* in questione furono molto cruente ed a colpire furono soprattutto le immagini del bombardamento aereo della Moneda, la residenza presidenziale nella quale il capo del Governo, Salvador Allende, si era rifugiato. Nella vicenda, che fece precipitare il Cile in una dittatura sanguinaria durata vent'anni, furono coinvolte diverse multinazionali americane (ITT, Pepsi Cola, Chase Manhattan Bank) che intendevano in tal modo opporsi alle nazionalizzazioni promosse dal presidente Allende. Non fu estraneo all'ascesa violenta di Pinochet neppure il Governo americano, allora guidato da Richard Nixon e da Henry Kissinger. V. H.W. BAADE, *Codes of Conduct for Multinational Enterprises: An Introductory Survey*, in N. HORN (ed.), *Legal Problems of Codes of Conduct for Multinational Enterprises*, Deventer/Antwerp/Boston/London/ Frankfurt, 1980, p. 407 ss., p. 414 ss.

Diversi capitoli speciali sono dedicati a settori specifici di attività dell'impresa multinazionale. Quanto, anzitutto, alla trasparenza, le *Guidelines* distinguono tra informazioni che dovrebbero essere fornite ed *additional information*. Le prime concernono l'attività, l'assetto proprietario, la situazione finanziaria dell'impresa «as a whole»³¹ e comprendono informazioni di base e sostanziali, che dovranno in ogni caso rispettare gli *standards* di qualità più elevati.³² Le informazioni aggiuntive, invece, riguardano la politica sociale, etica ed ambientale perseguita dall'impresa, nonché il tenore dei codici di condotta adottati dall'impresa e tutte le informazioni relative al sistema di gestione del rischio e all'adempimento degli obblighi di legge o alla conformità rispetto ai codici di condotta.³³

Il capitolo dedicato al diritto del lavoro affronta, in generale, quattro temi. Anzitutto, esso si preoccupa del fatto che le imprese riconoscano la contrattazione collettiva e la rappresentanza sindacale dei lavoratori,³⁴ secondariamente, si raccomanda l'eliminazione di qualsiasi forma di lavoro minorile o forzato;³⁵ inoltre, si domanda all'impresa di rendere note talune informazioni al fine di consentire una contrattazione collettiva non viziata da asimmetrie informative;³⁶ infine, sono previste regole specifiche per il tirocinio dei dipendenti (art. 5), la chiusura degli impianti (art. 6) e la mobilità infragruppo (art. 7).

Le *Guidelines* stabiliscono poi alcune regole di condotta relative alla protezione dell'ambiente. Al riguardo, vige il generale principio per cui l'attività d'impresa dovrebbe essere diretta a sostenere lo sviluppo,

³¹ Cfr. cap. III, art. 1 delle *Guidelines* cit.

³² V. al riguardo il cap. III, art. 2, prima frase delle *Guidelines* cit. Sono considerate *basic information* quelle relative a nome, indirizzo, struttura, luogo delle società componenti l'impresa, la percentuale della partecipazione azionaria detenuta, incluse le partecipazioni incrociate (art. 3). Inoltre, per *material information* devono intendersi, ai sensi dell'art. 4, «the financial and operating results of the company», i suoi obiettivi, l'azionista di maggioranza e i diritti di voto in assemblea, i membri del consiglio di amministrazione e gli alti dirigenti, i «material foreseeable risk factors», ogni questione sostanziale riguardante gli impiegati e gli altri interessati e la struttura di *corporate governance*.

³³ V. cap. III, art. 5 delle *Guidelines* cit. V. in generale D.F. VAGTS, *Disclosure and the Multinational Enterprise: The Costs of illumination*, in N. HORN (ed.), *Legal Problems of Codes of Conduct*, cit., p. 315 ss., spec. p. 320 ss.

³⁴ Così l'art. 1 lett. a e l'art. 8 del cap. IV delle *Guidelines* cit.

³⁵ Cfr. l'art. 1 lett. b, c.

³⁶ Su questo problema v. S.K. PURSEY, *The Trade Union View on the Implementation of Codes of Conduct*, in N. HORN (ed.), *Legal Problems of Codes of Conduct*, cit., p. 277 ss., p. 283 s.

adottando criteri per l'informazione, la proporzionalità delle decisioni rispetto agli obiettivi e il controllo ambientale.³⁷ Per quanto concerne l'informazione, l'impresa dovrebbe rendere noti i dati relativi a danni potenziali all'ambiente, la salute e la sicurezza della comunità, rendendosi altresì disponibile a consultarsi con i rappresentanti di quest'ultima in modo adeguato e per tempo;³⁸ inoltre, nella fase di *decision-making* dovrebbero essere tenuti in debito conto sia l'eventuale impatto ambientale, da calibrarsi attraverso un programma *ad hoc*, sia il pericolo per la salute o la sicurezza delle persone, senza approfittare dell'incertezza scientifica per posporre l'implementazione di misure concrete volte a prevenire o minimizzare il danno (cap. IV, art. 3, 4).³⁹ L'impresa dovrebbe infine adottare misure di sicurezza idonee a «preventing, mitigating and controlling serious environmental and health damage from their operations» (art. 5), riferendosi così al più alto *standard* di protezione ambientale (art. 6, *a*) e contribuendo a mantenere alto il livello di guardia dei clienti sulle implicazioni ambientali dell'uso dei prodotti e dei servizi dell'impresa (art. 6, *c*). Infine, l'impresa dovrebbe costantemente monitorare la preparazione dei propri dipendenti al fine di fronteggiare incidenti o problemi nella sicurezza degli impianti (art. 7).⁴⁰

Il capitolo VI delle *Guidelines* affronta la questione della corruzione di funzionari stranieri. Vi si prevede, anzitutto, che l'impresa si astenga da qualsivoglia pratica corruttiva.⁴¹ Sul punto, le *Guidelines* intervengono a tre

³⁷ V. il cap. V, art. 1.

³⁸ V. il cap. V, art. 2.

³⁹ La rilevanza data dalle *Guidelines* all'elemento dell'informazione non è casuale. L'analisi economica del diritto insegna infatti che nella fase di negoziazione il comportamento delle parti e la soluzione economica finale sono fortemente influenzate dalle informazioni a disposizione di ciascuna. Inoltre, l'impossibilità, per una delle parti, di accedere a talune informazioni, invece note all'altra, rappresenta un freno al raggiungimento di una soluzione complessivamente efficiente.

⁴⁰ Sul problema della precauzione in materia di incidenti industriali v. *infra* § 9.1.

⁴¹ Il paragrafo iniziale del cap. VI stabilisce infatti che «[e]nterprises should not, directly or indirectly, offer, promise, give, or demand a bribe or other undue advantage to obtain or retain business or other improper advantage. Nor should the enterprises be solicited or expected to render a bribe or other undue advantage». Sul fatto che questa norma sia stata adottata senza troppe discussioni, a seguito della campagna moralizzante intrapresa dal Governo degli Stati Uniti in conseguenza degli scandali Watergate e Lockheed, v. B. SEYMOUR, *Illicit Payments in International Business: National Legislation, International Codes of Conduct, and The Proposed United Nations Convention*, in N. HORN (ed.), *Legal Problems of Codes of Conduct*, cit., p. 219 ss., p. 227 s.

livelli, dettando norme di contenuto e stigmatizzando, a tal proposito, l'utilizzo di canali di pagamento formalmente leciti, quali subcontratti, ordini di acquisto ed accordi di consulenza, sfruttabili in realtà a fini corruttivi (art. 1); inoltre, si raccomanda la massima trasparenza sia nella divulgazione delle misure adottate per combattere la corruzione,⁴² sia nel processo di *decision-making* dell'impresa (art. 3), che dovrà essere regolato in modo da scoraggiare prassi corruttive e consentire successivi controlli da parte delle autorità competenti (art. 5).

Il capitolo VII riguarda la protezione dei consumatori (cap. VII). In tale ambito, le *Guidelines* raccomandano politiche d'impresa rivolte alla promozione di «safety and quality» dei prodotti e dei servizi offerti ai consumatori. Il mezzo principale attraverso il quale il consumatore può essere effettivamente protetto è l'informazione, che non riguarda soltanto l'etichettatura (art. 1), ma anche il contenuto e tutti i momenti nei quali si realizza l'utilizzo, da parte del consumatore, del prodotto o del servizio (art. 2). Una disposizione specifica è dedicata alla protezione della *privacy* e dei dati personali (art. 5).

Apposite previsioni sono dedicate alla tecnologia (cap. VIII). Come si accennava più sopra, uno dei problemi conseguenti all'attività transnazionale dell'impresa è dato dalla detenzione, da parte di questa, del *know-how* e della tecnologia che potrebbero, per converso, risultare necessarie allo Stato ospite per progredire nella propria politica di sviluppo (art. 1). Su questo punto, le *Guidelines* si muovono attraverso due estremi nel senso che, pur riconoscendo l'importanza della tutela della proprietà industriale, ribadiscono che le imprese dovrebbero conformarsi alle politiche di sviluppo degli Stati ospiti, anche per quanto riguarda la scienza e la tecnologia (art. 2). Le imprese dovrebbero, infatti, consentire il trasferimento e la rapida diffusione delle tecnologie, nei limiti dei diritti di proprietà loro riconosciuti e, comunque, senza appesantirne eccessivamente i termini e le condizioni (art. 4).

Le *Guidelines* affrontano, inoltre, il problema della concorrenza (cap. IX). Esse determinano direttamente il contenuto delle condotte che dovrebbero ritenersi vietate: intese restrittive della concorrenza finalizzate

⁴² Sul ruolo della trasparenza nella lotta contro la corruzione v., oltre a quanto si evidenzierà nel cap. V del presente lavoro, spec. § 13.1, C.D. WALLACE, *The Multinational Enterprises*, cit., pp. 408-410.

alla fissazione di prezzi, alla concertazione dei prezzi delle aste pubbliche, alla riduzione delle quote di mercato e alla divisione del mercato attraverso l'allocazione dei clienti, dei fornitori, dei territori o di linee di commercio. È importante sottolineare, inoltre, che l'impresa dovrà tenere conto delle regole in materia *antitrust* degli ordinamenti le cui economie possono risultare danneggiate dalla condotta dell'impresa medesima: si tratta, in breve, di un'applicazione della già menzionata teoria degli effetti, il cui riconoscimento è dunque reso attuale nelle *Guidelines* in esame.⁴³

Un apposito paragrafo (cap. X) è, infine, dedicato alla tassazione delle imprese multinazionali. Al riguardo, le *Guidelines* raccomandano una completa sottomissione dell'impresa alle norme fiscali di tutti i Paesi nei quali essa opera e una piena trasparenza nei confronti delle autorità tributarie dei vari Stati, al fine di consentire a queste ultime di determinare con esattezza l'importo dovuto al fisco da parte dell'impresa.

Nel suo complesso, il codice di condotta redatto in sede OCSE rappresenta oggi l'iniziativa più evoluta nel settore dell'*accountability* dell'impresa multinazionale. Dal punto di vista contenutistico, si tratta sicuramente di uno strumento completo, perché traccia un quadro multidimensionale del fenomeno dell'impresa multinazionale. Inoltre, il suo costante monitoraggio e la possibilità di modifiche apportate direttamente dagli organi dell'OCSE ne fanno un mezzo facilmente adattabile ai sempre nuovi problemi che si affacciano nello scenario globale.

7.2.2. Il Progetto di codice di condotta redatto in sede ONU. – Un codice di condotta particolarmente significativo, elaborato in seno alle Nazioni Unite, si trova tuttavia ancora oggi in stato di progetto. Esso rappresenta il risultato del tentativo dell'organizzazione di promuovere sin dal 1972 un codice globale di condotta delle società multinazionali.⁴⁴ Le ragioni per le quali esso

⁴³ Al riguardo, il cap. IX, art. 2, stabilisce che le imprese multinazionali «[c]onduct all of their activities in manner consistent with all applicable competition laws, taking into account the applicability of the competition laws of jurisdictions whose economies would be likely to be harmed by anti-competitive activity on their part».

⁴⁴ I lavori per la stesura di questo codice risalgono al 1972 e furono inizialmente limitati al Consiglio Economico e Sociale (ECOSOC), che richiese al Segretario Generale la convocazione di un gruppo di esperti per lo studio del fenomeno delle multinazionali (risoluzione n. 1721-LIII); il rapporto di tale gruppo (*The Impact of Multinational Corporations on Development and on International Relations*, New York) fu pubblicato nel 1974; ad esso seguì l'istituzione di una Commissione per le società transnazionali, organo sussidiario dell'ECOSOC incaricato della redazione del suddetto

non è mai stato ufficialmente approvato risiedono principalmente nell'impossibilità di raggiungere, da parte di tutti gli Stati membri, un accordo di massima sui suoi contenuti, oltre che sul reale valore giuridico da attribuirsi alle relative disposizioni.⁴⁵ Senza dubbio, ha giocato a favore di un abbandono delle negoziazioni anche il fatto che la Comunità internazionale abbia dedicato i propri sforzi ad altri settori del diritto internazionale dell'economia, *in primis* la riforma del GATT.

Il codice, destinato a rivolgersi alle imprese multinazionali (nella dizione impropria di *transnational corporations*, TNC) considerate «as a whole»,⁴⁶ sarebbe stato composto da due parti. La prima parte, da dedicarsi alle attività delle imprese multinazionali, avrebbe sancito il rispetto della sovranità dello Stato ospite (artt. 7-9)⁴⁷ e dei suoi obiettivi di politica economica, sociale, culturale e di sviluppo (art. 10, 11, 13), la possibilità di revisione e l'applicazione in buona fede dei contratti in essere con lo Stato ospite (art. 12), il divieto di discriminazione tra individui (art. 14),⁴⁸ l'obbligo

codice, nonché del Centro delle Nazioni Unite sulle società transnazionali (risoluzioni n. 1913-LVII e 1908-CVII). Per una sintesi di questo *iter* v. F. NELLI FEROCI, *Società multinazionali*, cit., p. 359 ss.; L.R. PRIMOFF, *International Regulation of Multinational Corporations and Business. The United Nations Takes Aim*, in 11 *Journ. Int. Law & Econ.*, 1976/77, p. 287 ss., spec. p. 301 ss. La conclusione delle negoziazioni parve imminente nel biennio 1983/1984 (leggine le relative versioni in 22 *Int'l Leg. Mat.*, 1983, p. 192 ss. e *ivi*, 1984, p. 626 ss.), ma i lavori furono nuovamente ritardati per una serie di ostacoli burocratici, finché nel giugno del 1990 il Presidente della Commissione sottopose all'ECOSOC un progetto definitivo, ma nella sessione del 1991 fu deliberato il rinvio dei lavori fino al termine delle negoziazioni dell'OMC in sede di Uruguay Round. Nel 1993 la Commissione e il Centro furono assorbiti nell'UNCTAD e i lavori si esaurirono (per una sintesi v. C.D. WALLACE, *The Multinational Enterprise*, cit., pp. 1082-84). In generale v. S. COONROD, *The United Nations Code of Conduct for Transnational Corporations*, in 18 *Harvard Int. Law Journ.*, 1977, p. 273 ss.; N.T. WANG, *The Design of an International Code of Conduct for Transnational Corporations*, in 10 *Journ. Int. Law & Econ.*, 1975, p. 319 ss.; E. BENJAMIN, *The United Nations Code of Conduct for Transnational Corporations: Establishing A New Modus Vivendi?*, in 1 *Boston Univ. Int'l Law Journ.*, 1982, p. 83 ss., pp. 94-97.

⁴⁵ È significativo in questo senso che l'*Introductory Note* del progetto di codice redatto in sede di Nazioni Unite precisasse che «the legal nature of the Code still has to be discussed» (U.N. Doc. E/C.10/AC.2/8, 13 dicembre 1978).

⁴⁶ Cfr. l'art. 1 lett. c del Progetto di codice.

⁴⁷ Gli articoli menzionati riguardano, rispettivamente, il rispetto della sovranità nazionale dello Stato ospite, comprensiva del diritto di sovranità sulle risorse naturali (art. 7), l'obbligo di rispettare le leggi, i regolamenti e le pratiche amministrative dello Stato ospite (art. 8) e, infine, il riconoscimento in capo a ogni Stato del diritto di regolare e controllare le attività delle sussidiarie di TNC operanti nel suo territorio (art. 9). Sul punto v. P. POPE, *Transnational Corporations – The United Nations Code of Conduct*, in 5 *Brooklyn Journ. Int'l Law*, 1979, p. 129 ss., p. 137.

⁴⁸ In virtù dell'art. 14, tale divieto concerne la razza, il colore, il sesso, la religione, la lingua, l'origine sociale, nazionale o etnica ovvero politica o di opinione e può essere esteso in conformità alle

di astensione con riguardo alla collaborazione col regime di *apartheid* esistente in Sudafrica (art. 15), all'interferenza negli affari interni dello Stato ospite (art. 16) o nelle relazioni tra gli Stati (artt. 17-19)⁴⁹ e, infine, alle pratiche corruttive (art. 20).⁵⁰

Nella seconda parte del codice sarebbero poi inserite alcune regole di condotta speciali nell'ambito economico, finanziario e sociale dello Stato ospite. Si tratta, segnatamente, in ambito economico locale, degli obblighi di distribuire la catena di comando dell'impresa in modo da offrire un ruolo alle sussidiarie nei PVS (art. 21), di cooperare con le autorità dello Stato ospite nella condivisione delle responsabilità tra le diverse sussidiarie (art. 22), di consentire la partecipazione, a livello decisionale, di cittadini dello Stato ospite (art. 23, 24); in ambito economico internazionale, la TNC dovrebbe prestare la dovuta attenzione a non alterare, mediante il rimpatrio dei dividendi o altre operazioni infragruppo, la bilancia dei pagamenti dello Stato ospite (artt. 29-31), a non eludere la politica fiscale del medesimo Stato attraverso pratiche di *transfer pricing* (art. 33, 34) e, infine, a non utilizzare il trasferimento di tecnologia per la realizzazione di restrizioni allo sviluppo dei PVS (art. 36); nell'ambito della tutela dei consumatori, inoltre, dovrebbero essere vietate le condotte idonee a porre in pericolo la salute dei consumatori (art. 37, 38) e, in questo senso, sono fortemente raccomandate politiche di trasparenza nella presentazione del prodotto che contenga sostanze nocive (art. 39); quanto, poi, alla tutela dell'ambiente, la TNC dovrà ovviamente

politiche del governo locale finalizzate alla promozione dell'eguaglianza di opportunità e trattamento.

⁴⁹ Va sottolineato, al riguardo, il dovere, incombente sulle imprese multinazionali in virtù del Progetto in parola, di non trasporre sul piano internazionale le controversie insorte con lo Stato ospite. Più precisamente, mentre l'art. 17 si limita a vietare alle imprese di interferire nelle relazioni tra i governi, l'art. 18 raccomanda alle stesse di astenersi dal richiedere ai governi di agire in loro nome, applicando altresì – come auspicato dall'art. 19 – il principio dell'esaurimento dei ricorsi interni. L'art. 65 del Progetto stabilisce che lo Stato che agisca nell'interesse dell'impresa multinazionale dovrebbe rispettare sia il principio del previo esaurimento dei ricorsi interni, sia le disposizioni contenute nella Carta delle Nazioni Unite, ed in particolare quelle riportate nella Dichiarazione dei principi del diritto internazionale concernenti le relazioni amichevoli tra gli Stati.

⁵⁰ L'art. 20 del Progetto contiene due norme. La prima stabilisce il divieto di offrire, promettere o effettuare alcun pagamento, regalo o altro vantaggio a beneficio di pubblici ufficiali in considerazione dell'adempimento o dell'astensione, di questi ultimi, dai propri doveri. La seconda norma, invece, impone alla TNC di registrare e conservare le informazioni relative a qualsiasi pagamento fatto a pubblici ufficiali, anche tramite intermediari. La finalità di quest'ultima previsione si riconnette ai successivi controlli che le autorità degli Stati coinvolti potrebbero effettuare sulle operazioni svolte dalla TNC sul territorio dello Stato ospite. V. al riguardo L.R. PRIMOFF, *International Regulation*, cit., p. 314 ss.

rispettare l'ambiente dello Stato ospite (art. 41), rendendo note le informazioni relative alle caratteristiche dei prodotti, dei processi e delle altre attività idonee ad avere un impatto sull'ambiente (art. 42); infine, con riferimento agli obblighi di trasparenza, sarebbe stata prevista una complessa disciplina, concernente informazioni, da rendersi a scadenze annuali, sia finanziarie (bilancio, dividendi, risorse e ricerca), sia non finanziarie (struttura della TNC, attività svolte, numero di lavoratori impiegati ecc.) (art. 44).

Una parte finale è dedicata al trattamento delle imprese multinazionali da parte degli Stati (artt. 47-58).⁵¹ E' forse in questo settore che la tensione tra gli Stati industrializzati e i PVS ha provocato il fallimento dell'opera di codificazione intrapresa dagli organi delle Nazioni Unite. In particolare, a parte la previsione, per nulla nuova, della soggezione della sussidiaria alla legge dello Stato ospite (art. 56), il codice in parola avrebbe previsto la soggezione delle controversie sorte tra gli Stati e le sussidiarie delle TNC ai giudici nazionali dei soggetti coinvolti, salvo l'accordo delle parti su un mezzo alternativo di soluzione delle controversie medesime (art. 57), mentre le misure di nazionalizzazione ed espropriazione sarebbero state assoggettate alla legge dello Stato ospite (art. 55). Ove l'esercizio della giurisdizione, da parte di più Stati, avesse generato conflitti, l'art. 58 del codice avrebbe imposto agli Stati, semplicemente, di cercare di minimizzare il conflitto tramite «an approach of moderation and restraint».⁵² Su queste lacune, che rivelano la divergenza di visioni tra i paesi industrializzati ed i PVS, si è dunque arenata, non del tutto inaspettatamente, l'opera della commissione incaricata.⁵³ Tuttavia, le intenzioni di codificare principi di condotta delle imprese multinazionali a livello globale non si è esaurita qui,

⁵¹ Cfr. sul punto E. BENJAMIN, *The United Nations Code*, cit., p. 95 ss.

⁵² Non vi è dunque alcun richiamo alle modalità concrete attraverso le quali il conflitto di giurisdizione in materia di TNC dovrebbe essere risolto. La lacuna ci pare piuttosto grave, atteso che anche una norma non vincolante nel senso di stabilire la priorità del negoziato rispetto ad iniziative unilaterali avrebbe avuto l'effetto di indurre le parti in conflitto ad aprire quantomeno un dialogo, attraverso i rispettivi organi diplomatici, al fine di risolvere la controversia. Cfr. invece il cap. I, art. 7 delle Guidelines dell'OCSE (*supra* § 7.2.1), secondo il quale «[w]hen multinational enterprises are subject to conflicting requirements by adhering countries, the governments concerned will co-operate in good faith with a view to resolving problema that may arise».

⁵³ Sul punto v. P. LANSING, A. ROSARIA, *An Analysis of the United Nations Proposed Code of Conduct for Transnational Corporations*, in 14 *World Competition Law & Econ. Rev.*, 1990/1991, p. 35 ss., p. 41 s.

anzi ha trovato nuovi spunti grazie all'iniziativa del Segretario Generale Kofi Annan.

7.2.3. I principi dell'iniziativa *Global Compact*. – Nel corso della conferenza *World Economic Forum* tenutasi a Davos all'inizio del 1999, il Segretario Generale delle Nazioni Unite, Kofi Annan, ha proposto un'iniziativa dal nome *Global Compact*. Essa coinvolge diverse istituzioni in seno all'ONU e ha lo scopo di costituire un nucleo di principi a carattere globale, sul quale converga il consenso delle imprese, dei governi, delle organizzazioni internazionali⁵⁴ per l'instaurazione di «a human face on the global market place». ⁵⁵ I menzionati principi sono stati emendati nel 2004 ed oggi constano di dieci punti, divisi in quattro ambiti distinti.

Un primo ambito concerne i diritti umani. Le imprese – recita il Principio n. 1 – dovrebbero dare sostegno e rispettare la tutela dei diritti umani proclamati a livello internazionale e, come stabilito dal Principio n. 2, non rendersi complici in violazioni di tali diritti.⁵⁶

Il secondo ambito riguarda il diritto del lavoro. Il Principio n. 3 prevede il rispetto, da parte delle imprese, del diritto di associazione e del diritto alla contrattazione collettiva e si accompagna alla raccomandazione dell'eliminazione di ogni forma di lavoro forzato (Principio n. 4), all'effettiva abolizione del lavoro minorile (Principio n. 5) e all'eliminazione della discriminazione sul posto di lavoro (Principio n. 6).⁵⁷

⁵⁴ Per l'affermazione che «[t]he ultimate goal of the social compact is to enlist multinational corporations in the efforts of governments, multilateral institutions and non-governmental organizations to advance goals of social and economic development, such as reduction in poverty, enhancements in education, improvements in and access to healthcare, equal access to justice, and the universal engagement of human rights», v. B. KING, *The UN Global Compact: Responsibility for Human Rights, Labor Relations, and the Environment in Developing Nations*, in 34 *Cornell Int'l Law Journ.*, 2001, p. 481, p. 483.

⁵⁵ Così nelle dichiarazioni dell'Alto Commissario delle Nazioni Unite per i diritti umani alla Conferenza di Interlaken, Svizzera, il 10 giugno 1999, reperibile sul sito <<http://unhchr.ch/>>.

⁵⁶ Sul ruolo delle imprese multinazionali nell'ambito della protezione dei diritti umani v. *infra* § 15.1.

⁵⁷ Nell'ambito del diritto del lavoro, come è stato correttamente rilevato da A.M. TAYLOR, *The UN and the Global Compact*, in 17 *N.Y. Law School Journal of Human Rights*, 2000/2001, p. 975 ss., p. 979, «[t]he Compact seeks to encourage more genuine dialogue with workers and employers, and hopes employers will allow freedom of association in order to help foster solutions to labor problems and disputes. Moreover, the Compact seeks to achieve equilibrium in the labor market by ridding the economy of compulsory labor, thereby facilitating greater choices for families and

Nel terzo ambito, dedicato alla tutela dell'ambiente, il Principio n. 7 stabilisce che l'impresa dovrebbe dare sostegno al principio di precauzionalità in materia ambientale, mentre il Principio n. 8 auspica iniziative per la promozione di una maggiore responsabilità dell'impresa in quel settore, nonché l'incoraggiamento alla diffusione di tecnologie più attente alle esigenze dell'ambiente (Principio n. 9).

Infine, il Principio n. 10 relativo alla lotta alla corruzione impegna le imprese a operare per contrastare la corruzione, l'estorsione e la concussione.⁵⁸

Anche *Global Compact*, come gli altri strumenti sinora analizzati, è un programma ad ampio respiro dal carattere volontario,⁵⁹ ma volto ad una crescita costante sulla base degli studi effettuati dalle istituzioni e dalle imprese coinvolte. Si tratta, insomma, di principi la cui generalità ed astrattezza non deve ingannare: più che un *regulatory arrangement*, l'iniziativa in parola si presenta come una sorta di *learning forum*, volto a facilitare il dialogo tra le forze sociali globali⁶⁰ e ci sembra che non vi fosse sede più appropriata delle Nazioni Unite, l'unica organizzazione mondiale a carattere politico idonea a fondare un dialogo davvero globale.⁶¹

individuals to opt for other resources, like education. The hope is that this will result in a more stable economy – one where the human capital is properly valued».

⁵⁸ V. *infra* § 13.1.

⁵⁹ Per un esempio di adozione dei Principi sanciti nell'iniziativa *Global Compact*, con riguardo alla multinazionale Novartis, nata dalla fusione delle industrie farmaceutiche svizzere Sandoz e Ciba, v. L.A. TAVIS, *Novartis and the U.N. Global Compact Initiative*, in 36 *Vanderbilt Journ. Transnat'l Law*, 2003, p. 735 ss., spec. p. 757 ss.

⁶⁰ In questo senso J.G. RUGGIE, *Global_governance.net: The Global Compact as Learning Network*, in 7 *Global Governance*, 2001, p. 371 ss., p. 373 s., che rileva come «[m]any of the [Global Compact]'s principles cannot be defined at this time with the precision required for a viable code of conduct. No consensus exists on that “the precautionary principle” is – than in the face of environmental uncertainty the bias should favor avoiding risk – even though it was enshrined at the 1992 Rio conference. Similarly, no consensus exists, even among advocates, on where to draw the boundaries around corporate “noncomplicity” in human rights abuses. Accumulated experience – through trial, error, and social vetting – will gradually fill in the blanks. The [Global Compact] learning forum provides that experience. [...] Finally, the accumulation of experience itself is likely to lead gradually to a desire for greater codification, benchmarking, and moving from “good” to “best” practices».

⁶¹ Per un collegamento tra l'iniziativa *Global Compact* e le *Guidelines* dell'OCSE v. il documento redatto da quest'ultima organizzazione, *Sinergies between the OECD Guidelines for Multinational Enterprises (MNEs) and the GRI 2002 Sustainability Reporting Guide. A Guide to Help Organisations to Communicate Their Use of the OECD MNE Guidelines for Multinational Enterprises (MNEs)*, Paris, 2004, p. 4.

È interessante, infine, rilevare come l'approccio seguito dall'iniziativa abbia conseguito fino ad oggi un discreto successo, atteso che attualmente le imprese multinazionali partecipanti al programma ammontano a oltre 2.500 soggetti, distribuiti in tutto il mondo.⁶²

7.2.4. Iniziative private. – Accanto a strumenti di *accountability* promossi a livello istituzionale in seno alle organizzazioni a carattere economico o politico, vi sono numerose iniziative formatesi nell'ambito di associazioni d'impresa o di organizzazioni rappresentative degli interessi delle imprese multinazionali.

Le tipologie di interventi in questo settore sono molteplici. Si va dagli indici di borsa basati sul grado di responsabilità sociale della società quotata, come nel caso del *FTSE4Good*⁶³ e dei *Dow Jones Sustainability Indexes*,⁶⁴ a veri e propri gruppi di lavoro come il *Caux Round Table*,⁶⁵ fino a fondazioni a carattere transnazionale dedite alla redazione di principi di *corporate governance* intrisi di norme sulla responsabilità dell'impresa.⁶⁶

⁶² V. il sito Internet <<http://www.globalcompact.org/ParticipantsAndStakeholders/index.html>>.

⁶³ Il *FTSE* è una società di proprietà del *Financial Times* e del *London Stock Exchange*, il cui unico scopo è la creazione di indici borsistici. Tra questi vi è il *FTSE4Good*, che raggruppa le società che garantiscono precisi *standards*, generalmente molto alti, di responsabilità sociale stabiliti dall'organizzazione stessa. Essa si serve di metodi trasparenti e puntuali, composti da principi quali la sostenibilità ambientale, il mantenimento di relazioni positive con gli *stakeholders*, il supporto alla difesa dei diritti umani, la garanzia di un alto *standard* di lavoro e l'impegno nella lotta alla corruzione. Sono escluse dal *FTSE4Good* le società produttrici di tabacco, quelle aventi come oggetto la produzione e/o il traffico di armi nucleari e quelle dedite all'estrazione di uranio. I meccanismi di controllo da parte dell'istituzione hanno luogo grazie a precisi *standards* di trasparenza che vengono imposti all'impresa.

⁶⁴ Lo scopo dei *Dow Jones Sustainability Indexes (DJSI)* è incentivare le imprese ad incorporare nella propria politica di *decision-making* fattori di lungo periodo quali la protezione ambientale e l'attenzione allo sviluppo economico e sociale. In questo modo, «[i]ntegrating long-term economic, environmental and social aspects in their business strategies while maintaining global competitiveness and brand reputation» (dal sito <<http://www.sustainabilityindex.com/html/sustainability/corpsustainability.html>>), l'impresa può comportarsi in modo socialmente responsabile e, contemporaneamente, usufruire dei servizi dell'organizzazione.

⁶⁵ Lo scopo del *Caux Round Table* è la promozione di valori morali nel campo dell'impresa (cfr. il sito Internet <<http://www.cauxroundtable.org/>>).

⁶⁶ Così, ad esempio, la Leo Sullivan Foundation si propone quali principi-guida «self-help, social responsibility, economic empowerment and human rights» (dal sito <<http://www.thesullivanfoundation.org/foundation/>>). La Fondazione ha prodotto un rapporto contenente alcuni *Principles of Social Responsibility*, che si basano, tra l'altro, sul rispetto dei diritti umani fondamentali, sulla sicurezza dei luoghi di lavoro e sulla lotta alla corruzione.

È importante sottolineare che tutti gli strumenti cui sinora si è fatto cenno rappresentano lo spirito di collaborazione tra le istituzioni del mondo globale, del quale le imprese multinazionali fanno parte. In particolare, essi rivolgono l'attenzione all'incorporazione, all'interno della fase di *decision-making* dell'impresa, degli interessi di soggetti diversi dagli azionisti.⁶⁷ Un'enfasi speciale è dedicata al superamento della logica del profitto a favore di una maggiore attenzione per il rispetto dei diritti dei lavoratori e dei diritti umani in generale.⁶⁸

Nel loro complesso, si tratta di regole formate completamente all'interno dell'impresa, sintomi di una *self-regulation* in progressiva espansione ed adozione da parte di altri soggetti. Infatti, tutti questi strumenti sono accomunati, quanto a contenuto, da principi generali quali la protezione dell'ambiente e dei diritti fondamentali e si collocano, pertanto, nell'ambito del fenomeno dell'autodisciplina quale caratteristica precipua della privatizzazione della regolamentazione giuridica dell'economia.

7.3. Il valore dei codici di condotta: alcune riflessioni. – I codici sinora analizzati possiedono la veste formale di risoluzioni o dichiarazioni e, pertanto, non hanno alcuna efficacia vincolante. Essi appartengono, insomma, alla categoria di norme di *soft law* e risultano inidonee a generare obbligazioni, sul piano dell'ordinamento internazionale, né per gli Stati che li hanno redatti,⁶⁹ né per le imprese multinazionali alle quali gli stessi

⁶⁷ V. ad esempio il motto della *Caux Round Table*: «Beyond Shareholders Toward Stakeholders».

⁶⁸ Così il programma *Social Accountability International* (v. il sito <<http://www.sa-intl.org/>>) ha creato uno *standard* denominato SA8000, che viene applicato alle società nell'ambito del rispetto dei diritti umani dei lavoratori.

⁶⁹ A questo proposito, deve rilevarsi che da un lato difficilmente gli Stati sarebbero disposti a vincolarsi e, quindi, a incorrere in responsabilità per comportamenti posti in essere da altri soggetti, quali le società multinazionali. In questo senso A.A. FATOUROS, *The U.N. Code of Conduct on Transnational Corporations: A Critical Discussion of the First Drafting Phase*, in N. HORN (ed.), *Legal Problems*, cit., p. 103 ss., p. 107 s.; dall'altro, è evidente che, anche superata l'*impasse* della fase negoziale, sarebbe ben difficile poter individuare con precisione i criteri di collegamento tra società e Stato, requisito indispensabile per individuare lo Stato deputato al controllo – e dunque responsabile – delle condotte delle multinazionali. La sovranità degli Stati costituisce dunque, ancora oggi, un freno alla negoziazione di un accordo vincolante in materia: A.A. FATOUROS, *Towards an International Agreement on Foreign Direct Investment?*, in 10 *ICSID Rev./Foreign Investment Law Journ.*, 1995, p. 181 ss., p. 188 s.

astrattamente si dirigono.⁷⁰ Si deve inoltre ricordare che, a parte il codice redatto in sede OCSE, che rappresenta lo strumento più completo al riguardo, al Progetto di codice elaborato in seno alle Nazioni Unite, in quanto mai ufficialmente approvato, non può attribuirsi alcun valore,⁷¹ mentre, come si è accennato sopra, l'iniziativa *Global Compact* ha per lo più la natura di rete di comunicazione volontaria, finalizzata all'interazione delle imprese e delle istituzioni coinvolte per la promozione dei principi contenuti nel programma medesimo.

Tuttavia, assumere come decisiva, al fine di un'analisi dei codici di condotta delle imprese multinazionali, la loro natura non vincolante significa a nostro giudizio affrontare il problema dal lato sbagliato. In verità, il complesso di codici di condotta elaborati a partire dagli anni Settanta del secolo scorso ad oggi risponde ad un preciso scopo, che può identificarsi nella volontà, espressa dagli Stati e dalle organizzazioni internazionali interessate, di fornire all'impresa multinazionale un ben delineato quadro giuridico, composto di regole di responsabilità e finalizzato, da ultimo, all'inserimento dell'impresa stessa nel disegno delle relazioni tra gli Stati, onde domarne la natura potenzialmente patologica e conflittuogena.⁷²

Più precisamente, i codici di condotta mirano a dirigere il comportamento delle imprese multinazionali verso un dato *standard*, onde indurle ad internalizzare le conseguenze delle proprie condotte e, pertanto, a liberare gli Stati dall'esercizio di uno stretto controllo sulle imprese medesime. In quest'ottica, rendendo le imprese multinazionali partecipi del sostegno alla realizzazione degli obiettivi di politica economica dei PVS,⁷³ viene favorita l'esigenza di questi ultimi di attirare facilmente investimenti

⁷⁰ Le società multinazionali non sono vincolate dai suddetti strumenti in quanto non sono soggetti di diritto (né internazionale, né interno): G. SACERDOTI, *Stati e imprese multinazionali*, p. 709; F. NELLI FEROCI, *Società multinazionali: verso un codice di condotta*, in *Com. int.*, 1978, p. 356 ss., p. 362 s.; sul problema in generale v. J.I. CHARNEY, *Transnational Corporations and Developing Public International Law*, in *Duke Law Rev.*, 1983, p. 748 ss., spec. p. 752.

⁷¹ Cfr. E. DECAUX, *La forme et la force obligatoire des codes de bonne conduite*, in *Journ. dr. int.*, 1983, p. 81 ss., p. 97.

⁷² Così F. FRANCONI, *International Codes of Conduct for Multinational Enterprises: An Alternative Approach*, in 3 *Italian Yearb. Int'l Law*, 1977, p. 143 ss., pp. 146-154.

⁷³ In questo senso G. SACERDOTI, *Stati e imprese multinazionali*, cit., p. 709. Sulle finalità di una «codificazione» di principi internazionali concernenti gli investimenti diretti v. A.A. FATOUROS, *An International Code to Protect Private Investment. Proposal and Perspectives*, in 14 *Univ. Toronto Law Journ.*, 1961, p. 77 ss.

senza essere onerati dalla necessità di effettuare un controllo stringente sulle imprese medesime.⁷⁴ Inoltre, i codici dirigono le proprie raccomandazioni non soltanto alle imprese multinazionali, ma altresì allo Stato della capogruppo e ai governi degli Stati ospiti, ovvero a tutti questi soggetti insieme.

Ciò significa che i codici non intendono soltanto regolare il comportamento delle imprese multinazionali di per sé, bensì *disciplinare l'interazione di dette imprese rispetto agli altri soggetti coinvolti*, in modo da distribuire in capo a tutti questi soggetti, ciascuno con un ruolo diverso, il rischio di conflittualità insito nelle condotte delle imprese multinazionali. Si tratta dunque di norme – per quanto non vincolanti – *di carattere pubblicistico*,⁷⁵ a metà tra vere e proprie regole di *accountability* e disposizioni di organizzazione politica del mercato globale.⁷⁶ In questo

⁷⁴ In questo senso C.D. WALLACE, *The Multinational Enterprises and Legal Control*, cit., p. 1097; R.J. WALDMANN, *Regulating International Business Through Codes of Conduct*, Washington/London, 1980, p. 23 s., il quale evidenzia come la formula del codice internazionale di condotta sia in grado di ridurre i costi delle legislazioni degli Stati in materia economica. Molti Stati, infatti, potrebbero non essere in grado né di approvare, né di applicare una stringente legislazione in campo economico: i codici di condotta fungerebbero pertanto da ispirazione in tal senso e, pertanto, rivolgendosi direttamente alle imprese multinazionali, alleggerirebbero gli Stati dall'onere di adottare normative di controllo stringenti nei confronti delle imprese stesse. D'altronde, se lasciate a se stesse, le imprese multinazionali non sarebbero incentivate in alcun modo a conseguire il bene collettivo, come ben evidenzia J. RICHTER, *Holding Corporations Accountable. Corporate Conduct, International Codes, and Citizen Action*, London/New York, 2001, p. 21 s.

⁷⁵ Similmente S.J. RUBIN, *Harmonization of Rules: A Perspective on the United Nations Commission on Transnational Corporations*, in 8 *Law & Pol'y Int'l Bus.*, 1976, p. 875 ss., p. 876. Cfr. D. CARREAU, *Droit international*⁸, Paris, 2004, p. 205, il quale, menzionando i vantaggi dell'adozione, da parte degli Stati, di disposizioni non vincolanti, accenna alla possibilità di una gestione degli interessi pubblici proprio attraverso tali disposizioni, soprattutto con riguardo alla costituzione di organizzazioni internazionali senza il ricorso ad un trattato formale.

⁷⁶ Come giustamente evidenzia C.D. WALLACE, *The Multinational Enterprises and Legal Control*, cit., p. 1098, «[i]nternational directives addressed to [multinational enterprises] can serve a useful function as guidelines for good corporate citizenship». Sebbene non dotati di effetti vincolanti, questi *corpora* di norme potrebbero produrre però un effetto non solo di liceità – in verità tipico di qualsiasi raccomandazione internazionale – ma anche, per così dire, 'moralizzante', convincendo le imprese multinazionali ad adeguarsi agli *standards* dagli stessi stabiliti, quantomeno per ragioni di prestigio e immagine. V. in proposito P. SANDERS, *Implementing International Codes of Conduct for Multinational Corporations*, in 30 *Am. Journ. Comp. Law*, 1982, p. 241 ss., p. 243 s., secondo il quale l'impresa multinazionale sarebbe di fatto indotta, per ragioni d'immagine e prestigio, a rispettare le Guidelines internazionali; analogamente M.B. BAKER, *Private Codes of Corporate Conduct: Should the Fox Guard the Henhouse?*, in 24 *Univ. Miami Inter-American Law Rev.*, 1995, p. 399 ss., p. 406 e, sul problema dell'*implementation* dei codici di condotta, p. 428.

senso, i codici di condotta assumono la funzione di autentica «fonte del diritto».⁷⁷

Al riguardo, la dottrina tradizionale afferma che i codici non possano costituire la base per la formazione di norme consuetudinarie, difettando dell'elemento dell'*opinio iuris* ovvero, più in generale, del requisito della riconducibilità di un dato comportamento a un soggetto di diritto internazionale.⁷⁸ A suffragare tale conclusione contribuirebbe altresì la loro filosofia, volta, come si è *supra* evidenziato, alla distribuzione delle regole di responsabilità in capo ai diversi soggetti coinvolti. Ma siffatta conclusione è vera solo in parte. Anzitutto, se è esatto – come si è qui inteso dimostrare – che i codici si rivolgono ad una molteplicità di soggetti al fine di regolarne l'interazione giuridica, sostenere il difetto dell'imputabilità soggettiva di una condotta conforme alle norme dei codici stessi sarebbe fin troppo ovvia. Inoltre, con riferimento al requisito dell'*opinio iuris*, è chiaro che un accertamento della stessa non può limitarsi agli Stati, ma deve estendersi anche alle imprese multinazionali, sicché pare, anche qui, fin troppo ovvio limitarsi ad evidenziare l'assenza della convizione dell'obbligatorietà di un dato comportamento al fine di escluderne la rilevanza sotto il profilo della formazione di una norma consuetudinaria.⁷⁹ Infine, ci sembra che asserire che non si possano formare norme di carattere generale con riguardo ai principi contenuti nei codici di condotta significati, in breve, disconoscere la

⁷⁷ Così P. SANDERS, *Codes of Conduct and Sources of Law*, in *Le droit des relations économiques internationales. Études offerts à Berthold Goldman*, Paris, 1982, p. 281 ss., p. 296 s.; S.M. SCHWEBEL, *The Legal Effect of Resolutions and Codes of Conduct of the United Nations*, in 7 *Forum Internationale*, 1985, p. 13.

⁷⁸ In questo senso H.W. BAADE, *The Legal Effects of Codes of Conduct for Multinational Enterprises*, in N. HORN (ed.), *Legal Problems of Codes*, cit., p. 3 ss., p. 8. Anche in sede di redazione dei codici, la Comunità internazionale è stata divisa in due posizioni differenti: da una parte, la posizione minimalista – composta dai Paesi industrializzati – è assolutamente contraria alla redazione di strumenti vincolanti, a motivo della differenza di interessi di cui si fanno portatori gli Stati da un lato e le società multinazionali dall'altro (C.D. WALLACE, *Legal Control of the Multinational Enterprise: National Regulatory Techniques and the Prospects for International Controls*, The Hague, 1982, p. 308); dall'altra parte, la posizione massimalista, favorevole all'adozione di una convenzione multilaterale a contenuto generale e a un'interpretazione in senso vincolante dei codici di condotta. Quest'ultima posizione, assunta dai Paesi in via di sviluppo, si basava, almeno inizialmente, su pretese di origine politica, dettate soprattutto dalla volontà di ottenere, da parte delle multinazionali, il rispetto della sovranità dello Stato ospite; successivamente, essa perse vigore di fronte alle esigenze di importazione di capitale sofferte da questi Paesi.

⁷⁹ Nel senso che il carattere non vincolante delle disposizioni contenute nei codici di condotta non potrebbe ostacolare la formazione di norme consuetudinarie v. P. SANDERS, *Codes of Conduct*, cit., p. 295.

natura quasi pubblicistica dei principi in parola e, pertanto, ignorarne l'effettiva portata.

Piuttosto, è stato da tempo rilevato come i codici di condotta delle imprese multinazionali facciano parte a pieno titolo, proprio in virtù del loro carattere contemporaneamente privato e pubblico e della loro funzione regolatrice internazionale, della c.d. *lex mercatoria*.⁸⁰ In questo senso, si può ammettere che gli Stati aderenti a tali codici partecipino alla funzione di creatori del diritto (*law-makers*) non in virtù dei loro poteri sovrani, bensì ponendosi in una dialettica paritaria rispetto alle imprese multinazionali, di modo che, contemporaneamente, queste ultime vengano ad esercitare una funzione pubblica, mentre i primi si pieghino ad esigenze di natura privatistica.⁸¹

Del resto, quello delle imprese multinazionali non è l'unico campo nel quale questo fenomeno di privatizzazione della condotta degli Stati si è sviluppato in modo tanto vistoso. L'esempio della concorrenza fiscale dannosa è, al riguardo, molto interessante.⁸² In questo ambito, infatti, gli

⁸⁰ Così, ancora, P. SANDERS, *Codes of Conduct*, cit., p. 298; N. HORN, *Codes of Conduct for MNEs and Transnational Lex Mercatoria: An International Process of Learning and Law Making*, in N. HORN (ed.), *Legal Problems of Codes of Conduct*, cit., p. 45 ss., p. 61. *Contra*, invece, F. MARRELLA, *La nuova lex mercatoria*, cit., p. 780 s., il quale evidenzia che i codici di condotta per le imprese multinazionali «non risultano espressione del ceto degli affari» e, pertanto, non potrebbero rappresentare adeguate fonti del diritto nell'ambito della *lex mercatoria*.

⁸¹ Come rilevato al riguardo da G. FARJAT, *Les pouvoirs privés économiques*, in *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20ème siècle*, cit., p. 613 ss., p. 642, «[l']utilisation de procédés analogues aux codes de conduite est un bon procédé d'établissement d'un ordre mondiale en l'absence de gouvernement mondiale et en raison de la possibilité de ménager les transitions». Analogamente, v. la lucida analisi di M.C. MALAGUTI, *Crisi dei mercati finanziari e diritto internazionale*, Milano, 2003, p. 62 ss., che osserva l'evoluzione intrapresa dal processo di cooperazione verticale tra gli Stati attraverso la «condivisione di obiettivi e politiche congiuntamente fissati tramite processi di concertazione e direzione sovranazionale» (*ivi*, p. 65) e conclude nel senso che «in taluni settori la comunità internazionale contemporanea coopera tramite forme non istituzionalizzate ed adotta indirizzi o stabilisce obiettivi che poi possono divernire veri e propri principi (o norme) grazie alla condivisione da parte degli Stati dell'imposizione del loro rispetto senza contestarne la valenza, cioè, in sintesi, dal loro riconoscimento per prassi da parte della comunità» (*ivi*, p. 75). E ancora (*ivi*, p. 273), «autorità e privato, così come autorità ed autorità oppure privato e privato, si trovano accomunati in un processo dialettico di costruzione della soluzione che alla fine parrà la più adeguata, sulla base di principi che si reputano validi, messi anch'essi a confronto con la loro applicazione».

⁸² Per «concorrenza fiscale dannosa» (*harmful tax competition*) si intende il processo attraverso il quale i singoli Stati, in concorrenza tra di loro, adottano legislazioni fiscali più favorevoli al fine di attrarre investimenti dall'estero. Non si tratta, come autorevole dottrina ha chiarito, di una semplice concorrenza tra aliquote, né di una politica fiscale ufficiale dello Stato, bensì di un fenomeno attraverso il quale l'impresa ottiene un vantaggio nel settore tributario mediante uno sfruttamento delle asimmetrie esistenti tra ordinamenti e delle pratiche fiscali delle amministrazioni locali. Per

Stati interessati non hanno fatto ricorso allo strumento del trattato internazionale, che mai avrebbe potuto avere effetto nei confronti dei terzi, cioè gli Stati dediti alla concorrenza stessa. Invece, essi hanno aderito a disposizioni di natura volontaria, emanate soprattutto in sede di Comunità Europea⁸³ ed OCSE,⁸⁴ costituendo gruppi di lavoro dotati di alcuni poteri di carattere privatistico e destinati ad esercitare un controllo meramente formale sulla condotta degli Stati, anche terzi, in materia di politica fiscale. Anche qui, come nel caso dei codici di condotta, soggetti tradizionalmente detentori di poteri coercitivi, quali sono gli Stati, scelgono lo strumento della cooperazione – e rifiutano quello dell’obbligazione – agendo, in buona sostanza, come soggetti privati.⁸⁵ Le linee-guida stabilite dagli Stati in quel settore sono finalizzate ad indurre Stati terzi «non cooperativi» ad adottare determinati *standards* in materia di politica fiscale.⁸⁶ L’incentivo, in questo caso, è costituito dalla minaccia di sanzioni, individuali e collettive, che i suddetti Stati, si badi, non fondano su un’asserita condotta *illecita* posta in essere da soggetti di diritto internazionale, bensì sulla necessità di

l’effetto, le basi imponibili risultano distorte. V. sul punto R. LUPI, *Concorrenza tra ordinamenti, Comunità europee e prelievo tributario*, in A. ZOPPINI (a cura di), *La concorrenza tra ordinamenti*, cit., p. 163 ss., p. 171 ss., 179; R. ARTONI, *Concorrenza fiscale e sviluppo economico*, in *Riv. dott. comm.*, 2001, p. 317 ss.

⁸³ V. al riguardo la Comunicazione della Commissione CE al Consiglio e al Parlamento europeo, *Verso il coordinamento fiscale nell’Unione europea. Un pacchetto di misure volte a contrastare la concorrenza fiscale dannosa*, COM(97) 495 def, nonché la Comunicazione *Un pacchetto di misure volte a contrastare la concorrenza fiscale dannosa*, COM (97) 564 def, che hanno condotto all’adozione del *Codice di condotta concernente la tassazione delle società*. V. F. RAMICCIA, *L’ordinamento fiscale europeo: alcune riflessioni sul problema della concorrenza fiscale*, in *Studi econ. e soc.*, 2004, p. 75 ss.

⁸⁴ L’interesse dell’OCSE per il problema della concorrenza fiscale dannosa è sorto nel 1996 e, riportato in numerose conferenze di vertice del 1997, ha prodotto un rapporto dal titolo *Harmful Tax Competition. An Emerging Global Issue*, Paris, 1998. Il rapporto più recente sul tema è intitolato *Tax Co-operation: Towards a Level Playing Field*, Paris, 2006. Per un commento v. F. ANDREOLI, *Il Rapporto dell’OCSE sulla concorrenza fiscale dannosa*, in *Riv. dir. trib.*, 1999, p. 7 ss.

⁸⁵ Sul punto G. FARJAT, *Les pouvoirs économiques*, cit., p. 641 s.

⁸⁶ Secondo l’ultimo rapporto dell’OCSE, esistono ad oggi 33 Stati che hanno deciso di conformarsi al programma di trasparenza fiscale e scambio di informazioni nel settore tributario promosso dall’Organizzazione; tra questi appaiono le Bermuda, le Isole Cayman, Gibilterra, l’Isola di Man, il Jersey, le Antille Olandesi, Malta e San Marino. I Paesi considerati, invece, «non cooperativi» sono attualmente cinque: Andorra, la Liberia, il Principato del Lichtenstein, la Repubblica delle Isole Marshall ed il Principato di Monaco.

intraprendere un'azione collettiva al fine di garantire una *fair competition* a livello globale a beneficio di tutti.⁸⁷

Le stesse conclusioni possono trarsi dalla prassi del Gruppo d'Azione Finanziaria in materia di riciclaggio (FATF/GAFI), fondato nel 1989 nel corso del G7 di Parigi e incorporato successivamente nell'OCSE.⁸⁸ Lo scopo del FATF è coordinare le azioni degli Stati al fine di contrastare la piaga del riciclaggio di denaro proveniente da reato. La base associativa del FATF, che oggi conta 33 Paesi in tutto il mondo e numerose organizzazioni internazionali,⁸⁹ è senz'altro molto ridotta rispetto ai reali scopi dell'organizzazione, che per ragioni evidenti deve estendere la propria influenza anche sui Paesi terzi le cui normative lassiste favoriscono il passaggio del denaro sporco attraverso i canali "puliti" di circolazione della ricchezza. Così, anche il FATF redige una lista di Stati «non cooperativi», che modifica periodicamente in base alle intenzioni degli Stati di conformarsi o meno alle linee guida promosse dall'organizzazione.⁹⁰

Da questi esempi si può trarre la conclusione che il diritto internazionale conosce ipotesi nelle quali all'accordo si sostituiscono strumenti più immediati, a carattere non vincolante, idonei a rappresentare un forte

⁸⁷ Come spiegano F. NANETTI, F. SQUILLANTE, *Recenti sviluppi dell'ordinamento internazionale in materia di concorrenza fiscale dannosa*, in *Studi di diritto internazionale in onore di Gaetano Arangio-Ruiz*, Napoli, 2004, III, p. 2263 ss. p. 2274, «[g]li Stati che praticano la detta competizione fiscale dannosa, infatti, determinano una illegittima attrazione all'interno delle loro giurisdizioni delle basi imponibili nazionali di altri Stati e, conseguentemente, inducono questi ultimi a recuperare i deficit – ovvero i mancati gettiti erariali – aumentando la pressione fiscale sui propri contribuenti, introducendo così distorsioni sistemiche sia sotto il profilo dell'*equity* che dell'*economic efficiency*. Siffatte distorsioni, nell'attuale mondializzazione delle economie, non possono che propagarsi, con effetto moltiplicativo, sul *global welfare*».

⁸⁸ Le 40 raccomandazioni promosse dal FATF sin dalla sua nascita rappresentano attualmente il regime internazionale di misure applicabili al riciclaggio di denaro.

⁸⁹ Dati aggiornati al 4 giugno 2006 e ricavati dal sito Internet del FATF all'indirizzo <www.fatf-gafi.org>.

⁹⁰ Gli Stati «non cooperativi» (NCCT) nella lotta al riciclaggio sono ad oggi due, Birmania e Nigeria. L'ultima lista pubblicata e successivamente aggiornata al febbraio 2006, risulta riportata nel rapporto *Annual and Overall Review of Non-Cooperative Countries and Territories*, Paris, 2005. Una volta identificati gli Stati inseriti in detta lista, lo Stato partecipante al FATF dovrà esercitare uno stretto controllo sulle istituzioni finanziarie in qualche modo legate a quelle dei Paesi iscritti ed adottare una serie di sanzioni economiche indirette nei confronti di questi ultimi. Come rileva correttamente T. DOYLE, *Cleaning Up Anti-Money Laundering Strategies: Current FATF Tactics Needlessly Violate International Law*, in *24 Houston Journ. Int'l Law*, 2001/2002, p. 279 ss., l'effetto delle raccomandazioni del FATF si produce nei confronti di soggetti che, formalmente, non fanno parte dell'organizzazione, cosicché (*ivi*, p. 294) «compliance with the organization's guidelines has been secured despite the fact that participation is voluntary and its recommendations non-binding».

incentivo, per i soggetti coinvolti, ad adottare un determinato comportamento. Un analogo schema ermeneutico può essere assunto con riguardo ai codici di condotta delle imprese multinazionali. In tale contesto, l'impresa multinazionale si fa «carico, benché ente privato senza alcuna soggettività internazionale, di comportamenti ritenuti benefici per la comunità internazionale». ⁹¹ Lo strumento privilegiato che i codici tendono ad utilizzare in modo completo è rappresentato dall'*incentivo*, che gli Stati sembrano dunque preferire al *precetto*, in virtù dei risultati più immediati e meno costosi che lo stesso è idoneo a conseguire. ⁹² A questo punto, rimarcare la natura non vincolante dei codici di condotta ci pare un controsenso: essi hanno un valore proprio in quanto possono costituire un incentivo all'assunzione di un dato comportamento più conforme alle esigenze della comunità internazionale nello scenario globale. ⁹³

8. Quale *accountability* per l'impresa multinazionale?

8.1. L'impresa «irresponsabile». – Le iniziative internazionali in materia di *accountability* mostrano come il dibattito sulla necessità di imporre all'impresa multinazionale determinati *standards* di comportamento risulti tuttora aperto. Non mancano, naturalmente, le voci contrarie ad una responsabilizzazione dell'impresa, in particolare della *corporation*, a giudizio delle quali essa distoglierebbe quest'ultima dal suo fine intrinseco, ossia la produzione di profitto per gli azionisti. Tale fine, denominato «shareholder's value maximization rule» ovvero «shareholder's primacy norm», rappresenta appunto, secondo l'orientamento menzionato, lo scopo complessivo ed esclusivo delle norme del diritto societario. ⁹⁴ La ricchezza apportata agli

⁹¹ M.C. MALAGUTI, *Crisi dei mercati finanziari*, cit., p. 260, che continua (p. 262) spiegando che «tali codici sono comunque prodotto della comunità, ed espressione di una comune sensibilità all'interesse ad elevare gli *standard* comportamentali del mercato a beneficio di tutti».

⁹² Così M.C. MALAGUTI, *Crisi dei mercati finanziari*, cit., p. 272.

⁹³ Per una connessione tra ordinamento internazionale e responsabilità derivante dai codici di condotta v. T. WOGELAAR, *The OECD Guidelines: Their Philosophy, History, Negotiation, Form, Legal Nature, Follow-up Procedure and Review*, in N. HORN (ed.), *Legal Problems of Codes of Conduct*, cit., p. 127 ss., p. 135.

⁹⁴ Così S. LOMBARDO, *La concorrenza tra ordinamenti*, cit., p. 203.

azionisti contribuirebbe, secondo questa visione, al benessere dell'intera comunità.

Il principio della *shareholder's value maximization rule* trova un preciso fondamento nella giurisprudenza statunitense nel celebre caso *Dodge v. Ford*, deciso dalla Corte Suprema del Michigan nel 1919. Il procedimento era stato instaurato dai fratelli Dodge, azionisti della Ford Motors Co., che avevano citato in giudizio l'azionista di maggioranza ed amministratore della società, Henry Ford, perché questi, anziché distribuire i dividendi agli azionisti, aveva deciso di utilizzarli per l'espansione degli impianti e l'aumento dei salari degli operai. Al riguardo, la Corte chiarì che

«[a] business corporation is organized and carried on primarily for the profit of the stockholders. The powers of the directors are to be employed for that end. The discretion of directors is to be exercised in the choice of means to attain that end, and does not extend to a change in the end itself, to the reduction of profits, or to the nondistribution of profits among shareholders in order to devote them to other purposes».⁹⁵

L'affermazione fu utilizzata dalla giurisprudenza successiva e dalla dottrina per sostenere il carattere primario della *shareholder's value maximization rule*.⁹⁶

Ovviamente, tale principio difficilmente poteva sopravvivere agli scandali finanziari che colpirono l'economia americana a partire dal 1929.⁹⁷ In

⁹⁵ *Dodge v. Ford Motor Co.*, 204 Mich 459 (Mich. 1919). Per questa citazione v. le considerazioni di J. BAKAN, *The Corporation. The Pathological Pursuit of Profit and Power*, New York, 2004, p. 34 ss.

⁹⁶ Anche l'economista Milton Friedman la pensava in questo modo quando, nella sua opera *Capitalism and Freedom* del 1963, aveva definito la dottrina della responsabilità sociale «profondamente sovversiva»: M. FRIEDMAN, *Capitalism and Freedom*, Toronto, 1963 (trad. it. *Capitalismo e libertà*, Pordenone, 1987). In senso critico D. GORDON SMITH, *The Shareholder Primacy Norm*, in 23 *Journ. Corp. Law*, 1998, p. 277 ss., p. 279, 292 ss. e 310 ss., il quale analizza lo sviluppo di tale regola e afferma che essa fu utilizzata, in origine, per risolvere i conflitti tra azionisti e non azionisti (*nonshareholder constituencies*); solo successivamente essa venne utilizzata, del tutto erroneamente, per tentare di risolvere conflitti tra azionisti, in particolare tra azionisti di maggioranza e azionisti di minoranza, sviluppando una teoria della protezione delle minoranza che poi divenne autonoma nello scenario del diritto societario. Analogamente, S.M. BAINBRIDGE, *In Defense of the Shareholder Wealth Maximization Norm: a Reply to Professor Green*, in 50 *Washington & Lee Law Rev.*, 1993, p. 1423 ss.

⁹⁷ Già all'inizio del Secolo il Presidente Theodore Roosevelt aveva dichiarato che «corporations must recognize their responsibility not merely to their shareholders but to the community at large», ma il messaggio era rimasto pressoché inascoltato, almeno finché l'intero sistema economico non venne travolto dalla Grande Depressione, causata proprio dalla spregiudicatezza di *corporations* finanziarie.

conseguenza di ognuno di tali episodi, infatti, l'opinione pubblica veniva chiamata a domandarsi se il decremento del benessere complessivo della popolazione non derivasse proprio dalla spregiudicatezza con la quale i dirigenti delle *corporations* gestivano le società al fine di massimizzare il profitto degli azionisti.⁹⁸ In quel frangente, la *corporation* americana appariva come un mostro artificiale, una «externalizing machine» con istinto omicida al pari di uno squalo,⁹⁹ insomma come una «impresa irresponsabile».¹⁰⁰

Tuttavia, alle crisi dei profitti che si susseguirono nel corso degli anni Sessanta e Settanta, il mondo finanziario rispose non con un crescente interesse per una deviazione dal principio della supremazia degli azionisti, bensì con la creazione di nuova teoria dell'impresa, intesa «non più come un'istituzione che crea profitti producendo beni o servizi, ma piuttosto come un'entità capace di accrescere il capitale, misurato al proprio valore in borsa».¹⁰¹ In base a questa nuova concezione, la crescita del valore di mercato delle azioni è assurta a finalità esistenziale della società di capitali.

La teoria testé menzionata riesce ad offrire una spiegazione realistica dell'attuale scenario economico mondiale, almeno sotto due profili. Anzitutto, la teoria in questione mette in luce la capacità della società di produrre ricchezza anche in presenza di passività nel bilancio: sono, infatti, il valore borsistico e la fiducia del mercato a fornire all'impresa la solidità economica necessaria per mantenere le proprie posizioni anche in situazioni di crisi produttiva. Secondariamente, attraverso una valorizzazione del potenziale azionario, è possibile spiegare la costante corsa alle fusioni tra

⁹⁸ A favore di un superamento della *shareholder primacy rule* a tutela dei soggetti destinati a interagire con l'impresa si pronunciarono, in quel particolare frangente storico, anche autorevoli esponenti della dottrina del diritto commerciale, segnatamente E.M. DODDS, *For Whom Are Corporate Managers Trustees?*, in 45 *Harvard Law Rev.*, 1932, p. 1145 ss., p. 1162, spec. p. 1149, ove l'A. rileva che «business is permitted and encouraged by the law primarily because it is of service to the community rather than because it is a source of profit to its owners»; A.A. BERLE, *For Whom Are Corporate Managers Trustees: A Note*, *ivi*, p. 1365 ss., p. 1368. Negli anni Settanta la tematica della *corporate social responsibility* (CSR) ritornò alla ribalta a seguito dello scandalo Watergate, quando le autorità accertarono il coinvolgimento di centinaia di società nella corruzione di pubblici funzionari, nel territorio degli Stati Uniti e all'estero. V. *infra* § 13.1.

⁹⁹ «Despite attempts to provide balance and accountability, the corporation as an entity became so powerful that it quickly outstripped the limitations of accountability and became something of an externalizing machine, in the same way that a shark is a killing machine»: P. MONKS, N. MINOW, *Power and Accountability*, New York, 1991, p. 24.

¹⁰⁰ Cfr. in proposito L. GALLINO, *L'impresa irresponsabile*, cit., p. 7; L.E. MITCHELL, *Corporate Irresponsibility. America's Newest Export*, New Haven, 2001.

¹⁰¹ L. GALLINO, *L'impresa irresponsabile*, Torino, 2005, p. 100.

imprese multinazionali, che molte volte non hanno il fine di accrescere il volume della produzione e sfruttare le economie di scala, bensì esclusivamente quello di aumentare la quota di mercato posseduta e, dunque, incrementare il valore delle azioni.

Nonostante l'immediato successo della teoria finora analizzata, essa non sembra in grado di offrire un appiglio sufficientemente forte alle politiche d'impresa nel lungo periodo. Gli scandali finanziari degli anni Novanta del secolo scorso, con lo sgretolamento di ricchezza ad essi conseguente, hanno indotto la comunità scientifica a una rivalutazione delle teorie della responsabilità dell'impresa, attraverso un'analisi dei problemi altresì connessi alla *corporate governance*. In tutti questi contesti – che appaiono profondamente legati, dal momento che la responsabilità viene generata attraverso un processo di *decision-making* interno all'impresa, che è compito delle regole di *corporate governance* disciplinare – si è rimesso in discussione il rapporto tra la condotta economica della società come ente giuridico e la tutela di soggetti, interni (azionisti, lavoratori dipendenti) o esterni (creditori, risparmiatori, consumatori, subfornitori; mercato, ambiente, apparato dell'istruzione, mondo politico ecc.), con i quali la società è destinata ad interagire nel corso della sua esistenza.

Il dibattito ha avuto ad oggetto, almeno inizialmente, il ruolo della *shareholder's value maximization rule* nell'ambito del diritto societario. A tale regola è stato così assegnato il compito di ridisegnare le dinamiche dell'interazione tra società e soggetti terzi in un'ottica di arricchimento non solo degli azionisti, ma anche della comunità sociale.¹⁰² Si tratta della c.d. «stakeholder theory».

Anche rispetto alla *stakeholder theory*, l'antica idea che la massima efficienza dell'impresa fosse data dalla massimizzazione del profitto in capo agli azionisti conserva ancora tutto il suo potenziale argomentativo.¹⁰³ In effetti, nello schema della società per azioni, gli amministratori non hanno alcun incentivo a gestire la società in base a interessi diversi a quelli degli

¹⁰² Cfr. al riguardo J. HEATH, W. NORMAN, *Stakeholder Theory, Corporate Governance and Public Management: What can the History of State-Run Enterprises Teach us in the Post-Enron Era?*, in 53 *Journ. of Business Ethics*, 2004, p. 247 ss., p. 249 s.

¹⁰³ Sul dibattito relativo ai benefici e agli svantaggi della teoria della CSR v. M.T. JONES, *The Institutional Determinants of Social Responsibility*, in 20 *Journ. of Business Ethics*, 1999, p. 163 ss., p. 164 s.

azionisti, perché sono nominati da questi ultimi ed il loro compito è produrre il massimo profitto: a questo fine essi ricevono il loro stipendio e, se inadempienti a tale missione, possono essere licenziati.¹⁰⁴

L'ingrato compito di costruire una dottrina della responsabilità dell'impresa fu dunque assegnato a norme non facenti parte del diritto societario in senso stretto, ma mutuata da altri settori dell'ordinamento. Dal diritto civile, anzitutto, ove l'istituto della responsabilità da illecito può essere efficacemente utilizzato per convincere la società ad internalizzare i costi sociali generati dalle proprie attività pericolose. Dal diritto penale, in secondo luogo, ove la sanzione ha lo scopo di impedire la lesione di beni giuridici ritenuti degni di tutela da parte della comunità, anche ove l'impresa costituisca un mero mezzo per la realizzazione di condotte ritenute vietate. Dall'ambito detto della «responsabilità sociale» dell'impresa, infine, ove l'ordinamento richieda alla *corporation* di farsi portatrice non solo degli interessi dei proprietari del capitale, ma altresì di quelli della collettività nel suo insieme.¹⁰⁵ In questo modo, si è tentato di ricondurre nei confronti dell'impresa, all'interno del sistema globale, un'obbligazione di *rendre*

¹⁰⁴ Sul fallimento della *stakeholder theory* quanto alla concreta protezione degli azionisti stessi dopo il caso Enron v. J. HEATH, W. NORMAN, *Stakeholder Theory*, cit., p. 248. Ma detto fallimento è causato anche da altre ragioni. Secondo questi Aa. (*ivi*, p. 250), anzitutto, vi sarebbe un problema di corretta individuazione metodologica dell'ambito di indagine, dal momento che «thinking about the role of stakeholders in business involves a tremendous range of different theories, disciplines and methodologies – from economics, law, ethics, political philosophy, and all of the social sciences underlying the managerial sub-disciplines, not to mention metaphysics»; inoltre, l'esclusione totale del diritto societario dall'indagine in merito alla responsabilità sociale dell'impresa ha prodotto risultati «incomplete and, quite possibly, incoherent» (*ivi*, p. 251).

¹⁰⁵ Secondo D.L. ENGLE, *An Approach to Corporate Social Responsibility*, in 32 *Stanford Law Rev.*, 1979/80, p. 1 ss., p. 3, la questione della responsabilità sociale dell'impresa non riguarda l'obbligo, a carico della società, di rispettare i comandi normativi contenuti nella legge, bensì «whether it is socially desirable for corporations organized for profit voluntary to identify and pursue social ends where this pursuit conflicts with the presumptive shareholder desire to maximise profit»: si tratta dunque di una forma di «voluntarism or altruism» (*ibid.*). V. sul tema, tra la dottrina più recente in campo internazionale, X. DIEUX, F. VINCKE, *La responsabilité sociale des entreprises, leurre ou promesse?*, in *Rev. dr. aff. int./Int'l Bus. Law Journ.*, 2005, p. 13 ss.; H.S. DASHWOOD, *Corporate Social Responsibility and the Evolution of International Law Norms*, in J.J. KIRTON, M.J. TREBILCOCK, *Hard Choices, Soft Law: Voluntary Standards in Global Trade, Environment and Social Governance*, Ashgate, 2004, p. 189 ss.; I. BANTEKAS, *Corporate Social Responsibility in International Law*, in 22 *Boston Univ. Int'l Law Journ.*, 2004, p. 309 ss.; J. ZAHRA, *Are Profitability and Corporate Social Responsibility Compatible*, in 7 *Mediterranean Journ. Hum. Rights*, 2003, p. 163 ss.; D.M. BRANSON, *The Social Responsibility of Large Multinational Corporations*, in 16 *Transnat'l Lawyer*, 2002, p. 121 ss.; V.M. DI LORENZO, *Equal Economic Opportunity: Corporate Social Responsibility in the New Millenium*, in 71 *Univ. Colorado Law Rev.*, 2000, p. 51 ss.

compte.¹⁰⁶ A questi tre diversi ambiti (responsabilità da illecito civile, con particolare riguardo al settore degli incidenti industriali; responsabilità penale per reati d'impresa; «responsabilità sociale» per violazione dei diritti dell'uomo) saranno dedicati i capitoli che seguono.

8.2. Accountability dell'impresa multinazionale e Global Governance. –

Prima di affrontare nel dettaglio i problemi connessi ai tre settori testé evidenziati, è opportuno effettuare qualche considerazione conclusiva in merito al ruolo dell'impresa multinazionale all'interno del sistema di *Global Governance*.¹⁰⁷

Sul punto, va anzitutto evidenziato che la *shareholder's value maximization rule* assume un'importanza fondamentale nello scenario internazionale, trattandosi di un principio basilare in materia di investimenti. Se l'ordinamento dello Stato ospite garantisce la massimizzazione del profitto per gli azionisti, l'impresa multinazionale – al pari della società di diritto interno – potrà funzionare quale mezzo per la produzione del massimo rendimento del capitale. Inoltre, l'autonomia della sussidiaria sotto il profilo della personalità giuridica ed il principio della responsabilità limitata, riconosciuti da tutti gli ordinamenti del pianeta, proteggeranno gli azionisti stranieri dal rischio inerente il loro investimento nella società.¹⁰⁸

Tuttavia, un superamento della *shareholder's value maximization rule* si impone, così come per la società monade, anche per l'impresa multinazionale. Anzi, la funzione pubblicistica assunta da queste imprese in virtù dei codici di condotta sopra esaminati¹⁰⁹ ha imposto che il superamento del suddetto principio avesse luogo mediante un'incorporazione nella fase di

¹⁰⁶ S.M. CARBONE, *Corporate governance*, cit., p. 317.

¹⁰⁷ Il termine si riferisce ad un gruppo di studio riunitosi per la prima volta nell'aprile del 1991 a Stoccolma e formato da esponenti del mondo politico internazionale. L'iniziativa, battezzata inizialmente *Stockholm Initiative on Global Security and Governance*, proseguì con l'istituzione di una Commissione *ad hoc*, denominata *Commission on Global Governance*, che pubblicò un rapporto finale sui lavori intrapresi nel 1995: *Our Global Neighbourhood: The Report of the Commission on Global Governance*, New York, 1995. Lo scopo della *Global Governance* è, secondo tale rapporto, sviluppare la *collaboration* tra i soggetti coinvolti nella globalizzazione, in modo da sostituire «the rule of arbitrary power – economic, political, or military – to the rule of law within global society» (*ivi*, p. 5). V. sul tema il breve ma incisivo intervento di G. AMATO, *Le sfide della Global Governance*, in *Pol. int.*, 2001, p. 25 ss.; v. inoltre M. KOENIG-ARCHIBUGI, *Il governo dei processi globali: attori e istituzioni della global governance*, in *Teoria pol.*, 2003, p. 137 ss.

¹⁰⁸ Per un approfondimento di questo profilo v. *infra* § 11.

¹⁰⁹ V. *supra* § 7.3.

decision-making (non solo della sussidiaria, ma anche delle altre entità giuridiche facenti parte dell'impresa) delle esigenze di tutela di interessi esterni. La spinta verso questa forma di responsabilità sociale è venuta proprio dalle stesse organizzazioni internazionali impegnate nella promozione dei codici di condotta.¹¹⁰

Nell'ambito del processo di globalizzazione il momento di responsabilizzazione dell'impresa multinazionale passa dunque attraverso lo strumento dell'*incentivo*, anziché quello del divieto. Questo stesso strumento genera una nuova forma di responsabilità, che può certamente associarsi al termine *accountability* e che, in assenza di un'autorità centrale deputata alla determinazione delle politiche di *Global Governance*,¹¹¹ viene attribuita all'impresa in quanto protagonista attivo dello scenario globale.¹¹² L'assunzione di un siffatto ruolo all'interno del sistema di *Global Governance* non è senza conseguenze dal punto di vista giuridico. In base a questo schema, infatti, l'impresa non è *accountable* semplicemente perché vi è qualche autorità che le *impone* di tenere un dato comportamento; piuttosto, essa è *accountable* perché, proprio in virtù del ruolo svolto, risulta essere uno dei soggetti *in grado di* porre rimedio alle situazioni di inefficienza, ingiustizia e disuguaglianza che caratterizzano il mondo globale.¹¹³

¹¹⁰ Il dibattito sulla responsabilità sociale dell'impresa ha coinvolto sia le istituzioni dell'Unione europea, sia la Camera di Commercio Internazionale, sia l'OCSE. In particolare, la Commissione europea si è attivata in questo ambito con il Libro Verde del 18 marzo 2001, *Promuovere un quadro europeo per la responsabilità sociale delle imprese*, COM(2001) 336 Def. Per l'opera della CCI sull'argomento v. il rapporto *Business in Society. Making a Positive and Responsible Contribution, A Voluntary Commitment by Business to Manage Its Activities Responsibly*, Paris, 2002. Infine, l'OCSE ha pubblicato un volume dal titolo *Responsabilité des entreprises. Initiatives privées et objectifs publics*, Paris, 2001. Per un accenno v. X. DIEUX, F. VINCKE, *La responsabilité sociale*, cit., pp. 15-17.

¹¹¹ Come rileva L.S. FINKELSTEIN, *What is Global Governance?*, in 1 *Global Governance*, 1995, p. 367 ss., p. 368, in termini di indagine sull'esistenza di una *Global Governance*, «[w]hat we need is a conceptualization that enables us to penetrate and understand the government-like events that occur in the world of States even in absence of government». In senso molto pessimista con riguardo all'inesistenza, nei fatti, di una *Global Governance* ed a favore invece di un approccio più realista v. J.R. BOLTON, *Should We Take Global Governance Seriously?*, in 1 *Chicago Journ. Int'l Law*, 2000, p. 205 ss.

¹¹² In effetti, «corporate actors participate in transnational regulation and global governance» (D. DANIELSEN, *How Corporations Govern: Taking Corporate Power Seriously in Transnational Regulation and Governance*, in 46 *Harvard Int'l Law Journ.*, 2005, p. 411 ss, p. 415).

¹¹³ Per questa conclusione v. A. KUPER, *Redistributing Responsibilities. The UN Global Compact with Corporations*, in A. FOLLESDAL, T. POGGE (eds.), *Real World Justice. Grounds, Principles*,

Naturalmente, gli *standards* basati sull'incentivo non rappresentano l'unico tentativo di regolamentazione dell'*accountability* dell'impresa. Essi, infatti, lungi dall'aver una sfera di applicazione esclusiva, si aggiungono alle norme in materia di responsabilità previste dagli ordinamenti statali.¹¹⁴ Ne deriva un quadro complesso in materia di *accountability* dell'impresa multinazionale, all'interno del quale rivestono notevole importanza, oltre alle norme di origine statale e volontaria, anche le disposizioni dell'ordinamento internazionale. Lo scopo dei prossimi tre capitoli è prendere in esame i contenuti, le funzioni e l'ambito operativo di siffatte previsioni.

Human Rights and Social Institutions, Dordrecht, 2005, p. 359 ss., p. 374, secondo il quale, con riguardo al problema della povertà, «corporations have extensive “remedial responsibilities” not simply because they are a *cause* of or are *morally responsible* for much global poverty, nor simply because they have developed *close ties* with local communities, but because – in numerous contexts, from the local to the global – corporations are the *most capable* agents when it comes to remedying this grave situation». Si tratta, a ben vedere, di un'estensione verso l'esterno della «teoria della *forbearance*» descritta da O.E. WILLIAMSON, *The Mechanisms of Governance*, New York, 1996: mentre, secondo questa teoria, l'impresa svolgerebbe la funzione di ridurre le esternalità *interne* all'organizzazione a fini efficientistici, si potrebbe ipotizzare un'estensione della stessa a livello globale, proprio in virtù del ruolo svolto dall'impresa multinazionale nel mondo globalizzato. Secondo questa concezione, pertanto, all'impresa potrebbe essere assegnato il compito di internalizzare parte dei i costi sociali derivanti dalla globalizzazione.

¹¹⁴ Questa considerazione vale per il diritto civile, per il diritto penale e altresì per le norme in materia di responsabilità sociale dell'impresa, che – come giustamente nota F. DI ALTI, *Principali differenze e somiglianze tra standards e norme aventi valore di legge nel settore della regolamentazione finanziaria*, in *Dir. comm. int.*, 2005, p. 535 ss., p. 541 – possono anche avere una portata limitata all'ordinamento nazionale.

CAPITOLO QUARTO

IMPRESE MULTINAZIONALI ED INCIDENTI INDUSTRIALI TRANSNAZIONALI

«If I think that terror is, to me it's walking in darkness to the sound of screaming. My eyes and mouth are on fire. In the half light the room is filled with a white cloud. The children are coughing. From outside come yells, doors banging, people shouting 'Run! Run!' The pain in my chest is awful. ... Someone shouts 'The Union Carbide Factory has exploded!'».

(Testimonianza di "Nanko", dal sito Interner
<<http://www.bhopal.org/nanko.pdf>>)

SOMMARIO: 9. Incidenti industriali e responsabilità. – 9.1. Profili generali. – 9.2. Le dinamiche degli incidenti industriali e le fattispecie di responsabilità. – 9.2.1. Il significato del principio del *locus commissi delicti* nel diritto internazionale. – 9.2.1.1. Il caso della *Amoco Cadiz*. – 9.2.1.2. Bhopal e le «uncertain promises of law». – 9.2.1.3. Tchernobyl, «an incredible misfortune». – 9.2.2. Le distorsioni conseguenti al principio del *locus commissi delicti* e la dottrina del *forum non conveniens*. – 10. Il regime internazionale della responsabilità da incidenti industriali. – 10.1. Il settore dell'inquinamento da idrocarburi. – 10.1.1. Gli accordi internazionali in vigore. – 10.1.2. Le iniziative private in materia. – 10.2. Incidenti causati da sostanze pericolose. – 10.2.1. Il regime del trasporto marittimo di sostanze nocive. – 10.2.2. Il regime del trasporto di sostanze pericolose. – 10.3. Il rischio da incidente nucleare. – 10.4. Considerazioni in punto di normativa internazionale uniforme. – 11. Incidenti transnazionali e principio della responsabilità limitata. – 11.1. Il principio della responsabilità limitata: fondamento economico. – 11.2. Oltre il principio della responsabilità limitata. – 11.3. Responsabilità limitata ed imprese multinazionali. – 11.4. La dottrina del *piercing the corporate veil* e i suoi riflessi internazionalistici. – 11.4.1. Aspetti generali. – 11.4.2. La prassi internazionale in materia. – 11.4.3. Problemi di diritto internazionale privato.

9. Incidenti industriali e responsabilità.

9.1. Profili generali. – Ogni studio che intenda prendere in esame i problemi giuridici inerenti agli incidenti industriali aventi effetti transnazionali deve prima affrontare una questione preliminare, attinente l’allocazione del rischio derivante da una determinata attività d’impresa,¹ con i suoi riflessi in materia di responsabilità civile all’interno dello scenario transnazionale.

Anzitutto, non è inutile ricordare che qualunque decisione assunta da un operatore economico si basa sul calcolo di un rischio in merito alle sue conseguenze.² Ogni rischio è potenzialmente idoneo a generare esternalità negative a danno dei terzi. In particolare, chi svolge un’attività in un settore considerato «ad alto rischio» – ad esempio nei settori chimico e nucleare – deve tenere in debito conto gli effetti negativi che l’attività può comportare nei confronti dei terzi. Questo è il fine delle norme in materia di responsabilità civile: ricondurre le esternalità in capo al soggetto che è potenzialmente in grado di generarle, incentivando lo stesso a mantenere un grado di precauzione idoneo a scongiurare il verificarsi di incidenti. Com’è noto, secondo l’analisi economica del diritto le norme in materia di responsabilità civile risultano in grado di condurre il sistema all’efficienza se riescono a minimizzare i costi sociali degli eventuali incidenti e, allo stesso

¹ Nell’ambito internazionale v. L. GILLON, *Contraintes et risques technologiques*, in *La réparation des dommages catastrophiques. Les risques technologiques majeurs en droit international et en droit communautaire*, Bruxelles, 1990, p. 15 ss.

² Come rileva J. WALSH, *True Odds. How Risk Affects Your Everyday Life*, Santa Monica (CA), 1996, p. 9: «[p]eople need to identify, prioritize and manage the risks they face in life». Così, nel negoziare un determinato contratto, due soggetti dovranno inevitabilmente effettuare una ricognizione dei rischi collegati alle relative prestazioni, al fine di allocarli correttamente nella fase della precisazione dei diritti ed obblighi delle parti. In questo ambito, secondo G.L. PRIEST, *The New Legal Structure of Risk Control*, in 119 *Daedalus*, 1990, p. 207 ss., p. 209, «[i]n modern contract litigation, [...] the issues have been completely reoriented around the question of risk». Analogamente, nell’aprire una nuova linea d’affari o nel lanciare un nuovo prodotto, i dirigenti dell’impresa dovranno tenere in debito conto il rischio che la nuova linea o il prodotto non abbiano successo; infine, ma non da ultimo, nelle proprie scelte politiche, i componenti di un governo dovranno assumersi il rischio di divenire impopolari e, perciò, di non essere rieletti, in conseguenza delle proprie condotte sul piano dell’amministrazione del paese. A questo proposito, ancora G.L. PRIEST, *Ibid.*, p. 215, rileva che «under the modern conception of risk, no action is ever truly innocent. Each of us must recognize that all of our actions are likely to harm others in the society in some way. As a consequence, every citizen stands in a position of continuous potential interaction with the law since every action is potentially subject to liability». Insomma, il rischio è, nelle sue molteplici versioni – sociale, giuridico, economico, politico, ambientale – , al centro della nostra vita quotidiana. Il progresso e l’aspirazione al benessere complessivo della comunità sociale, pertanto, non possono prescindere dal calcolo di un determinato rischio.

tempo, massimizzare i profitti derivanti dall'attività rischiosa. In altre parole, la responsabilità dovrebbe essere stabilita con riferimento al soggetto che, assumendosi il rischio di una determinata condotta, sia in grado di evitare il verificarsi di un danno al minor costo: si tratta del c.d. *cheapest cost avoider*.³

Da un diverso punto di vista, le regole di responsabilità nel settore degli incidenti generano un problema di *entitlement*, cioè di titolarità dell'interesse prevalente rispetto ai soggetti coinvolti.⁴ Precisamente, nel caso di rischio da incidente si genera un conflitto tra il soggetto deputato allo svolgimento dell'attività rischiosa e le potenziali vittime dell'incidente. In funzione dell'allocatione dell'*entitlement* – considerato, secondo la nota teoria di Calabresi e Melamed, come diritto a svolgere l'attività rischiosa ovvero come diritto a non subire incidenti, a sua volta protetto da rimedi, per così dire, “forti”, di natura inibitoria (*property rule*), ovvero “deboli” di natura risarcitoria (*liability rule*) – l'ordinamento effettua delle precise scelte in merito al bene giuridico da tutelare e al fine sociale o economico da proteggere.⁵

³ Naturalmente, in materia di esternalità e funzione della responsabilità civile non è possibile riportare che cenni bibliografici. Per quanto riguarda la letteratura straniera, non si può non citare la pietra angolare del settore, l'opera di G. CALABRESI, *The Costs of Accidents: A Legal and Economic Analysis*, New Haven, 1970, pp. 69-73. V. inoltre J.L. HARRISON, *Law and Economics*, St. Paul (Minn.), 2002, p. 333 ss.; W.Z. HIRSCH, *Law and Economics. An Introductory Analysis*, San Diego, 1999, 3° ed., p. 199; Per la letteratura italiana in materia v. G. CLERICO, *Incidente, livello di precauzione e risarcimento del danno*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2003, p. 271 ss.; ID., *Analisi economica della responsabilità extracontrattuale*, in *Econ. pubbl.*, 1999, p. 5 ss.

⁴ La questione dell'*entitlement* è stata affrontata sul piano dell'analisi economica del diritto nel celebre lavoro di G. CALABRESI, D. MELAMED, *Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One View of the Cathedral*, in 85 *Harvard Law Rev.*, 1972, p. 1089 ss. In breve, nel decidere l'assegnazione dell'*entitlement*, lo Stato determina quale, tra i soggetti in conflitto di interessi, deve prevalere. Nella decisione concernente l'*entitlement*, lo Stato deve altresì scegliere le modalità relative alla sua protezione (*remedy*) e l'eventuale commerciabilità dell'*entitlement* stesso. Così, nel caso in cui il soggetto che voglia privare il titolare del suo diritto debba contrattare con lo stesso e pagarne il prezzo, si avrà una *property rule*. Tipici esempi di *property rules* sono i diritti reali, i diritti di proprietà intellettuale e, in genere, ogni diritto protetto da una tutela di natura inibitoria. Si avrà, invece, *liability rule* qualora il soggetto abbia il potere di estinguere l'*entitlement* di un altro soggetto semplicemente versando a suo favore una somma stabilita dalla legge. Infine, se non è permesso alcun trasferimento del diritto, ricorrerà l'ipotesi di *inalienability rule*. Il dibattito sulle tre *rules* – che rappresentano il nocciolo duro della teoria di Calabresi/Melamed – sono state successivamente approfondite dalla dottrina, anche italiana. V. al riguardo A. NICITA, R. PARDOLESI, M. RIZZOLLI, *Le opzioni nel mercato delle regole*, in via di pubblicazione in *Concorrenza mercato regole*, 2006.

⁵ Usando le parole di U. MATTEI, *Tutela inibitoria e tutela risarcitoria. Contributo alla teoria dei diritti sui beni*, Milano, 1987, p. 91, «[n]on è indifferente, per il titolare dell'interesse sottostante, che questo venga tutelato tramite *property rule* piuttosto che tramite *liability rule*. Solo la *property rule*, infatti garantisce un certo assetto di *property rights*. La *liability rule* garantisce unicamente che

Ora, questo schema è destinato a mutare sensibilmente con l'emergere del processo di globalizzazione dell'economia. Lo sviluppo dell'attività delle imprese multinazionali in settori ad alto rischio tecnologico costringe il giurista ad uno sforzo di analisi maggiore, perché maggiori solo le variabili in gioco.

Anzitutto, vi è il problema della *regulatory competition*. In questo campo – come si è già avuto modo di osservare – le parti coinvolte, cioè l'impresa e le potenziali vittime, non giocano su un terreno paritario, perché la prima gode di un *regulatory arbitrage* che le consente di stabilire liberamente il luogo di incorporazione della sussidiaria, mentre le seconde non possono che subire questa scelta. In tal modo, l'allocazione del rischio avviene in via unilaterale da parte della sola impresa, la quale viene a godere *ex ante* di un vantaggio economicamente rilevante che si ripercuote sui costi di una futura vertenza giudiziaria. La necessità di «livellare il campo da gioco» *ex post* è perciò un'esigenza primaria che attiene all'allocazione dell'*entitlement* al momento del sorgere della controversia conseguente al verificarsi dell'incidente.⁶

Secondariamente, dal punto di vista del livello di precauzione, spesso l'impresa gode di un vantaggio specifico rappresentato dal *know-how* relativo alle tecnologie esportate. La conoscenza del metodo di produzione di un determinato prodotto «ad alto rischio» richiede altresì la messa in opera di cautele particolari, che soltanto quel determinato soggetto è in grado di predisporre. Inoltre, il rischio di incidenti si muove insieme con l'impresa: spostandosi di Stato in Stato, esso viene a gravare di volta in volta sulla comunità interessata, secondo la volontà dell'impresa dettata da specifiche esigenze di carattere economico. Ne consegue che, ove la tecnologia sia protetta da un monopolio della conoscenza, l'impresa multinazionale risulta essere, di fatto, il *cheapest cost avoider* rispetto agli incidenti che potrebbero verificarsi. È pertanto l'impresa che dovrà essere

l'esternalizzazione venga internalizzata. Questo comporta che chi è titolare di un *entitlement* protetto tramite *liability rule* in realtà non è titolare di un *property right*. Chiunque infatti potrà espropriarlo del suo *entitlement*, unicamente pagando il valore obiettivo di questo». L'Autore precisa inoltre (*ivi*, p. 92, nota 54) che il *remedy* basato sulla *liability rule* «non garantisce che il comportamento che cagiona l'esternalizzazione venga impedito dall'ordinamento»: svolgere attività rischiosa non è, di per sé vietato. Se l'attività, tuttavia, cagiona dei danni, sarà necessario provvedere al loro risarcimento onde non generare uno spreco delle limitate risorse del pianeta.

⁶ Sui rimedi posti dai trattati internazionali al problema della disparità tra attore e convenuto v. *infra* § 10.4.

ritenuta responsabile in caso di incidente industriale, sicché sulla stessa incomberà l'onere di adottare un livello di precauzione sufficiente ad evitare il verificarsi di incidenti.⁷

Il vantaggio dell'impresa multinazionale, testé menzionato, si ripercuote anche su un ulteriore aspetto. Infatti, i costi di una *transnational litigation* avente ad oggetto i danni cagionati da un incidente industriale svolgono un ruolo importante anche nell'ambito della scelta della soluzione giuridica, in termini di *entitlement* e di intensità della tutela a favore delle vittime (*property rule* o *liability rule*, tutela inibitoria o 'forte' ovvero meramente risarcitoria o 'debole', per intenderci), da apprestarsi da parte dei diversi ordinamenti coinvolti o del diritto internazionale. Questo schema si può scomporre in due profili in funzione della parte presa come riferimento. Dal lato delle vittime, i costi di transazione risultano altissimi, attesi – tra l'altro – il numero dei soggetti coinvolti nell'incidente (e dunque la necessità di apprestare una qualche forma di *class action*), l'instaurazione della controversia in un foro straniero o in più fori, l'esigenza di risalire alle cause dell'incidente e di prospettarle validamente dinanzi al giudice adito, l'opportunità di chiamare in garanzia anche gli azionisti più solvibili e, non da ultimo, le questioni inerenti l'esecuzione all'estero della sentenza eventualmente favorevole. Dal lato dell'impresa multinazionale, viceversa, vengono in rilievo il principio della responsabilità limitata, il monopolio nell'uso della tecnologia, la scelta, praticamente libera, relativa alla quantità di investimenti da porre a copertura dell'attività rischiosa e così via. Se si confrontano i due profili, non si può non condividere l'impressione che l'impresa giochi favorita nella prospettiva di una procedura giudiziaria successiva all'incidente.

Autorevole dottrina proporrebbe, sulla scorta dell'analisi economica del diritto, l'attribuzione alle vittime di una tutela forte (*property rule*), proprio in conseguenza della presenza di costi di transazione molto alti a carico di

⁷ Proprio per questa ragione alcuni strumenti internazionali in materia di impresa multinazionale raccomandano alla stessa di rendere la comunità locale partecipe in qualche modo alla fase di allocazione del rischio, ad esempio domandando la pubblicazione dei dati relativi all'impatto ambientale e al rischio derivante dalla tecnologia utilizzata, ovvero suggerendo l'adozione di alti *standards* di sicurezza dei prodotti. Cfr. sul punto il capitolo III delle *Guidelines* dell'OCSE sommariamente esaminate *supra* § 7.2.1.

una sola delle parti.⁸ Si consideri, ad esempio, l'ipotesi della costruzione di un impianto chimico in una regione povera di un PVS. In termini giuridico-economici, l'applicazione di una *property rule* di questo genere significherebbe attribuire alla comunità locale il diritto di concedere – o, se del caso, vendere – un permesso per l'apertura dell'impianto. Se l'impresa davvero volesse iniziare la costruzione, dovrebbe acquistare questo diritto dalla comunità locale. Ma a questo schema si oppone un elemento decisivo: questo diritto – si direbbe, l'*entitlement* – non è riconosciuto alla comunità locale perché i PVS, nella loro sete di investimenti stranieri, tendono ad incentivare le imprese straniere ad effettuare investimenti ad alto rischio proprio garantendo loro opportunità di accesso al mercato, agevolazioni fiscali e condizioni privilegiate. E l'impresa che si vedesse opposto un simile trattamento deciderebbe di investire in un altro Paese con una normativa meno stringente. In questo senso, è d'uopo concludere che l'attuale scenario globale assegna di fatto all'impresa – e non, come invece sarebbe efficiente, alle potenziali vittime – un *entitlement* estremamente vantaggioso, consistente nel diritto di svolgere indiscriminatamente attività economiche rischiose in seno ai PVS.

Si consideri poi che, sotto il profilo della responsabilità da incidente, in molti casi l'impresa non è in grado di tenere conto, al momento della decisione di allocazione del rischio, di tutte le variabili in gioco. Anzi, è il rischio stesso – soprattutto quello legato alle tecnologie avanzate – a portare con sé elementi incerti. Ciò avviene perché il rischio «non è un'entità oggettiva, afferrabile, misurabile, ma è un prodotto soggettivo costruito nella cultura di una organizzazione».⁹ Si tratta, insomma, di rischi non generati dalla natura, bensì «creati» dallo stesso progresso tecnologico e pertanto, in

⁸ Nell'analisi di G. CALABRESI, D. MELAMED, *Property Rules*, cit., p. 1119, la presenza di costi di transazione molto alti a carico di una sola parte (dunque *asimmetrici*) comporterebbe l'applicazione di una *property rule* a favore delle potenziali vittime dell'incidente. In questo modo, se l'impresa volesse proseguire nella propria attività, dovrebbe versare alle potenziali vittime un prezzo ed acquistare il loro *entitlement*. Si tratta della nota *Rule I* di Calabresi/Melamed.

⁹ F. CENTONZE, *La normalità dei disastri tecnologici. Il problema del congedo dal diritto penale*, Milano, 2004, p. 9 e 214; nello stesso senso M. DOUGLAS, *Risk and Blame. Essays in Cultural Theory*, London/New York, 1992, p. 44, la quale rileva che «a workable model of risk perception needs to take account of culturally distinct attitudes to authority and order».

ultima analisi, *non individuabili, non stimabili, non valutabili*: in altre parole, *non gestibili*.¹⁰

Questo problema si riflette all'interno dell'impresa multinazionale, soprattutto nella fase di *decision-making*. All'interno dell'impresa, infatti, confluiscono le aspettative di diversi soggetti, interni ed esterni, molto spesso confliggenti. La prevalenza di alcune di queste aspettative a scapito di altre, inoltre, rende impercettibili le dinamiche sociali, culturali, economiche e politiche sottese all'allocazione dei rischi in un determinato scenario. In altre parole, la percezione del rischio nel *decision-making* dell'impresa multinazionale può risultare falsata da numerosi fattori, primo tra tutti la distanza fisica tra la sussidiaria e la capogruppo.¹¹ Si badi che questa situazione non influenza soltanto la fase meramente decisionale dell'impresa, ma potrebbe altresì produrre conseguenze sul piano patologico, in quanto la dinamica del controllo, imponendo una diluizione del rischio dal vertice in capo alle sussidiarie, potrebbe ben determinare, al termine della crisi, il collasso dell'intera organizzazione, che trascinerrebbe con sé nel baratro anche le parti sane dell'impresa.

L'obiettivo di questo capitolo è sottoporre ad indagine i maggiori incidenti industriali transnazionali ed indagare le soluzioni giuridiche offerte dagli Stati per regolare le relative responsabilità. In particolare, si focalizzerà nuovamente l'attenzione, anche attraverso uno sguardo alla prassi, sugli effetti prodotti dalle norme di conflitto nel settore degli incidenti, che ad oggi non sono state in grado di garantire alle vittime un adeguato

¹⁰ F. CENTONZE, *La normalità dei disastri tecnologici*, cit., p. 15. A tale condizione fa da contraltare la considerazione che «[o]ne of the most problematic offshoots of misunderstanding of risk is the idea that we can live risk-free lives» (J. WALSH, *True Odds*, cit., p. 11). In breve, la società odierna si cela dietro l'illusione che il rischio sia perfettamente calcolabile e che le conseguenze delle nostre azioni siano interamente interiorizzate nella fase della decisione. Nulla è, ovviamente, più falso. In particolare, nel settore degli incidenti industriali e delle catastrofi naturali, il fenomeno è stato oggetto di studio soprattutto al fine di spiegare la timidezza con la quale spesso vengono adottate regolamentazioni pregevoli in materia. Correttamente R.A. POSNER, *Catastrophe. Risk and Response*, Oxford, 2004, p. 97 s., sottolinea che «[i]gnorance of science coexists dangerously with an uncritical veneration of science and scientists. [...] We think of science as the key to our comfort, prosperity, longevity, and geopolitical power, and we resist thinking that our dependence on it may prove to be a Faustian pact. Even the practical benefits of science are exaggerated, because people forget that technological progress, which is what mainly contributes to human well-being, is not always a matter of applying scientific principles. Often it is inductive and atheoretical».

¹¹ Per tale ragione si parla di *vulnerability* delle organizzazioni complesse: cfr. S. EINARSSON, M. RAUSAND, *An Approach to Vulnerability Analysis of Complex Industrial Systems*, in 18 *Risk Analysis*, 1998, p. 535 ss., p. 537.

risarcimento del danno. Successivamente, stante questo fallimento, si tenterà di ricostruire il percorso che ha portato il diritto internazionale a costruire un sistema di responsabilità oggettiva a carico dei soggetti esercenti attività pericolose. Le pagine che seguono riveleranno come il diritto internazionale ha affrontato il bilanciamento tra l'interesse ad una promozione degli investimenti internazionali in materia di attività rischiose, da un lato, e l'esigenza di garantire un immediato ristoro delle vittime, dall'altro. E si vedrà in quale modo gli strumenti internazionali applicabili hanno regolato l'assegnazione dei relativi *entitlements* e con quale intensità di tutela.¹² Infine, si tenterà di offrire un approccio alternativo al problema della garanzia del risarcimento, approfondendo il tema del *piercing the corporate veil* nell'ambito delle imprese multinazionali.¹³

9.2. La dinamica degli incidenti industriali transnazionali. – La storia del progresso umano dalla rivoluzione industriale ad oggi è costantemente percorsa da incidenti industriali, non di rado dalle proporzioni catastrofiche, che hanno interessato più Stati e comunità. Sono proprio questi incidenti che, per il fatto di essersi verificati in uno Stato ed aver prodotto le proprie conseguenze negative su un altro, interessano il presente lavoro.

Al riguardo, è sufficiente ricordare alcuni di questi episodi. Il 18 marzo 1967, la petroliera *Torrey Canyon* urtò gli scogli di Seven Stones, tra le Isole Scilly e il capo di Land's End, in Gran Bretagna, scaricando in mare 80.000 tonnellate di greggio;¹⁴ il 10 luglio 1976, dall'impianto chimico della *Icmesa S.p.A.* di Seveso fuoriuscì una nube di tetraclorodibenzo-paradiossina, che si disperse nell'ambiente circostante provocando ingentissimi danni;¹⁵ il 16 marzo 1978, la petroliera liberiana *Amoco Cadiz*, bloccata in mare da un

¹² V. in particolare *infra* § 10.4.

¹³ V. *infra* § 11.4.

¹⁴ Sulla vicenda cfr. V.P. NANDA, *The Torrey Canyon Disaster: Some Legal Aspects*, in 44 *Denver Law Journ.*, 1967, p. 400 ss.; E. DU PONTAVICE, *La pollution des mers par les hydrocarbures: à propos de l'affaire du "Torrey Canyon"*, Paris, 1968; A. HOVANESIAN, *Post Torrey Canyon: Toward a New Solution to the Problem of Traumatic Oil Spillage*, in 2 *Connecticut Law Rev.*, 1969/1970, p. 632 ss.; G. KOJANEC, *Equilibre écologique et pollution de la mer données d'une réglementation internationale*, in *Com. int.*, 1971, p. 384 ss.

¹⁵ La causa del disastro sarebbe da attribuire all'esplosione del disco di sicurezza di un reattore utilizzato nell'impianto di Seveso, dedicato alla produzione di fungicidi. Per effetto dell'incidente e dei danni da questo provocati all'ambiente circostante, oltre 3.000 animali domestici e 70.000 animali da cortile dovettero essere soppressi.

guasto al sistema idraulico di direzione, si schiantava a causa di una tempesta sugli scogli della Bretagna, riversando lungo 125 miglia di mare circa 230.000 tonnellate di petrolio;¹⁶ nella notte del 3 dicembre 1984, nella cittadina indiana di Bhopal, dai serbatoi di stoccaggio di isocianato di metile (MIC) della Union Carbide India,¹⁷ fuoriuscirono 20 tonnellate di gas mortale, che grazie al vento si abbattono sulla città addormentata, provocando oltre 20.000 morti, 300.000 feriti e danni incalcolabili all'ambiente;¹⁸ nelle prime ore della notte del 26 aprile 1986, a seguito di

¹⁶ I fatti si sono svolti nel modo seguente. La superpetroliera *Amoco Cadiz*, battente bandiera liberiana, uno dei gioielli della multinazionale Standard Oil, era diretta, nella tarda sera del 15 marzo 1978, verso il porto dell'Aja con un carico di oltre 200.000 tonnellate di petrolio. Giunta nei pressi di Portsall, in Bretagna, incontrò una tremenda tempesta, in mezzo alla quale restò priva di mobilità a causa di un guasto. La nave, infatti, che era stata costruita a Cadice nei cantieri di Astilleros Españoles – la società spagnola che aveva armato le caravelle di Colombo (*sic*) – presentava un difetto di costruzione, perché il suo sistema idraulico di direzione risultava sottodimensionato rispetto alla stazza della nave. Fu proprio a causa di questo difetto che la *Amoco Cadiz* si trovò, quella notte, in balia delle onde. La mattina del 16 marzo successivo, la nave si arrestava a 9 miglia nautiche dalla costa francese e il capitano lanciava un segnale d'allarme. Mentre l'equipaggio tentava invano di riparare il guasto e la guardia costiera seguiva a distanza l'operazione, il rimorchiatore tedesco *Pacific*, uno dei più grandi del mondo, dopo aver negoziato un accordo con gli uffici di Standard Oil in Chicago (v. sul punto le interessanti osservazioni di A. MALINTOPPI, *La lezione dell' "Amoco Cadiz": "cure now, pay later"*, in *Riv. dir. int.*, 1978, p. 422 s.), esperì due tentativi di salvataggio della nave, senza tuttavia riuscirvi: alle 21.49 del 16 marzo, la *Amoco Cadiz*, sbattuta dalle onde sugli scogli delle coste bretoni, iniziò a scaricare in mare il suo carico di petrolio. Alle 10.00 del giorno seguente, la nave si spezzava in due e continuava a stazionare nella medesima posizione, sbattuta dalle onde fino al 28 marzo, quando la marina francese ne fece saltare in aria il relitto. A quella data, la nave aveva riversato lungo 125 miglia di mare bretone 227.000 tonnellate di petrolio di carico e 3.000 di carburante. Per un'esposizione dei fatti v. C. ROUSSEAU, *Chronique des faits internationaux*, in *Rev. gén. dr. int. public*, 1978, p. 1125 ss.; J. DUTHEIL DE LA ROCHELLE, *Les réactions de l'O.M.C.I. au désastre de l'Amoco Cadiz*, in *Ann. fr. dr. int.*, 1978, p. 755 ss. Durante gli accertamenti svolti dalle autorità francesi, emerse che Standard Oil e gli uffici del settore trasporti marittimi, gestiti dalla sussidiaria Amoco International Oil Company (AIOC), pur avendo individuato alcune falle nell'impianto idraulico della nave, non avevano effettuato le necessarie riparazioni e che, inoltre, l'equipaggio non era addestrato per fronteggiare un'emergenza come quella presentatasi al momento dell'incidente: cfr. A. KISS, *L'affaire de l'«Amoco Cadiz»: responsabilité pour une catastrophe écologique*, in *Journ. dr. int.*, 1985, p. 575 ss., p. 578 ss.; N.J.J. GASKELL, *The Amoco Cadiz: (I) Liability Issues*, in 3 *Journ. En. & Nat. Res. Law*, 1985, p. 169 ss., pp. 170-176; N.J. ESKENAZI, *Forum Non Conveniens and Choice of Law in Re: The Amoco Cadiz Oil Spill*, in 24 *Journ. Marit. Law & Comm.*, 1993, p. 371 ss., p. 377 ss.

¹⁷ L'isocianato di metile (MIC) «is a highly toxic substance used for making carbaryl, the active agent in the pesticide Sevin. It is highly unstable and needs to be kept at low temperatures» (P. SHRIVASTAVA, *Bhopal. Anatomy of a Crisis*, Cambridge (Mass.), 1987, p. 43). V. per tutti J.S. FERGUSON, *The Toxicity of Inhaled Methyl Isocyanate Vapor (Ph.D. Dissertation)*, Pittsburgh, 1988; J. HAWKINSON, *The Cyanide Controversy: A Toxicological Report on the Bhopal Gas Disaster*, Davis, 1985; ID., *Methyl Isocyanate: Its Physical, Chemical, and Toxicological Properties*, Davis, 1985.

¹⁸ Le cause dell'incidente sono da imputare ad una serie di fattori cumulatisi nel corso del tempo, quali la carenza di precauzione dell'impianto, l'impreparazione degli addetti, il basso morale dei dipendenti dovuto ai recenti tagli al personale, la mancata informazione sui rischi inerenti allo

alcune manovre di spegnimento del sistema di alimentazione elettrica dell'impianto di raffreddamento del nocciolo, dalla centrale nucleare di Tchernobyl (Ucraina) si sprigionò una nube composta di radionuclidi che investì l'intera Europa orientale e centrale, con ingentissimi danni alle persone e all'ambiente;¹⁹ il 1° novembre 1986, le squadre di pompieri chiamate a domare un incendio sprigionatosi dallo stabilimento della *Sandoz S.A.* in Basilea, riversarono nel reno tonnellate d'acqua contaminata da pesticidi.²⁰ L'elenco è destinato, comunque, a non esaurirsi ai casi citati.²¹

stoccaggio del MIC. Inoltre, le misure di sicurezza dell'impianto risultavano disattivate o in attesa di manutenzione. Nella notte tra il 2 e il 3 dicembre 1984, come di consueto fu effettuata la pulitura dei tubi dello stabilimento: solitamente, l'impianto in corso di lavaggio e quello funzionante avrebbero dovuto restare separati durante il lavaggio. Tuttavia, quella notte una delle valvole di separazione risultava inspiegabilmente aperta, sicché un'enorme quantità d'acqua entrò nel serbatoio contenente MIC, provocando una tremenda reazione chimica. Pochi minuti dopo la mezzanotte, oltre 24 tonnellate di gas tossico si riversarono nell'aria di Bhopal e, grazie al vento che quella notte soffiava da nord a sud, in poche ore invasero la città. Soltanto alle 3.40 del mattino, fu reso noto che si trattava di MIC. Cfr. P. SHRIVASTAVA, *Bhopal*, cit., p. 50; A. DE GRAZIA, *A Cloud Over Bhopal. Causes, Consequences and Constructive Solutions*, Bombay, 1985, p. 65 ss., 80.

¹⁹ Il reattore della centrale di Tchernobyl, aveva la particolarità di operare a c.d. «coefficiente di vuoto positivo», in modo che all'aumentare della temperatura conseguiva un aumento della reazione nucleare. Tale sistema risulta vietato negli altri Paesi per ragioni di sicurezza, perché in mancanza del liquido refrigerante il reattore dovrebbe essere in grado di spegnersi automaticamente, senza la necessità di un intervento umano. Ed infatti il 25 aprile 1986, gli addetti all'impianto tentarono di verificare se la turbina potesse continuare a produrre energia per inerzia, anche in assenza di refrigerazione: a tal fine, vennero disabilitati il circuito di emergenza ed il sistema di raffreddamento. L'esperimento portò ad una inaspettata reazione che neppure le barre di controllo, tradizionalmente utilizzate per lo scopo, furono in grado di arrestare. L'esplosione del reattore, accompagnata da una scarsa copertura esterna dello stesso, provocarono la dispersione di materiale radioattivo nell'ambiente. Nulla si seppe dell'incidente fino a qualche settimana più tardi: le autorità sovietiche non solo tennero nascosto l'episodio, ma omisero altresì di informarne la popolazione, che fu così soggetta a forti radiazioni per mesi. Il bilancio dell'incidente fu terribile: 31 persone morirono immediatamente; 134 soccorritori contrassero la sindrome da intossicazione radioattiva acuta; 250.000 furono evacuati dalla zona di Tchernobyl e dalla città di Pripjat; furono registrati oltre 1.800 casi di cancro alla tiroide in bambini della zona; oltre 600.000 persone lavorarono alla decontaminazione del sito, nel corso degli anni successivi, senza alcuna protezione dalle radiazioni. La quantità di radiazioni rilasciata dall'esplosione è stata stimata pari a 100 volte quella relativa alla bomba di Hiroshima. Le radiazioni furono percepite in tutta Europa e seguirono interventi da parte delle autorità amministrative dei vari Paesi coinvolti al fine di attenuare i danni alla popolazione. Per una descrizione dei fatti e delle conseguenze v. D.C. STUCKEY, *Learning from Chernobyl*, in *65 Foreign Aff.*, 1986/1987, p. 304 ss.; D.R. MARPLES, *The Social Impact of Chernobyl Disaster*, New York, 1988.

²⁰ L'effetto fu una catastrofe naturale che colpì il fiume Reno e danneggiò la flora e la fauna di tutti gli Stati coinvolti. Anche qui, peraltro, le autorità elvetiche mancarono di informare gli Stati vicini della natura delle sostanze scaricate nel fiume e ciò si ripercosse inevitabilmente sui tempi di intervento da parte delle squadre competenti.

²¹ Vi è un numero indeterminabile di disastri tecnologici che non può essere menzionato nel presente lavoro, poiché si tratta di incidenti i cui effetti si sono esauriti all'interno di un unico Stato. Si pensi, al riguardo, al disastro di Minamata, la città giapponese contaminata dalle scorie rilasciate

Per ciascuno di questi incidenti, le autorità competenti svolsero accurate indagini, alla ricerca delle cause scatenanti del disastro e dei responsabili. Molto spesso, si trattò di incidenti dipesi da una serie di eventi per lo più imprevedibili, prodottisi all'interno dell'impresa, che furono il risultato dell'impiego di tecnologie non del tutto controllabili, della mancanza di perizia nella loro gestione e, non da ultimo, della insufficiente percezione del rischio da parte dei soggetti deputati ad assumere le decisioni in seno all'impresa stessa.²² Nello scenario internazionale, poi, l'effetto devastante degli incidenti risultò amplificato dall'estrema complessità del sistema, dalle asimmetrie dovute sia alle differenze culturali e normative esistenti tra il luogo di origine del disastro ed il luogo o i luoghi nei quali si produssero le sue conseguenze, sia alla riservatezza che in genere caratterizza l'uso di determinate tecnologie, soprattutto se altamente pericolose.²³

9.2.1. Il significato del principio del *locus commissi delicti* nel diritto internazionale. – Come si è ricordato in precedenza,²⁴ il principio del *locus commissi delicti*, come criterio di determinazione sia della giurisdizione competente, sia della legge applicabile alla fattispecie di responsabilità, se

dalla locale società produttrice di fertilizzanti, Chisso Corporation; in conseguenza della condotta di tale società, morirono oltre 900 persone e nel 2001 il governo giapponese stimò che oltre 2 milioni di individui erano stati intossicati. V. T. GEORGE, *Minamata: Pollution and the Struggle for Democracy in Postwar Japan*, Cambridge (Mass.), 2001. Si ricordino inoltre i tanti incidenti che hanno insanguinato il suolo americano, da quello occorso a Aubur, in Indiana, il 28 giugno 1988, alla recente esplosione del 23 marzo 2005 negli impianti della British Petroleum in Texas; come non ricordare poi l'incendio che uccise 188 lavoratrici e lavoratori nella fabbrica di giocattoli thailandese *Kader Toy* il 10 maggio 1993, i disastri degli *shuttles Challenger* il 28 gennaio 1986 (sul quale v. D. VAUGHAN, *The Challenger Launch Decision: Risky Technology, Culture and Deviance at NASA*, Chicago, 1996) e *Columbia* il 1° febbraio 2003, l'esplosione di una fabbrica chimica di Jilin, in Cina, il 13 novembre 2005, che ha ucciso 5 persone e provocato l'evacuazione di decine di migliaia di residenti. E, come si è detto, purtroppo l'elenco non si esaurisce con la menzione di questi casi.

²² V. ancora F. CENTONZE, *La normalità dei disastri tecnologici*, cit.

²³ Va anche osservato che molti degli effetti degli incidenti testé menzionati avrebbero potuto essere meno devastanti se vi fosse stata una minima cooperazione tra gli Stati in ambito informativo. In alcuni casi, si lo Stato dell'incidente era in buona fede, non essendo nota neppure ad esso la dinamica dell'incidente ed i suoi effetti; talvolta, viceversa, le autorità deliberatamente omisero di divulgare le informazioni necessarie, al fine di evitare attacchi di panico da parte della popolazione. Sulla necessità di una cooperazione interstatale in ambito informativo, al fine di prevenire ulteriori gravi danni, v. M.F. DE SOUZA PORTO, C. MACHADO DE FREITAS, *Major Chemical Accidents in Industrializing Countries: The Socio-Political Amplification of Risk*, in 16 *Risk Analysis*, 1996, p. 19 ss., i quali (p. 23 ss.), peraltro, affrontano il problema dell'incertezza (sia nella fase preventiva, sia nella fase operativa, sia in quella successiva all'incidente) che caratterizza le strutture d'intervento di molti Paesi in via di sviluppo.

²⁴ V. *supra* § 7.1.

applicato al settore degli incidenti industriali, prevede la competenza internazionale del giudice del luogo in cui l'incidente si è verificato e l'applicazione della legge dello stesso luogo.

La storia contemporanea è piena di episodi di incidenti industriali che hanno coinvolto le corti locali nell'applicazione del principio in parola. Sussistendo molto spesso, in questi casi, una concorrenza tra fori ugualmente competenti in materia di illecito, le vittime hanno potuto instaurare le relative azioni di risarcimento dei danni *in Stati diversi* da quello dell'incidente.²⁵ Talora, il procedimento si è risolto con una condanna al pagamento di un risarcimento;²⁶ il più delle volte, le vittime sono rimaste senza tutela, per via di una serie di limiti all'esercizio della giurisdizione che saranno analizzati più approfonditamente nel prosieguo. Ove le vittime abbiano avuto successo, ciò è potuto avvenire non grazie ad un'applicazione della *lex loci delicti*,²⁷ bensì attraverso un'applicazione della *lex fori*, in virtù di giustificazioni sempre diverse ma che, tutte insieme, sembrano tracciare – come si vedrà tra breve – un preciso quadro delle regole di conflitto di leggi in materia di incidenti industriali.²⁸ Alcuni tratti di questo quadro sono

²⁵ Come si ricorderà, in altra parte del presente lavoro si è posta l'attenzione alle caratteristiche del criterio del *locus commissi delicti*, per concludere che, nella misura in cui lo Stato è in grado di attrarre nella propria giurisdizione le condotte di imprese multinazionali realizzatesi all'estero ma i cui effetti si sono prodotti all'interno del foro, ciò può dar luogo all'imposizione, nei confronti dell'impresa, di un obbligo di *rendre compte* basato sulle regole di responsabilità vigenti nel foro. Una realizzazione concreta di tale condizione si ha quando nel foro vige una norma che assegna competenza ai tribunali locali anche soltanto in virtù della produzione, nel foro, dei danni conseguenti all'illecito (cfr. *supra* § 7.1, spec. nota 9).

²⁶ Come ad esempio è avvenuto nel caso dell'incidente occorso alla *Amoco Cadiz*: v. *infra* § 9.2.1.1, specialmente la nota 32 ed il testo corrispondente.

²⁷ Come si è visto *supra* § 7.1, il criterio della *lex loci delicti* non è in grado di imporre all'impresa la completa internalizzazione delle proprie condotte. Ed infatti, ove lo Stato nel quale si è verificato l'incidente contempra regimi di responsabilità inadeguati o imponga all'impresa misure di sicurezza carenti sotto il profilo della prevenzione degli incidenti, l'applicazione del criterio *de quo* consente l'esternalizzazione dei costi di produzione dell'impresa. V. ancora, al riguardo, H. MUIR WATT, *Aspects économiques*, cit., p. 294. *Contra*, per una difesa del principio in questione, soprattutto alla luce del panorama comparatistico di *common law*, v. P. TERBLANCHE, *Lex Fori or Lex Loci Delicti? The Problem of Choice of Law in International Delicts*, in 30 *Comp. & Int'l Law Journ. of Southern Africa*, 1997, p. 243 ss.

²⁸ Sul problema dell'applicazione della *lex fori* come criterio alternativo a quello della *lex loci delicti* v. R. DE NOVA, *Appunti sull'illecito civile in diritto internazionale privato comparato*, già in *Comunicaz. e Studi*, 1952, p. 7 ss, ora in *Scritti di diritto internazionale privato*, Padova, 1977, p. 463 ss., p. 469 ss.

offerti dai due casi, qui di seguito illustrati, relativi alle vicende giudiziarie seguite agli incidenti occorsi alla *Amoco Cadiz* e all'impianto di Bhopal.²⁹

9.2.1.1. Il caso della *Amoco Cadiz*. – Onde esaminare da vicino la vicenda giudiziaria relativa all'incidente occorso alla *Amoco Cadiz*, è opportuno, anzitutto, ripercorrere i momenti immediatamente successivi allo stesso. La nave risultava iscritta nei registri navali di Monrovia e formalmente appariva di proprietà della società liberiana Amoco Transport Company (ATC), con sede principale nelle Isole Bermuda. La società era controllata, tramite partecipazioni indirette, da Amoco International Oil Company (AIOC) e da Standard Oil Co., capogruppo della prima.³⁰ Le vittime (segnatamente la Repubblica Francese e gruppi di dipartimenti, comuni, enti, organizzazioni private e individui) non potendo sperare di ottenere un adeguato risarcimento dalla sola ATC, decisero di citare in giudizio *tutte le società coinvolte nell'episodio*, inclusa la costruttrice spagnola Astilleros, proponendo una *class action* dinanzi alla Corte federale del luogo di sede della capogruppo per una somma superiore ai 300 milioni di dollari.³¹

²⁹ Per i fatti relativi all'incidente della *Amoco Cadiz* v. *supra* nota 16; per l'incidente di Bhopal v. *supra* nota 17 s.

³⁰ La costruzione della petroliera da parte dei cantieri della Astilleros Españoles S.A. era stata iniziata in virtù di un accordo concluso in data 30 luglio 1970 con Amoco Tanker Company, una società interamente posseduta da Standard Oil Co. Le relative trattative e l'intera fase di costruzione furono condotte da AIOC e, al termine della costruzione, la nave fu ceduta ad Amoco Transport Company, partecipata da quest'ultima e da Standard Oil Co.

³¹ V. C. ROUSSEAU, *Chronique*, cit., p. 1144. Una serie di azioni di risarcimento dei danni vennero proposte dinanzi alla Corte Distrettuale dell'Illinois, Stato della sede centrale della capogruppo Standard Oil: in proposito v. T. SCOVAZZI, *Gli incidenti industriali e il « velo » delle società transnazionali*, in *L'unificazione del diritto internazionale privato e processuale. Studi in onore di Mario Giuliano*, Padova, 1989, p. 839 ss., p. 854; J.W. BARTLETT, *In Re Oil Spill by the Amoco Cadiz. Choice of Law and A Pierced Corporate Veil Defeat the 1969 Civil Liability Convention*, in *10 Maritime Lawyer*, 1985, p. 1 ss., p. 2 s. Una prima azione venne promossa il 15 settembre 1978 da Standard Oil, AIOC e ATC al fine di ottenere una sentenza dichiarativa dell'irresponsabilità o della limitazione della responsabilità ai sensi del *Limitation of Liability Act* del 1851; al fine di contrastare tale richiesta, i danneggiati depositavano una *motion to dismiss*, che veniva accolta dalla Corte il 17 aprile 1979 (U.S. District Court, Northern District of Illinois (Eastern Division), *In Re Amoco Transport Company, Standard Oil Company (Indiana), Amoco International Oil Company, and Claude Phillips, for Exoneration From or Limitation of Liability*, 17 aprile 1979, 1979 AMC 1017). Una seconda azione fu promossa il 28 agosto 1979 dai danneggiati contro la sola Standard Oil per ottenere il risarcimento dei danni conseguenti all'incidente; a sua volta, la convenuta chiamava in garanzia Astilleros, ritenendola unica responsabile del disastro. Astilleros si costituiva in giudizio e l'8 giugno 1979 presentava una richiesta di estromissione per carenza di giurisdizione. In un terzo procedimento azionato l'11 settembre 1979, i danneggiati citavano in giudizio ATC, Standard Oil, AIOC, l'American Bureau of Shipping e Astilleros. Le convenute proponevano domanda

All'esito del processo, con sentenza resa in data 18 aprile 1984 la Corte federale dichiarava tutte le convenute responsabili in solido per i danni causati dall'incidente³² e con sentenza dell'11 gennaio 1988 liquidava il danno in 252 milioni di franchi francesi, pari a 85,2 milioni di dollari,³³ aumentati successivamente, in virtù degli interessi moratori, sino a 205,8 milioni di dollari.³⁴

La scelta della corte statunitense fu il risultato di un tipico tentativo di *forum shopping*. La prospettiva di un processo in Francia, infatti, si presentava come poco favorevole alle parti attrici, perché tra la Liberia (Stato di registrazione della *Amoco Cadiz*) e la Francia risultava in vigore la Convenzione internazionale sulla responsabilità civile per danni dovuti all'inquinamento da idrocarburi, firmata a Bruxelles il 29 novembre 1969 ed entrata in vigore il 19 giugno 1975,³⁵ che – come rileverà l'analisi che segue – prevede (a) la responsabilità oggettiva ed esclusiva del proprietario della nave per qualsiasi danno arrecato al territorio di uno Stato contraente, incluso il mare territoriale (art. III par. 1), (b) l'esclusione di qualsiasi azione non sancita nella Convenzione (art. III par. 4), con conseguente inammissibilità di azioni di risarcimento promosse nei confronti di soggetti diversi dal proprietario; (c) il limite di responsabilità al di sotto di massimali prestabiliti, salva la prova della colpevolezza del proprietario (art. V) e,

riconvenzionale nei confronti di Astilleros, la quale da parte sua richiedeva nuovamente di essere estromessa da tutti i procedimenti in virtù dell'asserita carenza della giurisdizione dei tribunali statunitensi. Una dopo l'altra, la Corte rigettava le richieste di estromissione di Astilleros – v. *In Re Amoco Cadiz*, 491 F. Supp. 170 (N.D. Ill. 1979) – che successivamente ometteva di presentarsi alle udienze e veniva dichiarata contumace. La Corte federale d'Appello respingeva il ricorso proposto da Astilleros avverso la decisione del giudice di primo grado: v. *In re Oil Spill by Amoco Cadiz off Coast of France on March 16, 1978. Appeal of Astilleros Españoles, S.A.*, 699 F.2d 909 (7th Cir., 1983), decisa il 3 febbraio 1983.

³² U.S. District Court for the Northern District of Illinois Eastern Division, *In Re Oil Spill by the "Amoco Cadiz" off the Coast of France on March 16, 1978*, 1984 U.S. Dist. LEXIS 17480 (April 18, 1984), 1.

³³ *In re Oil Spill by "Amoco Cadiz"*, 1988 U.S. Dist. LEXIS 16832 (D. Ill., 1988). In tale decisione, la Corte ha liquidato a favore della Repubblica Francese, composta da vari ministeri, la somma di 201 milioni di franchi francesi; a favore dei comuni colpiti dal disastro l'importo di 46 milioni; a favore delle varie associazioni ambientaliste la somma di 300 mila franchi, così per un totale di 252.837.825,12 franchi. La sentenza è pubblicata altresì in 91 *Dir. mar.*, 1989, p. 877 ss., con nota di M. VIALE, *Inquinamento marino e danni risarcibili*. La richiesta avanzata dalla Francia alla conclusione del dibattito ammontava a 769,8 milioni di dollari (cfr. C. ROUSSEAU, *Chronique des faits internationaux*, in *Rev. gén. dr. int. public*, 1985, p. 770 s.).

³⁴ *In Re Oil Spill by the "Amoco Cadiz"*, 954 F. 2d 1279 (7th Cir. 1992), decisa il 24 gennaio 1992.

³⁵ Il testo della Convenzione si legge in 64 *Am. Journ. Int'l Law*, 1970, p. 481 ss. V. *infra* nota 113.

infine, (d) la competenza esclusiva ed inderogabile del giudice del *locus commissi delicti* (art. IX).³⁶ L'instaurazione di un giudizio dinanzi ai tribunali francesi avrebbe, per contro, imposto agli attori di rivolgersi unicamente nei confronti di ATC, la quale, peraltro, avrebbe risposto solo nei limiti dei massimali previsti dalla Convenzione.³⁷

Del tutto diversamente si poneva la possibilità di un'azione dinanzi alle corti americane, ove si vigevano massimali di responsabilità del proprietario, ma la Convenzione di Bruxelles non era stata ratificata e, pertanto, non vi era l'obbligo di promuovere azione esclusivamente nei confronti di questi. Inoltre, gli stessi massimali erano destinati a decadere ove si dimostrasse che il proprietario avesse agito con «knowledge and privity».³⁸ L'azione avrebbe potuto, pertanto, essere proposta anche nei confronti delle altre società del gruppo Standard Oil coinvolte nell'incidente, che non avevano curato l'adeguata manutenzione della nave.³⁹

³⁶ L'art. IX della Convenzione di Bruxelles, cit. *supra* nota 35, così recita:

- «1. Where an incident has caused pollution damage in the territory including the territorial sea of one or more Contracting States, or preventive measures have been taken to prevent or minimize pollution damage in such territory including the territorial sea, actions for compensation may only be brought in the Courts of any such Contracting State or States. [...]
2. Each Contracting State shall ensure that its Courts possess the necessary jurisdiction to entertain such actions for compensation. [...]

³⁷ A. KISS, *L'affaire de l'«Amoco Cadiz»*, cit., p. 585, che fa riferimento a una stima effettuata da consulenti indipendenti, così indica i danni provocati dall'incidente:

voci di danno	importi (in milioni di franchi)
pulizia del mare	da 445 a 490
danni alle risorse marine	140
perdite d'amenità (turisti e residenti)	da 53 a 342
danni al settore turistico	da 116 a 251
effetti regionali secondari	26
ricerche ecc.	16

Il prospetto non tiene in considerazione i danni occorsi alla fauna e alla flora non commerciabili, nonché gli importi delle spese legali.

³⁸ Il *Limitation of Liability Act* del 1851, attualmente codificato in 46 U.S.C. §§ 181-196, prevede infatti che la responsabilità del proprietario della nave per qualsiasi danno da essa cagionato non possa superare il valore della nave stessa e del carico, ove non venisse provato che il proprietario aveva agito con «knowledge and privity» nel causare il disastro. V. anche *infra* nota 117.

³⁹ V. ancora A. KISS, *L'affaire de l'«Amoco Cadiz»*, cit., p. 588 s.; T. TREVES, *Aspetti internazionali della responsabilità civile per danni all'ambiente*, in *Riv. giur. ambiente*, 1994, p. 105 ss., p. 115. Nel periodo immediatamente successivo all'incidente, Amoco Transport aveva proposto alle autorità francesi la definizione della vicenda mediante transazione, attraverso il pagamento di complessivi 150 milioni di franchi. La cifra era assolutamente inadeguata, alla luce degli effettivi danni cagionati dall'incidente (v. *supra* nota 37).

Anzitutto, la Corte federale ha negato alle convenute l'applicazione dei massimali di responsabilità⁴⁰ e le ha anzi condannate al risarcimento del danno occorso. Stranamente, la Corte si è rifiutata di far ricorso alla *lex loci delicti* per determinare le regole di responsabilità applicabili al caso di specie ed anzi, con una motivazione alquanto singolare, ha stabilito l'applicazione della *lex fori*, scavalcando così gli stringenti limiti imposti dalla Convenzione di Bruxelles, che altrimenti sarebbe stata applicata in quanto parte dell'ordinamento francese.⁴¹ Con una formula dal sapore apodittico, infatti, la Corte ha rilevato che

«[a]ny damages sustained by the claimants in this case were sustained in French territorial waters or on the coast of France; the substantive law applicable to such claims would therefore have been French law if it had been proved different from that of the United States. However, it was not proved different».⁴²

In sostanza, l'esclusione del ricorso alla *lex loci delicti* è avvenuta, agli occhi della Corte, sulla base di una presunta similitudine tra i regimi di responsabilità in vigore in Francia e negli Stati Uniti. Il che, come giustamente ha rilevato la dottrina, è certamente falso.⁴³ Tuttavia, potrebbe

⁴⁰ V. *supra* nota 31.

⁴¹ Nella causa dinanzi alla Corte federale, alla base per le proprie richieste, gli attori chiedevano che la legge statunitense fosse applicata in virtù del fatto che la fattispecie presentava un forte collegamento con l'ordinamento statunitense, poiché negli Stati Uniti era stata posta in essere la condotta negligente causa dell'incidente; d'altronde, secondo gli attori la circostanza che il disastro si fosse realizzato nelle acque francesi costituiva un puro caso. Sotto il profilo giuridico, gli attori sostennero anzitutto l'applicabilità della legge statunitense e la conseguente inapplicabilità della Convenzione di Bruxelles; essi inoltre asserivano che, anche qualora la Convenzione di Bruxelles fosse stata applicata, essa non avrebbe potuto impedire un'azione di risarcimento nei confronti di soggetti diversi dal formale proprietario della nave, quali erano Standard Oil e A.I.O.C.; che, infine, queste ultime avevano perfetta conoscenza dei difetti della nave e, pertanto, non potevano giovare dei massimali previsti dalla Convenzione. Nel corso del processo, si è peraltro verificata una situazione paradossale, per cui le convenute non avrebbero potuto contestare l'applicazione della *lex fori*, richiesta dagli attori, dal momento che avevano già domandato l'applicazione dei massimali previsti dal *Limitation of Liability Act* statunitense. V. sul punto J.W. BARTLETT, *In Re Oil Spill by the Amoco Cadiz*, cit., p. 9 s.

⁴² *In Re Oil Spill by the "Amoco Cadiz" off the Coast of France on March 16, 1978*, 1984 U.S. Dist. LEXIS 17480 (April 18, 1984), 126.

⁴³ T. SCOVAZZI, *Gli incidenti industriali*, cit., p. 859, definisce la soluzione in parola «alquanto sorprendente»; A. KISS, *L'affaire de l'«Amoco Cadiz»*, cit., p. 587, usa il termine «paradoxal»; N.J.J. GASKELL, *The Amoco Cadiz: (I) Liability Issues*, cit., p. 181, definisce le parole della Corte «confusing»; L. ROSENTHAL, C. RAPER, *Amoco Cadiz and Limitation of Liability for Oil Spill Pollution: Domestic and International Solutions*, in 5 *Virginia Journ. Nat. Res. Law*, 1985-86, p. 259 ss., p. 284 s. parlano di «insufficient legal reasoning». Inoltre, la Corte sembra rendersi conto

ipotizzarsi che il ragionamento della Corte non riguardi le norme di conflitto in generale, bensì solo un aspetto della legge applicabile, relativo all'art. III par. 4 della Convenzione di Bruxelles. Agli occhi della Corte, infatti, malgrado la lettera dell'art. III par. 4, le norme della Convenzione non impedirebbero l'esercizio di azioni di risarcimento al di fuori del campo di applicazione della Convenzione stessa, cosicché tale previsione si applicherebbe soltanto alle azioni rivolte contro il proprietario o i suoi agenti e non, invece, alle azioni proposte contro altri soggetti, nel qual caso certamente i massimali di responsabilità sarebbero destinati a non operare.⁴⁴ Alla luce di queste considerazioni, è evidente che la Corte ha inteso riferire la similitudine tra la legge francese e quella federale esclusivamente al regime di responsabilità di soggetti diversi dal proprietario del natante: poiché la Convenzione non si applica a costoro, la legge federale, così come quella francese, non osta ad eventuali richieste di risarcimento dei danni. Il che appare tutto sommato comprensibile, benché contrario allo spirito della Convenzione che, come si vedrà, ha sicuramente voluto una canalizzazione del rischio in capo al proprietario.⁴⁵

dell'errore in cui è incorsa, quando in un altro punto della decisione prende in considerazione proprio la differenza sostanziale tra i due regimi. V. *In Re Amoco Cadiz*, cit. *supra* nota 42, 129, ove i giudici rilevano che «[w]hether AIOC and Standard may be sued is determined by United States law. [...] The [Brussels Convention of 1969] is the law of France and not the law of the United States; it thus does not apply to a determination of whether AIOC and Standard may be sued in this country».

⁴⁴ Al riguardo, la Corte (*In Re Amoco Cadiz*, cit. *supra* nota 42, 130, 131) conclude che

«[a]rticle III, section 4 of the [Brussels Convention of 1969] was not intended by the drafters to immunize from suit major companies operating vessels, such as AIOC. The terms mandataires and preposes were intended to refer to and immunize the master and crew of a vessel, individuals who would be unable to bear the financial expense of liability and whom it would be therefore futile and unfair to sue. [...]. AIOC therefore is not entitled to claim immunity from suit under French law, including the [Brussels Convention of 1969], for its negligence which resulted in oil pollution damage».

Su questo punto v. J.W. BARTLETT, *In Re Oil Spill by the Amoco Cadiz*, cit., pp. 11-16; L. ROSENTHAL, C. RAPER, *Amoco Cadiz and Limitation of Liability*, cit., p. 262. Nel senso che la Convenzione di Bruxelles non preclude azioni di risarcimento dei danni nei confronti di soggetti diversi dal proprietario v. F. BERLINGIERI, *Il sistema internazionale di risarcimento dei danni causati da inquinamento da idrocarburi*, in *Dir. mar.*, 1992, p. 1 ss., p. 4. V. inoltre *infra* § 10.4.

⁴⁵ La Convenzione in parola avrebbe dunque imposto, nei confronti di ATC, la competenza esclusiva del giudice del *locus commissi delicti* (art. X) e l'applicazione, altrettanto esclusiva, delle norme della Convenzione (art. III par. 4). Sotto questo profilo, i giudici americani sono evidentemente incorsi in un errore interpretativo che ha parzialmente distorto il sistema di *risk channeling* previsto dalla Convenzione.

Meno comprensibile è, invece, ciò che la Corte ha palesemente trascurato, e cioè che il regime applicabile ad ATC, proprietaria di Amoco Cadiz, è sicuramente quello stabilito dalla Convenzione di Bruxelles del 1969, con le relative limitazioni di debito: per tale società, non v'è spazio alcuno per escludere l'applicazione della Convenzione alla controversia presentata nei suoi confronti di fronte al giudice statunitense. Ma vi è un altro punto che suscita perplessità. Se è vero che la causa di risarcimento contro ATC avrebbe dovuto essere portata dinanzi al giudice del *locus commissi delicti*, è chiaro che, citando in giudizio ATC negli Stati Uniti, il governo francese ha posto in essere una violazione della Convenzione di Bruxelles.⁴⁶ Peraltro, la stessa prospettazione degli attori era inconciliabile con il rispetto della Convenzione, perché quest'ultima, imponendo un frazionamento della controversia, avrebbe reso ben difficile e più oneroso, per gli attori, chiamare in causa le altre convenute.⁴⁷ In questo senso, deve ammettersi che il ricorso al foro statunitense restava l'unica strada logicamente ed economicamente percorribile. Insomma, l'aggiramento del principio del *locus commissi delicti* attraverso un'applicazione pura e semplice della *lex fori* non è avvenuto mediante stratagemmi legali, bensì attraverso una violazione del diritto internazionale vigente. Ma il significato economico di questo risultato è evidente: esso ha portato le vittime ad ottenere un risarcimento adeguato.

9.2.1.2. Bhopal e le «uncertain promises of law». – La vicenda giudiziaria seguita all'incidente di Bhopal, che – come si vedrà tra breve – non ha avuto un esito positivo pari a quello del procedimento relativo all'incidente della *Amoco Cadiz*, può dividersi in tre fasi.

Protagonisti della prima fase furono il governo indiano ed il giudice americano. Al fine di avocare a sé tutte le cause di risarcimento dei danni promosse dalle vittime del disastro, il 29 marzo 1985 il Parlamento indiano

⁴⁶ In questo senso N.J.J. GASKELL, *The Amoco Cadiz*, cit., p. 182 secondo il quale «[t]he claims against AIOC (and, presumably, Standard) were found by the judge to be outside the [Brussels Convention] although he did not specifically advert the fact that the claim against Transport was covered by it. One might question, therefore, whether France was in breach of her international obligations in bringing suit against Transport (the registered owner) in the United States of America».

⁴⁷ In questo senso v. N.J.J. GASKELL, *The Amoco Cadiz: (II) Limitation and Legal Implications*, in 3 *Journ. Energy & Natural Res. Law*, 1985, p. 225 ss., p. 227.

aveva approvato il *Bhopal Gas Leak Disaster (Processing of Claims) Act*, che legittimava il Governo indiano ad agire in giudizio in rappresentanza esclusiva delle vittime.⁴⁸ In forza di tale legge, l'8 aprile seguente il Governo indiano procedette con l'instaurazione, dinanzi alla Corte distrettuale di New York, di una causa di risarcimento danni nei confronti di Union Carbide Corporation (UCC), la società capogruppo dell'indiana Union Carbide India Ltd (UCIL), titolare dell'impianto di Bhopal.⁴⁹ Nella prospettiva attorea, UCC veniva chiamata a rispondere – per la somma di 3,3 miliardi di dollari, comprensivi di *punitive damages*, dell'operato della controllata in virtù dell'esercizio di un controllo di fatto sull'impianto di Bhopal. La causa veniva riunita con altre già pendenti dinanzi ai giudici americani.⁵⁰

La convenuta rispondeva richiedendo la dismissione del procedimento in virtù della nota teoria del *forum non conveniens*, asserendo che la vicenda presentava maggiori connessioni con il foro indiano; che, inoltre, per tale ragione i giudici indiani fossero più indicati del giudice americano a risolverla; che, infine, il giudice potesse usare il proprio potere discrezionale per declinare la propria competenza, rinviando le parti dinanzi alla corte di Bhopal.⁵¹ Con ordinanza resa in data 12 maggio 1986, la Corte federale

⁴⁸ *Bhopal Gas Leak Disaster (Processing of Claims) Act*, Pub. Law no. 21/1985, leggibile in 25 *Int'l Leg. Mat.*, 1986, p. 884 ss., in U. BAXI, T. PAUL, *Mass Disaster and Multinational Liability: The Bhopal Case*, Bombay, 1986, pp. 11-16 e in N. MENON, *Documents and Court Opinions on Bhopal Gas Leak Disaster Case for Course on Tort II (Industrial and Mass Torts)*, Bangalore, 1991, pp. 377-380. L'art. 3.1 di tale legge stabiliva che

«[s]ubject to the other provisions of this Act, the Central Government shall, and shall have the exclusive right to, represent, and act in place of (whether within or outside India) every person who has made, or is entitled to make, a claim for all purposes connected with such claim in the same manner and to the same effect as such person».

⁴⁹ La capogruppo dell'impresa, Union Carbide Corporation (UCC), risultava costituita secondo le leggi dello Stato di New York ed aveva la propria sede centrale a Danbury, in Connecticut. La sua filiale indiana, Union Carbide India Ltd. (UCIL), risultava quotata alla borsa di Bombay ed era partecipata per il 50,9% da UCC, per il 22% dal Governo indiano e per la differenza da migliaia piccoli risparmiatori di nazionalità indiana.

⁵⁰ Il procedimento riunito è *In re Union Carbide Corporation Gas Plant Disaster at Bhopal, India in December 1984*, 634 F. Supp. 842 (S.D.N.Y. 1986). La riunione è stata disposta in virtù della norma di cui a 28 U.S.C. § 1407, nei confronti di 145 procedimenti pendenti in corti statunitensi, a seguito di un'ordinanza emessa in data 6 febbraio 1985 dal Judicial Panel for Multidistrict Litigation (*In re Union Carbide Corporation Gas Plant Disaster*, 601 F. Supp. 1035).

⁵¹ In base alla dottrina del *forum non conveniens*, qualora una corte abbia giurisdizione nei confronti delle parti, essa può nondimeno rifiutarsi di pronunciarsi nel merito, adducendo la circostanza che un diverso foro competente a conoscere della controversia sarebbe maggiormente interessato, per

accoglieva l'istanza promossa dalla convenuta e dichiarava chiuso il procedimento, a condizione che questa non si sottraesse alla giurisdizione del giudice indiano.⁵² Rilevava al riguardo la Corte di New York che i tribunali indiani erano perfettamente in grado di giudicare con la dovuta perizia le azioni promosse dalle vittime del disastro di Bhopal, meglio di quanto un giudice americano, considerate le circostanze, fosse in grado di fare.⁵³ L'anno successivo, la Corte federale d'Appello confermava parzialmente tale decisione.⁵⁴

varie ragioni, a risolverla. I *leading cases* della dottrina del *forum non conveniens* sono costituiti, negli Stati Uniti, dalle due decisioni della Corte Suprema nei procedimenti *Gulf Oil Corp. v. Gilbert*, 330 U.S. 501 e *Piper Aircraft Co. v. Reyno*, 454 U.S. 235. Onde sostenere la ricorrenza dei requisiti per l'applicazione della dottrina del *forum non conveniens*, la difesa di UCC allegava una serie di circostanze, quali la piena adeguatezza dei tribunali indiani a conoscere della disputa, la presenza di rilevanti interessi privati delle vittime, cittadini indiani, nonché di interessi pubblici dello Stato indiano e, infine, la difficoltà inerente alla raccolta di prove e all'escussione di testimonianze da parte del giudice americano. V. in proposito *Memorandum of Law in Support of Union Carbide Corporation's Motion to Dismiss These Actions on the Ground of Forum Non Conveniens*, in U. BAXI, T. PAUL, *Mass Disaster*, cit., pp. 17-58. Dal canto suo, il Governo indiano contestava le affermazioni della controparte assumendo una posizione alquanto singolare, e cioè tentando di sostenere l'assoluta inadeguatezza dei tribunali indiani e ribadendo vigorosamente la necessità che il processo proseguisse dinanzi alla Corte di New York. Cfr. *Memorandum in Opposition to Union Carbide Corporation's Motion to Dismiss These Actions on the Grounds of Forum Non Conveniens*, e *Memorandum of Individual Plaintiffs in Opposition to Union Carbide Corporation's Motion to Dismiss on The Issue of Forum Non Conveniens* in U. BAXI, T. PAUL, *Mass Disaster*, cit., rispettivamente pp. 59-107 e 108-137. Il paradosso sottostante a tale posizione processuale non ha mancato di generare perplessità: v. C. M. ABRAHAM, S. ABRAHAM, *The Bhopal Case and the Development of Environmental Law in India*, in 40 *Int'l Comp. Law Quart.*, p. 334 ss., p. 341; A.C. SEWARD, *After Bhopal: Implications for Parent Company Liability*, in 21 *Int'l Lawyer*, 1987, p. 695 ss., p. 699; T. SCOVAZZI, *Gli incidenti industriali*, cit., p. 852.

⁵² *In re Union Carbide Corp.*, *supra* nota 50, 866; l'ordinanza è leggibile in 25 *Int'l Leg. Mat.*, 1986, p. 771 ss. e per estratti in *Dir. comm. int.*, 1987, p. 363 ss., con commento di U. DRAETTA, *Difetto di giurisdizione del giudice U.S.A. in relazione alle azioni delle vittime del disastro di Bhopal*. Le condizioni imposte alla convenuta furono:

- «1. Union Carbide shall consent to submit to the jurisdiction of the courts of India, and shall continue to waive defenses based upon the statute of limitations;
2. Union Carbide shall agree to satisfy any judgment rendered by an Indian court, and if applicable, upheld by an appellate court in that country, where such judgment and affirmance comport with the minimal requirements of due process;
3. Union Carbide shall be subject to discovery under the model of the United States Federal Rules of Civil Procedure after appropriate demand by plaintiffs».

⁵³ *In re Union Carbide Corp.*, *supra* nota 50, *ult. loc. cit.* Sul punto v. F.J. ZAMORA CABOT, *Accidentes en masa y "Forum non conveniens": el caso Bhopal*, in 26 *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1990, p. 821 ss., p. 845 s.; M.W. JANIS, *The Doctrine of Forum Non Conveniens and the Bhopal Case*, in 34 *Netherlands Int'l Law Rev.*, 1987, p. 192 ss., p. 202.

⁵⁴ *In re Union Carbide Corporation Gas Plant Disaster at Bhopal, India in December 1984*, 809 F.2d 195 (1987), 202, discussa in data 24 novembre 1986 e decisa in data 14 gennaio 1987, leggibile in 26 *Int. Leg. Mat.*, 1986, pp. 1008 ss. Per un commento complessivo su entrambe le pronunce v. R.

Nella seconda fase della vicenda, la controversia fu dunque sottoposta ai giudici del distretto del Madhya Pradesh, vedendo nuovamente opposti il Governo indiano e le due società UCC e UCIL. Fu in quella sede che emerse la realtà del problema: al contrario di quanto sostenuto dalla Corte americana, i giudici indiani non erano assolutamente in grado di risolvere la controversia insorta, non solo a causa della difficile posizione processuale dell'attore,⁵⁵ ma anche e soprattutto per le lacune di quell'ordinamento sia dal punto di vista delle *tort claims*, sia in materia ambientale.⁵⁶ Inoltre, a una condanna di UCC per il disastro occorso alla filiale indiana si opponeva in maniera palese il principio della responsabilità limitata, riconosciuto anche

SCHWADRON, *The Bhopal Incident: How The Courts Have Faced Complex International Litigation*, in 5 *Boston Univ. Int. Law Journ.*, 1987, p. 445 ss. La Corte federale d'Appello confermava solo la prima delle tre condizioni imposte a UCC in primo grado e dunque, sotto questo profilo, il Governo indiano, che temeva che, in assenza di tale condizione, nel processo in India UCC avrebbe eccepito la carenza di giurisdizione dei giudici indiani, potè ritenersi soddisfatto. Così A. ROSENCRAZ, S. DIVAN, A. SCOTT, *Legal and Political Ripercussions in India*, in S. JASANOFF (ed.), *Learning from Disaster. Risk Management After Bhopal*, Philadelphia, 1994, p. 44 ss., p. 47.

⁵⁵ La posizione del governo indiano risultava debole almeno sotto due profili. Da una parte, nei confronti di UCC e UCIL il governo si trovava nell'impossibilità di dimostrare concretamente il ruolo di entrambe nella sequenza causale che aveva condotto all'incidente. Era indubbio che il personale dell'UCIL non avesse esercitato la necessaria precauzione in ordine alla messa in sicurezza dell'incidente, ma non fu mai spiegato in maniera convincente come l'acqua fosse entrata nel circuito di conduzione del MIC (v. *supra* nota 18). Dall'altra parte, le vittime del disastro, che con il *Bhopal Act* (*supra* nota 48) erano state spogliate del proprio diritto ad agire in giudizio, si convinsero sin da subito dell'incapacità del governo a raggiungere una soluzione per loro soddisfacente. Infatti a seguito della firma della transazione del febbraio 1989 (v. *infra* nota 57), le vittime promossero una serie di azioni dinanzi alla Corte Suprema indiana e ai tribunali ordinari per riaffermare il proprio diritto a un risarcimento del danno. Sotto certi profili, la Corte diede loro ragione: cfr. in proposito T. SCOVAZZI, *Il diritto dell'individuo ad agire per la tutela dell'ambiente: descrizioni e impressioni*, in *Jus*, 1999, p. 495 ss., p. 497 ss.

⁵⁶ Sulla differenza tra i due ordinamenti v. M. GALANTER, *The Transnational Traffic in Legal Remedies*, in S. JASANOFF (ed.), *Learning from Disaster*, cit., p. 133 ss., p. 135, 149. A proposito delle citate differenze, va osservato che vi è un sostanziale consenso in dottrina nel ritenere che l'ordinamento indiano, nel suo complesso, non fosse in grado di gestire il procedimento relativo all'incidente di Bhopal, principalmente a causa delle lacune presenti in tema di responsabilità civile e di incidenti industriali: v. in tal senso, categoricamente M. GALANTER, *Legal Torpor: Why So Little Has Happened in India After the Bhopal Tragedy*, in 20 *Texas Int'l Law. Journ.*, 1985, p. 273 ss., spec. p. 281 ss. (l'Autore è stato consulente del Governo indiano nella causa dinanzi alla Corte Distrettuale di New York e dunque – verrebbe da dire – non ci si sarebbe potuti aspettare una risposta differente: v. District Court of New York, *Affidavit of Marc S. Galanter*, in U. BAXI, T. PAUL, *Mass Disasters*, cit., pp. 161-221); L. WEINBERG, *Insights and Ironies: The American Bhopal Cases*, in 20 *Texas Int'l Law Journ.*, 1985, p. 307 ss., p. 308; R. DHAVAN, *For Whom? And For What? Reflections on the Legal Aftermath of Bhopal*, *ivi*, p. 295 ss., p. 301; *contra* S.L. CUMMINGS, *International Mass Tort Litigation: Forum Non Conveniens and the Adequate Alternative Forum in Light of Bhopal Disaster*, in 16 *Georgia Journ. Int'l Law*, 1986, p. 109 ss., p. 136 (e, per quanto concerne l'istituto della giuria, p. 147 ss.), anche se si tratta di un'opinione formulata prima dell'inizio della fase processuale e, comunque, dimostratasi infondata alla luce delle modalità con cui, successivamente, è stata condotta la causa in India.

dalla legge indiana. Ed era questa la ragione per la quale, in uno schema di *forum shopping*, il governo indiano aveva scelto il foro statunitense: esso si presentava come il più adeguato, grazie alla propria normativa stringente in materia ambientale e ad una consolidata giurisprudenza in tema sia di responsabilità per incidenti industriali, sia di *punitive damages*, a risolvere positivamente la controversia a favore dell'attore.

Quando il governo indiano si rivolse alla Corte Distrettuale di Bhopal, tali differenze iniziarono a pesare sul corso del processo: non solo la difesa di UCC divenne impenetrabile, tanto che a oltre quattro anni dalla tragedia le vittime non avevano ancora ottenuto giustizia, ma anche l'esito finale della battaglia giudiziaria fu relativamente modesto. Nella fase conclusiva della vicenda, infatti, cioè nel febbraio 1989, dinanzi alla Corte Suprema indiana UCIL, UCC ed il Governo indiano conclusero una transazione con la quale le prime si impegnavano a versare la somma di 470 milioni di dollari a titolo di *compensation*,⁵⁷ importo peraltro coperto per metà da polizza assicurativa.⁵⁸ Fu così che UCC uscì di scena, sostanzialmente impunita e, quanto a UCIL, ad essa non restò che essere liquidata: il gigantesco ed arrugginito impianto della Union Carbide si erge ancora oggi, come un cadavere, al centro della città di Bhopal.

Un elemento importante, empiricamente desumibile dalla vicenda in esame, è la differenza sostanziale tra l'ammontare del risarcimento concretamente ottenuto in India e quello ipoteticamente ottenibile negli Stati Uniti. Il risultato di un simile calcolo potrebbe risultare stupefacente.

⁵⁷ Supreme Court of India, Civil Appellate Jurisdiction, Civil Appeal nos. 3187-88, Settlement Order, 14 e 15 febbraio 1989, con allegati i *Terms of Settlement Consequential to the Directions and Order Passed by this Hon'ble Court*, pubblicati in U. BAXI, A. DHANDA, *Valiant Victims and Lethal Litigation. The Bhopal Case*, Bombay, 1990, p. 525 ss., 539 ss. Nell'*Order Giving the Reasons Which Persuaded the Supreme Court to make the Settlement Order of 14-15 February, 1989*, 4 maggio 1989, in N. MENON, *Documents*, cit., p. 292 ss., la Corte Suprema dell'India spiega le ragioni che hanno condotto alla determinazione di siffatto importo. Sulla transazione v. per tutti T. SCOVAZZI, *La transazione del caso Bhopal*, in *Riv. giur. dell'ambiente*, 1990, p. 597 s.

⁵⁸ Nel 1994, UCC provvedeva alla dismissione della sussidiaria indiana e le residue azioni legali intervenute successivamente a una serie di decisioni della Corte Suprema restarono senza alcun effetto di rilievo, mentre la stessa UCC veniva incorporata nel 2001 nel colosso chimico mondiale Dow Chemical. Attualmente, nonostante le vivaci proteste di ambientalisti e vittime, il sito di Bhopal resta altamente contaminato dalle sostanze chimiche rilasciate dall'impianto di Union Carbide e sinora né le autorità indiane né Dow Chemical sembrano aver preso seriamente in considerazione la possibilità di procedere a un completo risanamento della zona. Solo da pochi mesi dal momento in cui si scrive, il denaro versato quasi vent'anni fa da Union Carbide ha iniziato ad essere distribuito per effetto di una nuova decisione della Corte Suprema indiana dell'estate del 2004.

La somma da cui partire, indicata inizialmente dalla dottrina nella quantificazione del danno, è pari a 1,3 miliardi di dollari;⁵⁹ la cifra concretamente versata dalle convenute al termine del procedimento è pari a 470 milioni di dollari: a tale importo la Corte Suprema è arrivata nel 1989 applicando un correttivo al risultato che si sarebbe ottenuto seguendo i precedenti giurisprudenziali delle corti indiane, cioè appena 16 milioni di dollari;⁶⁰ tale correttivo assumeva che il risarcimento del danno potesse svolgere (anche) una funzione sanzionatoria: in questo modo, la Corte è giunta alla cifra complessiva di quasi un miliardo di dollari.⁶¹ Il correttivo così applicato si basava su un'assunzione meramente prospettica, non

⁵⁹ Secondo A. DE GRAZIA, *A Cloud Over Bhopal*, cit., pp. 115-117, la somma complessiva dei danni provocati dal disastro ammonterebbe a 1,318 miliardi di dollari, da calcolarsi secondo la seguente tabella.

Voci	Valori	Risarcimento per persona (in dollari) per anno di vita (con prospettiva di vita di 40 anni per i bambini, 30 per gli adulti e 10 per gli anziani)	Importi (in dollari)
morti	3.000	1.500	127.500.000
invalidi al 50%	10.000	750	198.750.000
invalidi al 25%	20.000	325	179.840.000
invalidi al 10%	180.000	150	720.000.000
perdite di affari	-	-	64.000.000
perdite di proprietà, raccolti, animali	2.000	n.d.	1.000.000
compensi per gli aiuti	-	-	1.000.000
costi di transazione (esecuzione ecc.)	-	-	20.000.000
spese legali			6.560.000
totale			1.318.650.000

La cifra totale corrisponderebbe all'incirca a 16,4 miliardi di rupie.

⁶⁰ *Order Giving the Reasons*, cit. (*supra* nota 57), p. 294.

⁶¹ La Corte (*Ibid.*, p. 295) svolge il calcolo come segue:

Voci	Valori	Risarcimento per persona (in rupie)	Importi (milioni di rupie)
morti	3.000	da 100.000 a 300.000	700
feriti	30.000	non meno di 200.000 per invalidi totali non meno di 50.000 per invalidi parziali	2.500
infermi previsti	20.000	da 10.000 a 25.000	1.000
casi gravi previsti	2.000	40.000	800
casi con conseguenze letali o di invalidità	42.000	n.d.	5.000
assistenza sanitaria	50.000	n.d.	250
perdite di proprietà, raccolti, animali	50.000	da 10.000 a 20.000 a seconda della gravità	2.250
interessi	14-14½%	-	1.075
totale			13.525

Il totale corrisponde a circa 919 milioni di dollari.

suffragata da alcun precedente giurisprudenziale, ma basata su una mera formulazione di principio, relativa a una funzione sanzionatoria della responsabilità civile fino ad allora sconosciuta all'ordinamento indiano. Insomma, si trattava di un tentativo dal carattere rivoluzionario.⁶² La ragione per la quale la Corte adottò siffatto ragionamento è facilmente intuibile: essa temeva che il protrarsi della controversia avrebbe privato le vittime di un risarcimento immediato e soddisfacente. Tuttavia, tale esigenza non rappresentava l'unico elemento a favore di una sostanziale diminuzione del *quantum* richiesto, poiché ad essa doveva accompagnarsi anche la considerazione – per nulla trascurabile – che un'eventuale sentenza di condanna dal contenuto tanto rivoluzionario non sarebbe mai stata resa eseguibile negli Stati Uniti, e che, pertanto, le vittime sarebbero rimaste, al termine della vicenda, prive di tutela.⁶³

⁶² Per la verità, una piccola forzatura del sistema era già stata praticata dalla Corte Suprema nella decisione del procedimento *M.C. Mehta v. Union of India*, AIR 1987 SC 1086, resa in data 20 dicembre 1986 e pubblicata il 1° gennaio 1987. Il caso concerneva un incidente verificatosi nel 1985 nell'impianto chimico di Shriram, che aveva provocato una vittima e centinaia di feriti; in conseguenza dell'episodio, l'amministrazione locale aveva ordinato la chiusura dell'impianto e la Corte Suprema aveva concesso la riapertura dello stesso, purché venissero rispettate determinate condizioni di sicurezza e fosse garantita la responsabilità personale degli amministratori per eventuali incidenti futuri. Le vittime chiesero alla Corte di chiarire quale fosse il regime di responsabilità applicabile a Shriram in caso di risarcimento e questa rispose stabilendo in capo alle imprese che esercitano un'attività pericolosa un regime di responsabilità oggettiva (*ivi*, par. 31). Si trattava di una assoluta novità nel panorama giurisprudenziale di quel Paese. Cfr. sul punto C.M. ABRAHAM, S. ABRAHAM, *The Bhopal Case and the Development of Environmental Law in India*, in 40 *Int'l Comp. Law Quart.*, p. 334 ss., p. 362 s. Alla Corte Suprema investita della controversia relative al disastro di Bhopal non sfuggì certo l'importanza di tale precedente e tuttavia si rifiutò di applicarlo, affermando che «at the hearing there was more than a mere hint in the submissions of the Union Carbide that in this case the law was altered with only the Union Carbide Corporation in mind, and was altered to its disadvantage even before the case had reached this Court» (*Order Giving Reasons*, cit. *supra* nota 57, p. 296).

⁶³ J. CASSELS, *The Uncertain Promise of Law. Lessons from Bhopal*, Toronto, 1993, p. 187. Al fine di dare riconoscimento a una decisione resa da un tribunale straniero, negli Stati Uniti è richiesto che il procedimento a quo si sia svolto senza alcun pregiudizio per i diritti della difesa. Nel caso Bhopal, l'assunzione di una decisione tanto rivoluzionaria avrebbe certamente impedito il suo riconoscimento negli Stati Uniti e infatti fu proprio su questo punto – la violazione dei diritti della difesa – che UCC continuò a basare la propria strategia difensiva dinanzi ai giudici indiani. In effetti alcune delle perplessità sollevate dalla convenuta apparivano fondate. Basti pensare, al riguardo, che nella District Court di Bhopal il caso fu trattato, successivamente, da cinque giudici diversi: il terzo, G.S. Patel, fu rimosso nel febbraio 1987 perché si scoprì che aveva depositato un'istanza a proprio nome nello stesso procedimento di cui era giudice; il quarto, M.W. Deo, fu ricusato e sostituito nell'ottobre 1988 perché ritenuto non imparziale (cfr. Madhya Pradesh High Court, Jabalpur, *Order*, 13 ottobre 1988, Revision Petition n. 229/1988, *Union Carbide Corp. v. Union of India*, in U. BAXI, A. DHANDA, *Valiant Victims*, cit., p. 384 ss.).

In conclusione, può affermarsi che ad averla vinta nella tragica vicenda di Bhopal è stata la concorrenza tra ordinamenti, in special modo la concorrenza tra regole di responsabilità differenti per contenuto ed applicazione. In particolare, si è manifestata nel caso in questione l'inefficienza economica del criterio del *locus commissi delicti*: la competenza del giudice indiano e l'applicazione delle regole di responsabilità vigenti in quell'ordinamento hanno, di fatto, privato le vittime di adeguata tutela. Specularmente, l'applicazione della dottrina del *forum non conveniens* da parte del giudice americano ha contribuito a tale risultato.⁶⁴ Nel timore di commettere un atto di imperialismo ritenendo la causa dinanzi a sé,⁶⁵ la Corte federale di New York ha, invece, privato migliaia di cittadini indiani del loro diritto ad un adeguato risarcimento.⁶⁶

9.2.1.3. Tchernobyl, «an incredibile misfortune». – Il disastro di Tchernobyl, definito «an incredibile misfortune»,⁶⁷ sollevò la questione della responsabilità e del risarcimento dei danni conseguenti all'uso dell'energia nucleare. Il problema era conosciuto già in precedenza,⁶⁸ ma gli incalcolabili

⁶⁴ Secondo H. MUIR WATT, *Aspects économiques*, cit., p. 298, «[d]ans ces conditions, on conçoit que le refus du for fédéral soit perçu comme une injustice».

⁶⁵ Nell'accogliere l'eccezione del *forum non conveniens* sollevata dalla convenuta, infatti, la Corte federale (*In re Union Carbide Corp.*, *supra* nota 50, 866) rilevava che «[t]he Bhopal plant was regulated by Indian agencies. The Union of India has a very strong interest in the aftermath of the accident which affected its citizens on its own soil. Perhaps Indian regulations were ignored or contravened. India may wish to determine whether the regulations imposed on chemical industry within its boundaries were sufficiently stringent. The Indian interests far outweigh the interests of citizens of the United States in the litigation. [...] Plaintiffs allege that the Indian justice system has not yet cast off the burden of colonialism to meet the emerging needs of a democratic people. The Court thus finds itself faced with a paradox. In the Court's view, to retain the litigation in this forum, as plaintiffs request, would be yet another example of imperialism, another situation in which an established sovereign inflicted its rules, its standards and values on a developing nation. This Court declines to play such a role».

⁶⁶ Sugli effetti distorsivi della dottrina del *forum non conveniens* v. *infra* § 9.3.2.

⁶⁷ Sono le parole pronunciate dal Presidente dell'Unione Sovietica Mikhail Gorbaciov nei giorni immediatamente successivi alla tragedia e riportate nella *home page* del sito <www.chernobyl.co.uk>.

⁶⁸ Già negli anni Cinquanta si era verificato un incidente nell'atollo di Eniwetok, nel Pacifico. La zona veniva utilizzata dalle autorità militari per effettuare alcuni esperimenti nucleari, non senza che fossero adottate opportune precauzioni. Tuttavia, nel gennaio 1956 le radiazioni colpirono un gruppo di pescatori giapponesi ed il governo degli Stati Uniti, pur senza ammettere alcuna responsabilità giuridica per l'accaduto, versò 2 milioni di dollari al Giappone come «compensation *ex gratia*», comprensivi dei danni cagionati all'industria ittica giapponese. Sulla vicenda v. E. MARGOLIS, *The Hydrogen Bomb Experiments and International Law*, in 64 *Yale Law Journ.*, 1955,

danni provocati alla popolazione ed all'ambiente del continente europeo e, soprattutto, l'estensione geografica delle sue conseguenze, generarono una durissima reazione da parte sia dell'opinione pubblica, sia dei governi coinvolti.⁶⁹ Per tali ragioni, il problema della responsabilità da danno nucleare fu affrontato direttamente ed immediatamente sul piano internazionale.

Anche in questo settore può sin d'ora mettersi in luce l'inadeguatezza della *lex loci delicti* come criterio di riferimento nella regolamentazione di attività nucleari con potenziali effetti transnazionali. È ovvio, infatti, che se l'incidente ha avuto luogo per negligenza di determinati soggetti in un certo Stato, gli altri Stati tenderanno ad applicare la propria *lex fori* per determinare il relativo regime di responsabilità, se non altro per garantire la protezione della propria popolazione.⁷⁰ Che la *lex loci delicti* sia insufficiente a garantire un'efficace ristoro delle vittime è dimostrato proprio dall'incidente di Tchernobyl, nel quale venne immediatamente in rilievo l'assenza, nell'ordinamento sovietico, di qualsivoglia fattispecie di responsabilità legata ad attività nucleari. Solo nell'aprile 1990 un Soviet Supremo ormai prossimo al collasso avrebbe approvato un programma di risarcimento delle vittime, anche straniere, colpite dalle radiazioni emesse dal reattore ucraino.⁷¹

Sul piano più propriamente internazionalistico, inoltre, va segnalata l'esigenza che, dopo il verificarsi di un incidente, le autorità dello Stato interessato abbiano l'obbligo di fornire agli altri Stati un'adeguata informazione, al fine di mitigare le conseguenze trasfrontaliere

p. 629 ss., p. 638. Per un breve resoconto degli incidenti occorsi a centrali nucleari v. D.C. STUCKEY, *Learning from Chernobyl*, cit., p. 318 ss.

⁶⁹ Come sarà rilevato tra breve nel testo, «no other accident in recorded history has prompted such a response from the world community» (P. SANDS, *Chernobyl: Law and Communication*, Cambridge, 1988, p. xix).

⁷⁰ Per un'alternativa tra un'estensione dell'applicazione della *lex loci delicti*, considerando come luogo del danno il luogo della produzione dell'effetto delle radiazioni, e l'applicazione pura della *lex fori* v. l'interessante lavoro di R. DE NOVA, *Spunti di diritto internazionale privato nucleare*, in *Scritti*, cit., p. 479 ss., p. 485, 488.

⁷¹ La normativa *de qua* è, tuttavia, ben distinta da una disciplina in materia di responsabilità da danno nucleare. V. al riguardo A. JOIRYSCH, O. SUPATAEVA, *Compensation for the Damage Caused by the Chernobyl Disaster*, in OECD NUCLEAR ENERGY AGENCY, *Nuclear Accidents. Liabilities and Guarantees. Proceedings of the Helsinki Symposium, 31 August – 3 September 1992*, Paris, 1993, p. 70 ss., p. 72 ss., dei quali si veda pure *The Problem of Russian Legislation on Liability for Nuclear Damage*, *ivi*, p. 80 ss., nel quale gli Autori propongono un progetto di legge per la responsabilità da danno nucleare.

dell'incidente.⁷² Sotto quest'ultimo aspetto, la conclusione di un trattato internazionale appariva l'unica soluzione possibile. Ed infatti in data 26 settembre 1986 venivano stipulate due Convenzioni, una dedicata alla notifica immediata degli incidenti nucleari⁷³ e la seconda sull'assistenza in caso di incidente nucleare o emergenza radiologica.⁷⁴ Infine, nel periodo immediatamente successivo all'incidente, gli Stati procedettero ad un'energica opera di implementazione della Convenzione di Vienna del 1963, la quale in quel momento, sebbene in vigore, non aveva ancora ricevuto un numero significativo di ratifiche.⁷⁵

All'incidente occorso a Tchernobyl non fecero seguito vicende giudiziarie di rilievo. L'Unione Sovietica, naturalmente, non ammise alcuna responsabilità per l'accaduto, limitandosi ad affermare che l'incidente era dovuto alla negligenza degli addetti all'impianto. Ma l'atteggiamento di Mosca aggiungeva un altro tassello al già complicato quadro giuridico esistente e la questione della responsabilità da incidente nucleare assunse così una dimensione politica, coinvolgendo in prima persona anche i governi. In questo senso, era chiaro che se lo Stato responsabile non avesse più potuto nascondersi dietro il diritto, sancito a livello consuetudinario, di sviluppare l'uso della tecnologia nucleare per fini pacifici di sviluppo economico e sociale,⁷⁶ neppure gli altri Stati, eventuali destinatari delle emissioni radioattive, si sarebbero limitati ad un generico riferimento all'obbligo di *neminem laedere* previsto dall'ordinamento internazionale, pur

⁷² L'annuncio dell'Agenzia Internazionale per l'Energia Atomica (AIEA) relativo all'esplosione occorsa al reattore di Tchernobyl ebbe luogo, dopo una serie di dinieghi ufficiali da parte del governo russo, ben 72 ore dopo il disastro.

⁷³ Il testo della Convenzione di Vienna sulla notifica anticipata di incidenti nucleari, entrata in vigore in data 27 ottobre 1986, può leggersi in 25 *Int'l Leg. Mat.*, 1986, p. 1370 ss. L'art. 2 della Convenzione prevede che lo Stato nel quale occorra un incidente dal quale possano derivare radiazioni notificati, direttamente o tramite la AIEA, agli Stati che potrebbero essere interessati dalle radiazioni, specifiche informazioni sull'incidente, quali la natura, il tempo di occorrenza e la sua esatta localizzazione (lett. *a*), nonché tutte le informazioni finalizzate a minimizzare le sue conseguenze (lett. *b*). L'art. 5 contiene le informazioni specifiche che lo Stato citato dovrà fornire.

⁷⁴ Si tratta della Convenzione di Vienna sull'assistenza in caso di incidente nucleare o di emergenza radiologica, entrata in vigore in data 26 febbraio 1987 e leggibile in 25 *Int'l Leg. Mat.*, 1986, p. 1377 ss. L'art. 2 della Convenzione in parola stabilisce in capo agli Stati il diritto di richiedere alla AIEA e agli altri Stati contraenti l'assistenza derivante da un incidente nucleare, ovunque occorso.

⁷⁵ V. *infra* § 10.4.

⁷⁶ Cfr. la risoluzione dell'Assemblea Generale n. 3250 dell'8 dicembre 1977, U.N.Doc. A/32/L.15/Rev. 1.

contenuto in diversi strumenti a carattere multilaterale.⁷⁷ In sostanza occorre, come accennava Albert Einstein di fronte al progresso dell'uomo nel settore dell'energia nucleare, un «nuovo modo di pensare»,⁷⁸ anche in ambito giuridico. L'incidente di Tchernobyl, infatti, aveva messo definitivamente in luce la crisi delle classiche categorie del tempo e dello spazio. In questo scenario, «anche il principio, generalissimo, del *neminem laedere* [...] non può trovare soddisfacente applicazione per gli stessi fatti della non completa conoscenza del fenomeno e della non completa sua possibilità di controllo».⁷⁹

Dunque, il problema della responsabilità da danno nucleare non può ridursi ad una mera questione di diritto privato. Ciò spiega, anzitutto, la ragione dell'intervento di numerose organizzazioni internazionali nella regolamentazione della sicurezza in ambito nucleare.⁸⁰ E spiega, inoltre, perché accanto alla tradizionale garanzia di risarcimento costituita dal

⁷⁷ Va rilevato un certo disagio nel constatare che la dottrina associa l'incidente di Tchernobyl alle regole classiche del diritto internazionale relative all'inquinamento transfrontaliero. Nella maggior parte delle trattazioni concernenti l'incidente, infatti, si riconosce il carattere *specifico* e tutt'affatto particolare del problema del danno nucleare, senza però superare le sue connessioni rispetto al classico binomio giuridico tra diritto di sovranità e dovere di non ledere gli altri Stati. Si afferma infatti che «[n]uclear pollution causes *particular concern* in relation to the rights of other States [because] release of radioactive material into the atmosphere will invariably cross the international boundaries and by its nature may cause substantial or serious injury» (P. SANDS, *Chernobyl: Law and Communication*, cit., p. 9, cors. agg.), ma poi si parte dalla menzione del Principio n. 21 della Dichiarazione di Stoccolma del 16 giugno 1972 sull'ambiente umano, che stabilisce l'obbligo degli Stati «to ensure that activities within their jurisdiction or control do not cause damage to the environment of other States or areas beyond the limits of national jurisdiction». Addirittura, si va a legare la responsabilità del governo russo al principio «chi inquina paga»: v. S. KAPLAN, *Compensating Damage Arising from Global Nuclear Accidents: The Chernobyl Situation*, in 10 *Loyola L.A. Int'l & Comp. Law Journ.*, 1988, p. 241 ss., p. 257 ss. A nostro giudizio, il danno nucleare ha un valore di fattispecie autonoma, sicché ad essa si prestano regole del tutto differenti rispetto a quelle chiamate a governare altri rapporti di diritto del commercio internazionale. Nello stesso senso del testo v. C.W. JENKS, *Liability for Ultra-Hazardous Activities in International Law*, in 117 *Recueil des Cours*, 1966, p. 99 ss., p. 127 ss.

⁷⁸ Così la celebre osservazione di A. EINSTEIN, *Pensieri, idee, opinioni*, Roma, 1966, p. 162:

«Il nostro mondo è minacciato da una crisi la cui ampiezza sembra sfuggire a coloro che hanno il potere di prendere le grandi decisioni, per il bene o per il male. La potenza scatenata dell'atomo ha tutto cambiato salvo il nostro modo di pensare, e noi stiamo scivolando così verso una catastrofe senza precedenti. Perché l'umanità sopravviva, un nuovo modo di pensare è ormai indispensabile».

⁷⁹ G. BARILE, *Diritto internazionale ed energia nucleare*, in *Riv. dir. int.*, 1966, p. 1 ss., p. 10.

⁸⁰ V. ad es. gli artt. 30-39 del Trattato Euratom, nonché lo statuto dell'AIEA, che nei primi anni Sessanta del secolo passato rappresentavano i principali strumenti giuridici in materia di sicurezza degli impianti nucleari. V. al riguardo G. ARANGIO-RUIZ, *Some International Legal Problems of the Civil Use of Nuclear Energy*, in 107 *Recueil des Cours*, 1962, p. 497 ss. pp. 552-559.

patrimonio dell'obbligato, gli Stati abbiano creato fondi appositi al fine di gestire il momento successivo all'eventuale incidente ed assicurare così l'immediato risarcimento del danno a favore delle vittime, ove l'obbligato non sia in grado di farvi fronte.⁸¹

Comunque, dal punto di vista delle regole di responsabilità, il rischio dell'incidente grava unicamente sull'operatore nella forma del massimo grado di responsabilità possibile, cioè quella oggettiva assoluta. Come si vedrà nel prosieguo, infatti, le convenzioni in vigore attribuiscono all'operatore una responsabilità oggettiva assoluta nel caso di incidente. Quel che è necessario mettere a fuoco ora è la concreta incidenza di detta regola.

Anzitutto, con riguardo alla giurisdizione competente, le convenzioni applicabili si rifanno comunque al luogo in cui l'incidente è occorso, cioè al luogo in cui si trova l'impianto. Tale giurisdizione ha, inoltre, carattere esclusivo.⁸² Se l'incidente è occorso in uno Stato non contraente, ovvero non si conosce il luogo di origine dell'incidente, la giurisdizione spetta al giudice del luogo in cui si trova l'installazione dell'operatore responsabile dell'incidente.⁸³ Inoltre, la sentenza resa dal giudice competente sarà resa

⁸¹ Particolarmente significativo è il fondo pubblico previsto negli Stati Uniti dall'*Indemnity Amendment* all'*Atomic Energy Act* del 1954, meglio noto come *Anderson-Price Bill*. La normativa prevede che l'operatore licenziatario mantenga un livello di garanzia finanziaria commisurata al pericolo potenziale caratteristico dell'impianto. Per la somma restante, in caso di incidente, risponde invece un apposito fondo originariamente fissato a oltre 500 milioni di dollari. Questa legge avrebbe dovuto restare in vigore per 10 anni, in vista della creazione di un autonomo settore assicurativo del nucleare: tuttavia, il Congresso ha costantemente rinnovato la legge il parola al singolo termine di scadenza. Cfr. D.M. ROCCHIO, *The Price-Anderson Act: Allocation of the Extraordinary Risk of Nuclear Generated Electricity: A Model Punitive Damage Provision*, in 14 *Boston College Envtl Aff. Law Rev.*, 1984/1986, p. 521 ss., p. 524. Analogamente, in Svizzera l'art. 12 della Legge 18 marzo 1983, modificata nel 2004, stabilisce che «[n]ella misura in cui il danno nucleare supera la somma coperta dall'assicurazione privata, o ne è escluso [...], la Confederazione assicura alla persona civilmente responsabile una copertura del danno nucleare fino a un miliardo di franchi per impianto nucleare o per trasporto e fino a 100 milioni di franchi per i relativi interessi e costi di procedura».

⁸² Così l'art. 13 lett. a della Convenzione di Parigi del 1960 (v. *infra* nota 169), che così recita:

«Except as otherwise provided in this Article, jurisdiction over actions under Articles 3, 4, 6(a) and 6(e) shall lie only within the courts of the Contracting Party in whose territory the nuclear incident occurred».

Sulla norma, G. ARANGIO RUIZ, *Some International Problems*, cit., p. 593, conclude che «competence over actions [...] shall lie with the courts of the contracting State in whose territory the nuclear installation of the libale operator is situated (article 13.a)». Analoga disposizione è contenuta nell'art. XI par. 1 della Convenzione di Vienna del 1963 (cit. *infra* nota 172).

⁸³ Cfr. l'art. 13 lett. b della Convenzione di Parigi del 1960 (v. *infra* nota 169).

esecutiva negli altri Stati contraenti, senza la necessità di un riesame nel merito.⁸⁴ All'interno di questo schema, pertanto, non è possibile alcun *forum shopping* da parte delle vittime, che dovranno rivolgersi esclusivamente al giudice del luogo dell'installazione.

Quanto alla legge applicabile, le convenzioni vigenti in materia fanno riferimento da un lato alla normativa uniforme stabilita dalle stesse e, per quanto non espressamente regolato, alla *lex fori*.⁸⁵

Le norme sulla giurisdizione e la legge applicabile devono ora essere coordinate con le norme uniformi in materia di responsabilità. Queste ultime, innalzando lo *standard* di precauzione imposto all'operatore, tendono a creare un livello di comportamento uniforme in tutti gli Stati contraenti, al fine di correggere gli effetti distorsivi prodotti da un'applicazione del criterio del *locus commissi delicti*. Ovviamente, la concreta incidenza delle norme uniformi dipende dall'estensione territoriale dell'ambito di applicazione delle varie convenzioni, che a sua volta dipende dal numero di ratifiche effettuate. Ad oggi, purtroppo, queste convenzioni hanno ricevuto un numero di ratifiche del tutto insufficiente a garantire un'efficace implementazione delle norme uniformi,⁸⁶ ma è significativo che anche in questo settore si stia tentando di superare il principio del *locus commissi delicti* onde assicurare una più completa ed immediata protezione alle vittime di un incidente nucleare.

9.2.2. Le distorsioni conseguenti al principio del *locus commissi delicti* e la dottrina del *forum non conveniens*. – Vale ora la pena di svolgere qualche considerazione conclusiva in merito all'applicazione del principio del *locus commissi delicti* nelle fattispecie di incidenti con conseguenze transnazionali.

Al riguardo, si è anzitutto osservato che il principio in parola, sia come criterio di competenza giurisdizionale, sia come norma di conflitto, è idoneo a privare le vittime di gravi incidenti della tutela che sarebbe loro invece

⁸⁴ Così dispone l'art. 13 lett. *d* della Convenzione di Parigi del 1960 e l'art. XII par. 2, 3 della Convenzione di Vienna del 1963.

⁸⁵ Così l'art. 14 lett. *b* della Convenzione di Parigi del 1960.

⁸⁶ Alla data del 15 maggio 2005 – coincidente col giorno di accesso al trattato da parte della Federazione russa – la Convenzione di Vienna del 1963 ha ricevuto le ratifiche di 33 Stati (l'aggiornamento si trova sul sito Internet dell'AIEA). Invece, la Convenzione di Parigi del 1960 resta ad oggi in vigore solo per 15 Stati. La Convenzione di Bruxelles del 1962 sulla responsabilità degli armatori di navi nucleari, attualmente non ancora in vigore (*sic*) risulta ratificata da soli 7 Stati.

accordata se l'incidente si fosse verificato nell'ambito del foro. Ciò è vero nei casi *supra* esaminati, relativi agli incidenti della *Amoco Cadiz*, di Bhopal e di Tchernobil, ma è altresì vero sotto un profilo generale. Infatti, ove vengano in rilievo *standards* di responsabilità e precauzione diversi e l'incidente si verifichi – come è ben probabile avvenga – nello Stato con lo *standard* inferiore, il principio del *locus commissi delicti*, richiamando la competenza e la legge di quello Stato a regolare il diritto delle vittime ad un adeguato risarcimento, consente di correggere solo parzialmente le esternalità generate dall'incidente e, dunque, mantiene le distorsioni provocate dalle differenze tra ordinamenti. In questo senso, deve concludersi che quello del *locus commissi delicti* non è un criterio di collegamento economicamente efficiente sotto un profilo globale.

Tuttavia, esso non è neppure un criterio conforme a giustizia, come dimostrato in maniera evidente dalla dottrina del *forum non conveniens* più volte citata.⁸⁷ L'esito della vicenda dell'incidente occorso all'impianto di Bhopal è solo uno dei tanti casi che si potrebbero citare al riguardo, destinati a moltiplicarsi con il processo di globalizzazione dei mercati.⁸⁸ Chiamati a condannare società capogruppo di imprese multinazionali, responsabili per attività pericolose realizzate attraverso società sussidiarie e sfociate in incidenti gravissimi, i giudici americani hanno spesso deciso di *dismiss the case* a favore delle corti straniere in virtù del fatto che la controversia

⁸⁷ Com'è noto, la dottrina del *forum non conveniens* offre al giudice uno strumento discrezionale per dismettere il caso nonostante la sussistenza della giurisdizione, quando si può ritenere che un foro straniero sia maggiormente idoneo a risolvere la controversia. La dottrina è diffusa esclusivamente negli ordinamenti di *common law*, salvo qualche caso di ordinamento misto, come quello del Quebec, di Israele o del Sudafrica. In proposito v. C.O. GARCIA-CASTRILLON, *En torno a los problemas de aplicación de las normas de competencia judicial: reflexiones sobre la adsimilación del forum non conveniens en el Derecho español*, in *Anuario esp. de derecho int. privado*, 2001, p. 425 ss.; D. GONSON, *Forum Non Conveniens*, in 12 *Rev. québec. dr. int.*, 1999, p. 23 ss.; P. KARGADOS, *Rules for Declining to Exercise Jurisdiction on Civil and Commercial Matters in Greece: forum non conveniens and foreign choice of jurisdiction clauses*, in 47 *Revue hellénique de dr. int.*, 1994, p. 161 ss.; C. BERNASCONI, A. GERBER, *La théorie du forum non conveniens – un regard suisse*, in *I.P.Rax*, 1994, p. 3 ss. Con riguardo al diritto inglese v. per tutti J.J. FAWCETT, *General Report* e P. BEAUMONT, *Great Britain*, entrambi in J.J. FAWCETT (ed.), *Declining Jurisdiction in Private International Law*, 1995, risp. p. 1 ss., p. 10 e p. 207 ss.; M. KARAYANNI, *Forum Non Conveniens in the Modern Age*, Ardsley (N.Y.), 2004, p. 2 ss.; A. NUYTS, *L'exception de forum non conveniens. Études de droit international privé comparé*, Bruxelles/Paris, 2003, p. 285 ss.

⁸⁸ Come nota H. MUIR WATT, *Aspect économiques*, cit., p. 294, «[e]n effet, la globalisation de l'économie a été l'occasion d'une augmentation spectaculaire de la pratique par les tribunaux anglo-américains du *forum non conveniens*, opposé aux recours judiciaires des victimes d'accidents industriels survenus dans les pays d'accueil lors d'activités délocalisées des firmes transnationales, exercées à travers leurs filiales de droit local».

presentava un collegamento più intenso con un foro straniero ovvero, viceversa, che l'ordinamento del foro non era idoneo a risolverla.⁸⁹ Sebbene impeccabili dal punto di vista del rispetto del principio di prossimità, queste decisioni favoriscono di fatto la salute economica delle capigruppo nazionali⁹⁰ e contribuiscono «nécessairement à cristalliser sur le plan du conflit des juridictions le conflit de politiques économiques».⁹¹ Non è infondato il sospetto, insomma, che dietro alle stesse di celi una sorta di neo-protezionismo, che certamente non favorisce l'efficienza dell'economia globale ed anzi rischia di innescare pericolosi conflitti in ambito non solo economico.⁹² Inoltre, non è raro che l'utilizzo della dottrina del *forum non conveniens* in conseguenza di valutazioni concernenti il grado di protezione dell'ordinamento del foro od il timore di un eccessivo permissivismo in materia di *forum shopping*, si traduca in vere e proprie ipotesi di denegata giustizia.⁹³

Non è tuttavia difficile, soprattutto nella prassi inglese, reperire soluzioni applicative della dottrina del *forum non conveniens* più aderenti alle esigenze di tutela delle vittime dell'incidente. A questo proposito, si può far riferimento ad un recente caso, *Lubbe v. Cape PLC*, affrontato dalla *House of*

⁸⁹ La crescita dell'utilizzo della dottrina in parola ha riguardato anche il settore dei diritti dell'uomo. Per esempi di applicazione concreta della teoria del *forum non conveniens* alle controversie sorte con riguardo all'*Alien Tort Claims Act*, di cui si parlerà diffusamente nel cap. VI del presente lavoro, v. *Wiwa v. Royal Dutch Petroleum Co.*, 226 F.3d 88, at 99 (2d Cir. 2000); v. anche M.R. SKOLNIK, *The Forum Non Conveniens Doctrine in Alien Tort Claims Act Cases: A Shell of Its Former Self after Wiwa*, in 16 *Emory Int'l Law Rev.*, 2002, p. 187 ss.

⁹⁰ In questo senso v. D. DORWARD, *The Forum Non Conveniens Doctrine and the Judicial Protection of Multinational Corporations from Forum Shopping Plaintiffs*, in 19 *Univ. Pennsylvania Journ. Int'l Econ. Law*, 1998, p. 141. Secondo l'autore (*ivi*, p. 156), si tratterebbe di un effetto positivo per l'economia, perché, al contrario, un abbandono della dottrina del *forum non conveniens*, «[a]llowing foreign plaintiffs to take advantage of generous U.S. liability awards raises the prices that [multinational corporations] subject to jurisdiction in the United States must charge foreign consumers».

⁹¹ A. NUYTS, *L'exception de forum non conveniens*, cit., p. 843.

⁹² Del problema della conflittualità tra politiche economiche nazionali nell'ambito dell'attività delle imprese multinazionali si è già detto *supra* § 7.1.

⁹³ Come rileva D.W. ROBERTSON, *The Federal Doctrine of Forum Non Conveniens: "An Object Lesson in Uncontrolled Discretion"*, in 29 *Texas Int'l Law Journ.*, 1994, p. 353 ss., p. 358, «[a] beleaguered trial judge who has the discretion to turn away a massive litigation nightmare such as Bhopal on the ground that she is too busy to handle it would have to be a true glutton for punishment to retain the case. In such a judicial climate, third-world victims of American products or of the industrial activities of multinational corporations do not stand much of a chance of being heard». Qualche cenno in L. CORBION, *Le déni de justice en droit international privé*, Aix-en-Provence, 2004, pp. 108-110.

Lords e concernente la capogruppo di un'impresa multinazionale, chiamata a rispondere della condotta di due sussidiarie in Sudafrica. Le vittime, più di tremila operai che, per un'incuria delle menzionate società, erano rimasti esposti ad intossicazione da amianto, avevano adito le corti inglesi e si erano viste opporre dalla convenuta l'eccezione di *forum non conveniens*. I giudici di prime e seconde cure avevano accolto l'eccezione,⁹⁴ ma la House of Lords, con decisione del 20 luglio 2000,⁹⁵ ha riformato tali decisioni, accogliendo la prospettazione degli attori, i quali nel corso del procedimento avevano evidenziato l'inadeguatezza dell'ordinamento sudafricano ad assicurare la tutela alle vittime, soprattutto per l'assenza di una regolamentazione in materia di sostegno finanziario delle vittime dell'amianto.⁹⁶ Si tratta, evidentemente, di una soluzione specularmente inversa rispetto a quella adottata dal giudice americano nel caso dell'incidente di Bhopal⁹⁷ ed alla quale va pertanto riconosciuto il merito di aver realizzato che un'applicazione della dottrina del *forum non conveniens* è il più delle volte

⁹⁴ Nel caso di specie, sono state rese due decisioni in grado di appello: Court of Appeal, *Lubbe v. Cape PLC*, 1999 I.L.Pr. 113 (C.A.) e [2000] 1 Lloyd's Rep. 139 (C.A. 1999). La prima decisione fu resa nel procedimento ordinario promosso da cinque operai intossicati mentre prestavano il proprio lavoro per le sussidiarie sudafricane di Cape, mentre la seconda si riferisce ad un'azione promossa da altre 3.000 vittime con le medesime motivazioni.

⁹⁵ *Lubbe v. Cape PLC*, [2000] 1 W.L.R. 1545 (H.L.), pubblicata in *Revue critique dr. int. privé*, 2002, p. 690 ss., con nota di C. CHALAS. Per un commento v. C.G. MORSE, *Not In The Public Interest?* *Lubbe v. Cape PLC*, in 37 *Texas Int'l Law Journ.*, 2002, p. 541 ss., p. 548 ss.; R. MARENGO, *Asbesto sudafricano e giurisdizione inglese: forum non conveniens, gratuito patrocinio, group actions (Nota a sent. House of Lords, 20 luglio 2000)*, in *Int'l Lis*, 2002, p. 73 ss.

⁹⁶ Piuttosto pessimista sull'utilità di un'analisi comparatistica tra ordinamenti, che permetta ad un giudice – come in effetti è avvenuto nel caso in esame – di affermare che il foro straniero non è in grado di offrire giustizia v. A. BRIGGS, *Forum Non Conveniens and the Imppecunious Claimant: Lubbe v. Cape plc*, in 71 *British Yearb. Int'l Law*, 2000, p. 434 ss., p. 436. Si tratta di un timore di imperialismo che, a nostro giudizio, non dovrebbe essere opposto alle vittime di un incidente industriale, come invece è avvenuto nel caso di Bhopal (v. *supra* nota 65).

⁹⁷ V. *supra* nota 52 e il testo corrispondente. Rispetto alla vicenda giudiziaria di Bhopal, invece, il procedimento relativo al caso *Lubbe* presenta un'analogia: anche qui, infatti, la società convenuta si è volontariamente sottomessa alla giurisdizione straniera (nel caso, quella delle corti sudafricane), al fine di convincere il giudice che pochi ostacoli si sarebbero opposti ad un pieno esercizio della giurisdizione sulla convenuta da parte del giudice straniero. Al contrario della Corte federale, la House of Lords non ha dato rilievo alla volontà della convenuta, asserendo che, pur nel caso in cui questa fosse stata sottoposta a processo in Sudafrica, la disparità rispetto agli attori non sarebbe affatto venuta meno. Su questo specifico punto v. P. MUCHLINSKI, *Corporations in International Litigation: Problems of Jurisdiction and the United Kingdom Asbestos Cases*, in 50 *Int'l & Comp. Law Quart.*, 2001, p. 1 ss., p. 22 s.

incompatibile con le esigenze di tutela delle vittime di gravi incidenti verificatesi nell'alveo dell'attività di imprese multinazionali.⁹⁸

In particolare, nella decisione citata la House of Lords ha messo in luce l'esigenza di garantire una tutela delle vittime, come espressione di un «interesse di giustizia» del foro, idoneo a prevalere rispetto all'interesse a non giudicare controversie prive di connessione rispetto allo stesso.⁹⁹ In quest'ottica, non è rimasta estranea al supremo organo giurisdizionale britannico la preoccupazione di una violazione del diritto individuale di accesso alla giustizia, sancito dall'art. 6 della Convenzione di Strasburgo.¹⁰⁰ Sarebbe altresì opportuno domandarsi se una maggiore attenzione agli interessi delle vittime degli incidenti industriali non possa farsi derivare dalle

⁹⁸ La considerazione non è senza precedenti nel diritto inglese. Nel celebre caso *Oppenheimer v. Louis Rosenthal & Co.*, [1937] 1 All. E.R. 23 (C.A.), un cittadino tedesco di religione ebraica aveva citato in giudizio, in Gran Bretagna, una società tedesca, per averla questa licenziato in virtù delle leggi introdotte dal regime nazista in Germania. La Court of Appeal aveva rigettato la richiesta della convenuta di considerare i tribunali tedeschi più appropriati di quelli inglesi: come ha efficacemente illustrato il Giudice Greer (*ibid.*, 25), la declaratoria di incompetenza in capo alla corte inglese avrebbe portato l'attore a instaurare l'azione in Germania, subendo così il rischio di essere arrestato. Inoltre, in Germania l'attore sarebbe stato ingiustamente privato del diritto a farsi assistere da un avvocato, generandosi così una situazione del tutto incompatibile con la «English notion of justice» (*ibid.*, loc. cit.). In un altro caso, *Connelly v. Rio Tinto Zinc Corp. PLC*, 1998 A.C. 854 (H.L. 1997), un'azione per intossicazione da amianto era stata promossa in Inghilterra da alcuni operai di una società namibiana. Una decisione favorevole all'eccezione del *forum non conveniens* avrebbe comportato un sostanziale diniego di giustizia per le vittime, che in Namibia non avrebbero potuto proporre un'azione analoga a causa dell'assenza, in quel Paese, di un'adeguata regolamentazione in materia di gratuito patrocinio. Nella propria decisione, favorevole alle vittime, la House of Lords ha evidenziato la prevalenza degli interessi della parte attrice rispetto all'interesse pubblico ad un significativo contatto della controversia rispetto al foro adito. V. M. LUPOI, *Ultime notizie dalla House of Lords (novità nel diritto internazionale processuale inglese)*, in *Riv. dir. proc.*, 1999, p. 856 ss.

⁹⁹ V. C.G. MORSE, *Not in the Public Interest?*, cit., p. 552 s. Nella dottrina inglese del *forum non conveniens* il bilanciamento tra l'interesse pubblico del foro, gli interessi delle parti alla soluzione della controversia e gli interessi della giustizia è regolato dal famoso caso *Spiliada Mar. Corp. v. Cansulex Ltd*, [1987] 1 A.C. 460, 476 (H.L. 1986), ai sensi del quale

«The basic principle is that a stay will only be granted on the ground of *forum non conveniens* where the court is satisfied that there is some other available forum, having competent jurisdiction, which is the appropriate forum for the trial of the action, i.e. in which the case may be tried more suitably *for the interests of all the parties and the ends of justice*» (cors. agg).

Sulla prevalenza della seconda parte del principio (*ends of justice*) rispetto alla prima (*interests of all the parties*) nella sentenza relativa al caso *Lubbe v. C. CHALAS*, Note, cit., p. 691, 696.

¹⁰⁰ *Lubbe v. Cape PLC*, [2000] 1 W.L.R. 1545, 1561 (H.L.). Per F. MARONGIU BONAIUTI, *Forum non conveniens e art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. dir. int.*, 2001, p. 420 ss., p. 437, «le conclusioni raggiunte nelle due ultime decisioni [*Connelly* e *Lubbe*] appaiono, con riguardo alle rispettive circostanze di carattere eccezionale, conformi all'esigenza di tutelare un diritto d'accesso effettivo alla giustizia nel senso inteso dalla Corte europea dei diritti dell'uomo [...]».

Guidelines dell'OCSE in materia di imprese multinazionali, come espressione di un interesse pubblico del foro alla valorizzazione dei diritti umani e degli obblighi di non discriminazione in capo alle imprese multinazionali.¹⁰¹

Putroppo, su questo punto la prassi internazionale è tutt'altro che uniforme. In Australia, per esempio, in due pronunce rese nel medesimo anno sono state adottate due soluzioni diametralmente opposte, una facente prevalere l'interesse delle parti alla certezza del foro competente,¹⁰² l'altra maggiormente preoccupata di un intasamento delle corti locali.¹⁰³

Del tutto inappropriata a risolvere il problema ci pare, infine, la decisione della Corte di Giustizia CE, resa in data 1° marzo 2005 nella causa *Owusu*, di escludere la dottrina in parola dal sistema della Convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968 sulla competenza ed il riconoscimento delle decisioni in materia civile e commerciale.¹⁰⁴ Agli occhi della Corte di Lussemburgo, esigenze di certezza del diritto inerenti le competenze stabilite dalla Convenzione si opporrebbero a che un giudice di uno Stato membro si pronunci in via discrezionale in merito alla maggiore idoneità di un foro straniero a risolvere la controversia sottopostagli. A seguito di questa pronuncia, pertanto, la dottrina del *forum non conveniens* non ha più diritto di cittadinanza all'interno delle regole comunitarie in materia di competenza,¹⁰⁵ anche rispetto agli Stati terzi.¹⁰⁶

In realtà, si tratta di una mezza vittoria per le vittime di illeciti transfrontalieri. L'abolizione della dottrina in parola nell'ordinamento comunitario, infatti, non è sufficiente ad assicurare piena tutela alle vittime

¹⁰¹ Per questa prospettiva v. P. MUCHLINSKI, *Corporations in International Litigation*, cit., p. 24.

¹⁰² Così il *leading case* australiano in materia di *forum non conveniens*, *Ocean Sun Line Special Shipping Co. v. Fay*, leggibile in 165 *Common Law Rev.*, 1988, p. 197 ss., spec. p. 253 ss. V. per tutti A. BRIGGS, *Forum Non Conveniens in Australia*, in 105 *Law Quart. Rev.*, 1989, p. 200 ss.; E.L. HAYES, *Forum Non Conveniens in England, Australia and Japan: The Allocation of Jurisdiction in Transnational Litigation*, in 26 *Univ. of British Columbia Law Rev.*, 1992, p. 41 ss., spec. p. 48 ss.

¹⁰³ *James Hardie & Coy Pty. Ltd. v. Grigor*, leggibile in 45 *New South Wales Law Rev.*, 1998, p. 20 ss.

¹⁰⁴ Corte di Giustizia CE, 1° marzo 2005, causa C-281/02, *Owusu v. Jackson et al.*, in *Racc.*, 2005, La sentenza è apparsa in estratti in *Journ. dr. int.*, 2005, p. 1183 ss., con nota di G. CUNIBERTI e M.M. WINKLER.

¹⁰⁵ Per una critica v. G. CUNIBERTI, M.M. WINKLER, *Forum non conveniens e Convenzione di Bruxelles: il caso Owusu dinanzi alla Corte di Giustizia*, in *Dir. comm. int.*, 2006, p. 3 ss., p. 21.

¹⁰⁶ Cfr. sul punto T. BALLARINO, *I limiti territoriali della Convenzione di Bruxelles secondo la sentenza Owusu*, in *Int'l Lis*, 2006, p. 93 ss.

di un incidente a carattere transfrontaliero, almeno finché il giudice competente sarà chiamato, in virtù delle proprie norme di conflitto, ad applicare la *lex loci delicti*, cioè la legge dell'ordinamento nel quale si è verificato l'incidente, con i relativi *standards* di sicurezza. Purtroppo, la situazione non sembra in via di evoluzione, nonostante gli apprezzabili sforzi delle istituzioni comunitarie per l'adozione di un'apposita normativa in tema di legge applicabile alle obbligazioni contrattuali, il regolamento c.d. «Roma II». L'art. 3 della proposta di regolamento avanzata dalla Commissione, infatti, richiama la *lex loci damni* quale *primary rule* in materia di *tort*, ovvero, in casi eccezionali, l'ordinamento col quale l'obbligazione presenta il collegamento più stretto;¹⁰⁷ inoltre, l'art. 7 della proposta medesima in materia ambientale, che prevedeva l'applicazione della *primary rule* sopra richiamata e dava facoltà all'attore di scegliere la «legge del paese in cui il fatto che ha determinato il danno si è verificato», è stato eliso dalle successive modifiche apportate dal Parlamento, peraltro senza alcuna giustificazione.¹⁰⁸ Non sembra invero che né il criterio del *locus damni*, né la

¹⁰⁷ L'art. 3 co. 1 della proposta di Regolamento «Roma II», COM(2003) 427def del 22 luglio 2003, che come si accennava prevede l'applicazione della legge del luogo del danno (*lex loci damni*), così recita:

«[I]a legge applicabile all'obbligazione extracontrattuale è quella del paese in cui il danno si verifica o minaccia di verificarsi, indipendentemente dal paese nel quale avviene il fatto che ha causato il danno e a prescindere dal paese o dai paesi nei quali si verificano le conseguenze indirette del danno».

È comunque fatto salvo, ai sensi del co. 3 dello stesso articolo, il caso in cui «dal complesso delle circostanze risulta che l'obbligazione extracontrattuale presenta collegamenti manifestamente più stretti con un altro paese», nella qual ipotesi la proposta richiama la legge di quest'ultimo. In base a questa disposizione, è esclusa l'applicazione della legge dello Stato nel quale l'evento dannoso si è prodotto (*lex loci actus*). Essa, infine, privilegia la funzione risarcitoria rispetto a quella punitiva. Su quest'ultimo profilo v. K. KREUZER, *Tort Liability in General*, in A. MALATESTA (a cura di), *The Unification of Choice of Law Rules on Torts and Other Non-Contractual Obligations in Europe*, Padova, 2006, p. 45 ss., p. 62. In senso critico rispetto alla formulazione di tale articolo v. C. NOURISSAT, E. TREPPOZ, *Quelques observations sur l'avant-projet de proposition de règlement du Conseil sur la loi applicable aux obligations non contractuelles*, in *Journ. dr. int.*, 2003, p. 7 ss., pp. 23-25.

¹⁰⁸ L'art 7 della proposta precisa(va) che, in caso di «danni arrecati all'ambiente», si sarebbe applicata la legge «del paese in cui il danno si verifica o minaccia di verificarsi» (v. l'art. 3 co. 1 del progetto cit.), salvo che l'attore decida di agire in giudizio in virtù della legge del luogo nel quale «il fatto che ha determinato il danno si è verificato». A tal proposito, la Commissione ha rilevato (a p. 21) che «[I]a soluzione favorisce [...] una politica preventiva, obbligando gli operatori stabiliti in un paese che offra un livello di protezione esiguo a tener conto del livello più elevato nei paesi vicini, riducendo l'interesse per un operatore a stabilirsi in un paese con un livello di protezione inferiore. La norma contribuisce così all'innalzamento generale del livello di protezione dell'ambiente». Si tratterebbe di un tipico caso di *race to the top*. Sulla proposta testé esaminata v. G. CARELLA, *La*

regola del collegamento più stretto, tengano in debito conto, nel settore che qui interessa, della diversità degli *standards* di responsabilità in vigore negli Stati membri quale fonte di incentivo per l’allocazione del rischio industriale in un Paese con livello di precauzione inferiore.¹⁰⁹ Meglio sarebbe, quindi, offrire alle vittime un’autonomia nella scelta della legge applicabile all’incidente industriale occorso, come la Commissione aveva originariamente proposto e la dottrina più recente ha molto opportunamente auspicato.¹¹⁰ Di fronte al perdurare di questa situazione, vi è dunque solo da augurarsi che il legislatore comunitario prenda in seria considerazione il problema e lo affronti con la coscienza che il principio del *locus commissi delicti* è ormai inadeguato alla moderna realtà della globalizzazione.

10. Il regime internazionale della responsabilità da incidenti industriali.

Tracciato un quadro del trattamento giudiziario delle vittime degli incidenti, con specifico riguardo alle norme di conflitto, occorre ora rivolgere l’attenzione alle norme che il diritto internazionale appresta per risolvere il problema della responsabilità da incidente con effetti transnazionali. Si prenderanno in considerazione tre settori, rispettivamente concernenti l’inquinamento da idrocarburi, il traffico di sostanze pericolose e il rischio di incidente nucleare. Sono questi, infatti, i settori che coinvolgono maggiormente l’attività delle imprese multinazionali e che

disciplina internazionalprivatistica delle obbligazioni da fatto illecito nella proposta di Regolamento «Roma II», in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2005, p. 25 ss., p. 34 ss. e, con particolare attenzione all’ordinamento britannico, R.J. WEINTRAUB, *Rome II and the Tension Between Predictability and Flexibility*, *ivi*, p. 561 ss., spec. p. 569 ss. La proposta è ad oggi ancora in fase di discussione e l’approvazione della sua versione definitiva sembra tutt’altro che prossima. Purtroppo, l’art. 7 è stato eliso dall’ultima bozza del progetto, sicché il problema è ancora lontano da una soluzione.

¹⁰⁹ Su questo specifico punto v. F. MUNARI, L. SCHIANO DI PEPE, *Liability for Environmental Torts in Europe: Choice of Forum, Choice of Law and the Case for Pursuing Effective Legal Uniformity*, in A. MALATESTA (a cura di), *The Unification*, cit., p. 173 ss., p. 197, secondo i quali, inoltre, sarebbe opportuno l’introduzione di una regola di conflitto apposita in materia ambientale con riguardo al problema degli incidenti industriali con effetti transnazionali. La preoccupazione degli Autori è invero diretta all’esigenza di evitare l’instaurazione di procedure parallele in Stati diversi: «for the sake of equality, solidarity and efficacy of remedies in case of torts, one should carefully avoid situation where a single environmental disaster may give rise to parallel litigations before different courts in different States applying different liability rules» (*ivi*, p. 198, nota 65).

¹¹⁰ Cfr. F. MUNARI, L. SCHIANO DI PEPE, *Liability for Environmental Torts*, cit., p. 201 s.

attualmente rappresentano il nocciolo duro della disciplina degli incidenti transnazionali.

10.1. Il settore dell'inquinamento da idrocarburi. – Il grave incidente occorso alla *Amoco Cadiz* nel 1978 sollevò un problema ben conosciuto dalla Comunità internazionale: quello della protezione dell'ambiente marino dal rischio conseguente alla circolazione di grandi carichi di greggio. Già con l'incidente della superpetroliera *Torrey Canyon* nel 1967 al largo delle coste inglesi,¹¹¹ si era posto il problema di dettare regole uniformi per la responsabilità dei soggetti coinvolti nel trasporto transnazionale di combustibile.¹¹² Così, negli anni immediatamente seguenti l'incidente, sia gli Stati, sia le società coinvolte iniziarono ad elaborare una serie di strumenti internazionali in materia, il cui contenuto e sviluppo saranno oggetto delle pagine che seguono.

10.1.1. Gli accordi internazionali in vigore. – Il primo strumento generale in materia di inquinamento da idrocarburi è rappresentato dalla Convenzione internazionale sulla responsabilità civile per danni dovuti all'inquinamento da idrocarburi, conclusa a Bruxelles il 29 novembre 1969 ed entrata in vigore il 19 giugno 1975.¹¹³

¹¹¹ V. *supra* nota 14.

¹¹² La finalità di una convenzione in materia avrebbe avuto lo scopo di proteggere contemporaneamente l'ambiente e gli interessi degli Stati costieri. Così H. XUE, *Transboundary Damage in International Law*, Cambridge, 2003, p. 52.

¹¹³ La Convenzione in parola fu stipulata nel 1969 dopo una serie di negoziazioni in seno all'Organizzazione Marittima Internazionale (acronimo inglese IMCO, Intergovernmental Maritime Consultant Organization), un istituto specializzato delle Nazioni Unite incaricato di favorire la cooperazione degli Stati membri in materia di sicurezza navale e prevenzione e controllo dell'inquinamento marino. Il trattato istitutivo dell'IMCO, stipulato in data 6 marzo 1948, è leggibile in *U.N. Treaty Series*, 1948, p. 48 ss. L'IMCO si attivò a seguito dell'incidente occorso alla petroliera *Torrey Canyon* nel 1967 (v. il testo corrispondente alla nota 14). All'epoca di quest'ultimo incidente, infatti, esisteva soltanto uno strumento internazionale in materia: si trattava della Convenzione sulla limitazione di responsabilità dei proprietari di navi, firmata a Bruxelles il 10 ottobre 1957, la quale però all'art. 3.1 limitava la responsabilità del proprietario a circa 67 dollari per tonnellata di stazza della nave; nel complesso, codesta Convenzione accolla i costi degli eventuali incidenti sul proprietario della nave e sul proprietario del carico, ma non prevede nulla nel caso di danneggiamento a terzi. Sulla restante normativa internazionale in vigore al momento dell'incidente v. in generale F. BERLINGIERI, *Il sistema internazionale*, cit.; P. IVALDI, *Danni all'ambiente marino e diritto internazionale*, in *Dir. mar.*, 1994, p. 979 ss.; L. LUCCHINI, *La lutte contre la pollution des mers: évolution ou révolution du droit international*, in *Ann. fr. dr. int.*, 1978, p. 721 ss.; G. CAMARDA, *L'evoluzione della normativa internazionale comunitaria e nazionale vigente in materia di sicurezza della navigazione e prevenzione dell'inquinamento marino*, in *Riv. giur.*

La Convenzione stabilisce, all'art. III par. 1, che il proprietario della nave risponda *in via oggettiva ed esclusiva* per qualsiasi danno arrecato al territorio di uno Stato contraente, incluso il mare territoriale, in conseguenza dello scarico di petrolio in mare, salvo che dia prova del caso fortuito o del fatto del terzo. Inoltre, l'art. III par. 4 esclude che contro il proprietario possa essere iniziata un'azione che non sia prevista dalla Convenzione. Infine, il proprietario è responsabile solo nei limiti dei massimali indicati nell'art. V, salvo che abbia agito con «actual fault or privity».¹¹⁴ Alla luce delle norme menzionate, può già rilevarsi il *sistema tripartito* inaugurato

ambiente, 2001, p. 699 ss.; S.M. CARBONE, *Diritto internazionale e protezione dell'ambiente marino dall'inquinamento: sviluppi e prospettive*, in *Dir. mar.*, 2001, p. 956 ss. Per una panoramica anche degli strumenti interni v. C.J. SWEENEY, A.L. TECLAFF, *Control of Vessel Pollution and Liability Regimes under International Law and the Laws of the United States of America*, in *Dir. Mar.*, 1983, p. 469 ss.

¹¹⁴ V. in proposito L. JUDA, *IMCO and the Regulation of Ocean Pollution from Ships*, in *26 Int'l & Comp. Law Quart.*, 1977, p. 558 ss., spec. pp. 562-566. L'art. III della Convenzione di Bruxelles del 1969 così recita:

- «1. Except as provided in paragraphs 2 and 3 of this Article, the owner of a ship at the time of an incident, or where the incident consists of a series of occurrences at the time of the first such occurrence, shall be liable for any pollution damage caused by oil which has escaped or been discharged from the ship as a result of the incident.
2. No liability for pollution damage shall attach to the owner if he proves that the damage:
 - (a) resulted from an act of war, hostilities, civil war, insurrection or a natural phenomenon of an exceptional, inevitable and irresistible character, or
 - (b) was wholly caused by an act or omission done with intent to cause damage by a third party, or
 - (c) was wholly caused by the negligence or other wrongful act of any Government or other authority responsible for the maintenance of lights or other navigational aids in the exercise of that function.
3. If the owner proves that the pollution damage resulted wholly or partially either from an act or omission done with intent to cause damage by the person who suffered the damage or from the negligence of that person, the owner may be exonerated wholly or partially from his liability to such person.
4. No claim for compensation for pollution damage shall be made against the owner otherwise than in accordance with this Convention. No claim for pollution damage under this Convention or otherwise may be made against the servants or agents of the owner.
5. Nothing in this Convention shall prejudice any right of recourse of the owner against third parties».

L'art. V, riguardante i massimali, stabilisce che:

- «1. The owner of a ship shall be entitled to limit his liability under this Convention in respect of any one incident to an aggregate amount of 2,000 francs for each ton of the ship's tonnage. However, this aggregate amount shall not in any event exceed 210 million francs.
2. If the incident occurred as a result of the actual fault or privity of the owner, he shall not be entitled to avail himself of the limitation provided in paragraph 1 of this Article [...]».

dalla Convenzione e costituito, (a) dalla canalizzazione del rischio di inquinamento unicamente sul proprietario, nei confronti del quale vengono così dirette tutte le azioni di risarcimento del danno instaurate dalle vittime;¹¹⁵ (b) dalla presenza di massimali di debito; infine, (c) dalla previsione di criteri di esclusione delle limitazioni di debito previste, quali la colpa del proprietario.¹¹⁶

Questo schema tripartito non è nuovo. Esso si ritrovava parzialmente già nella normativa statunitense in materia di commercio marittimo del 1851. Si tratta del *Limitation of Liability Act*,¹¹⁷ approvato dal Congresso al fine di stimolare gli investimenti attraverso una limitazione del rischio (e della responsabilità) per gli investitori ed assicurare alle imprese navali statunitensi la necessaria competitività rispetto alle imprese straniere.¹¹⁸ Inizialmente, la giurisprudenza americana fu fedele allo spirito della legge ed

¹¹⁵ Sulla canalizzazione del rischio nel sistema delle convenzioni internazionali v. *infra* § 10.4.

¹¹⁶ Sulle origini storiche dell'istituto della limitazione di responsabilità del proprietario di nave, che può farsi risalire con certezza al tardo medioevo e all'epoca moderna, v. J. DONOVAN, *Origins and Development of Limitation of Shipowners' Liability*, in 53 *Tulane Law Rev.*, 1979, p. 999 ss., spec. p. 1003; G. SPRAGUE, *Limitation of Ship Owners' Liability*, in 12 *New York Univ. Law Quart. Rev.*, 1935, p. 568 ss.

¹¹⁷ 46 U.S.C. §§ 181-196. In particolare, il § 183 stabilisce che

«(a) *Privity or knowledge of owner; limitation.* The liability of the owner of any vessel, whether American or foreign, for any embezzlement, loss, or destruction by any person of any property, goods, or merchandise shipped or put on board of such vessel, or for any loss, damage, or injury by collision, or for any act, matter, or thing, loss, damage, or forfeiture, done, occasioned, or incurred, without the privity or knowledge of such owner or owners, shall not, except in the cases provided for in subsection (b) of this section, exceed the amount or value of the interest of such owner in such vessel, and her freight then pending.

(b) *Seagoing vessels; losses not covered in full.* In the case of any seagoing vessel, if the amount of the owner's liability as limited under subsection (a) is insufficient to pay all losses in full, and the portion of such amount applicable to the payment of losses in respect of loss of life or bodily injury is less than \$ 420 per ton of such vessel's tonnage, such portion shall be increased to an amount equal to \$ 420 per ton, to be available only for the payment of losses in respect of loss of life or bodily injury. If such portion so increased is insufficient to pay such losses in full, they shall be paid therefrom in proportion to their respective amounts».

¹¹⁸ Il *Limitation of Liability Act* fu adottato a seguito di una celebre sentenza della Corte Suprema nel caso *The Lexington* del 1848, *New Jersey Steam Naval Company v. Merchant's Bank*, 47 U.S. (6 How.) 344 (1848); in quel procedimento, la Corte ritenne il proprietario della nave illimitatamente responsabile per la perdita del carico, qualora l'evento dannoso fosse stato cagionato dalla negligenza del proprietario stesso. Le lobbies degli imprenditori del mare, evidentemente interessati dalla decisione, richiesero al Congresso l'emanazione di una normativa che li esentasse dall'intero rischio relativo al trasporto marittimo. Cfr L. ROSENTHAL, C. RAPER, *Amoco Cadiz and Limitation of Liability*, cit., p. 267; J. DONOVAN, *Origins*, cit., p. 1013 ss.; v. inoltre *The Main v. Williams*, 152 U.S. 122 (1894); *Flink v. Paladini (The Henrietta)*, 279 U.S. 59 (1929).

interpretò le norme in vigore in maniera favorevole ai proprietari.¹¹⁹ In particolare, le corti posero attenzione al nesso esistente tra l'elemento del *controllo* esercitato o esercitabile da parte del proprietario ed il *limite di responsabilità* di quest'ultimo, specificando che le limitazioni di responsabilità operano soltanto una volta che la nave è uscita dal concreto controllo del proprietario.¹²⁰ La precisazione è importante, perché implica che il proprietario può giovare delle limitazioni previste soltanto se ha svolto una sufficiente supervisione della nave, attraverso costanti ispezioni che ne garantiscano la capacità di navigazione in piena sicurezza.¹²¹ Poiché, inoltre, il dovere di controllo incombente sul proprietario non è delegabile a terzi, le cattive condizioni in cui versa la nave sono sempre considerate a suo carico.¹²²

Utilizzando il legame tra controllo e responsabilità, le corti statunitensi hanno per altro verso eroso i privilegi riconosciuti agli imprenditori marittimi dalla normativa in parola. In taluni casi, la normativa adottata nel 1851 venne considerata anacronistica, alla luce non solo del costante sviluppo tecnologico, ma anche della magnitudine delle conseguenze provocate dagli incidenti connessi con l'inquinamento marino.¹²³ Di questa

¹¹⁹ V. in proposito il caso *The City of Norwich*, 118 U.S. 468, 491, 493 (1886), nel quale la Corte Suprema ha stabilito che il valore della nave, ai fini della determinazione dell'ammontare della garanzia, fosse determinato nel momento successivo all'incidente e che in tale valore non poteva includersi il valore della polizza assicurativa.

¹²⁰ Cfr. i casi *The Scotland*, cit. *supra* nota 128; v. inoltre *In Re Kinsman Transit Co.*, 338 F. 2d 708, 715 (2d Cir. 1964); *Continental Grain Co. v. Buffalo*, 380 U.S. 944 (1965).

¹²¹ *Spencer Kellogg & Sons, Inc. v. Hicks*, 285 U.S. 502 (1932); con riferimento al dovere di verificare il massimo grado di efficienza della nave e di utilizzare le più moderne tecnologie v. *Waterman Steamship Corp. v. Gay Cottons*, 414 F. 2d 724 (9th Cir. 1969); con riguardo al dovere di predisporre un programma di monitoraggio degli operatori dipendenti cfr. *In Re Allied Towing Corp.*, 409 F. Supp. 180 (E.D. Va. 1976); *In Re Marine Co., S.A.*, 1982 A.M.C. 2068 (N.D. Cal. 1981).

¹²² Le misure di sicurezza finalizzate a garantire l'idoneità della nave a prendere il largo sono contenute nel *Carriage of Goods by Sea Act*, 46 U.S.C. §§ 1300-1315 (1982). Sulla violazione di codesta normativa da parte del proprietario e sulla conseguente inoperatività dei massimali v. *Federazione Italiana dei Consorzi Agrari v. Mandask Compagnia de Vapores (The Perama)*, 388 F. 2d 434 (2d Cir. 1968); *Tug Ocean Queen, Inc. v. The Tanker Four Lakes*, 398 F. Supp. 1062 (S.D.N.Y. 1974). Sul punto v. C.T. GUNN, *Limitation of liability: United States and Convention Jurisdictions*, in *8 Mar. Lawyer*, 1983, pp. 29-68, spec. p. 33 ss.

¹²³ Come ebbe modo di osservare il Giudice Black della Corte Suprema in una dissenting opinion sul tema, «[m]any of the conditions in the shipping industry which induced the 1851 Congress to pass the Act no longer prevail»: *Maryland Casualty Co. v. Cushing*, 347 U.S. 437 (dissenting opinion).

interpretazione restrittiva dei benefici previsti dal *Limitation of Liability Act* hanno pertanto beneficiato le vittime degli incidenti, le quali hanno così potuto richiedere risarcimenti al di sopra dei massimali.¹²⁴ Ma, come si noterà, l'interpretazione restrittiva delle norme in materia di responsabilità del proprietario presenta anche un significato economico: essa infatti, inducendo i proprietari a non confidare nelle limitazioni di responsabilità esistenti, costringe le imprese navali ad aumentare i livelli di precauzione e di efficienza tecnologica, interiorizzando i costi dei possibili incidenti attraverso un adeguato grado di cautela.

Le corti statunitensi hanno altresì ridotto la portata soggettiva delle norme in esame. Esse hanno infatti stabilito che di tali norme *non* avrebbe potuto giovare il proprietario *di fatto* della nave. A chiarire questo punto fu una celebre sentenza relativa all'incidente, sopra ricordato, della petroliera *Torrey Canyon*: in quel caso, la nave risultava di proprietà di una società di comodo e, nella causa promossa contro la società controllante, la Corte del Secondo Circuito decise che quest'ultima non poteva giovare delle limitazioni di responsabilità previste a favore del proprietario formale.¹²⁵ Tale soluzione, che poi sarà ripresa, come si è visto, dalla Corte federale nel caso dell'*Amoco Cadiz*, è stata oggetto di vivaci critiche da parte della dottrina, la quale ha osservato che la società controllante, comportandosi di fatto come la proprietaria della *Torrey Canyon*, avrebbe potuto godere delle limitazioni di responsabilità, pena la svalutazione dello spirito originario della legge del 1851.¹²⁶ Tuttavia, ci pare che tale critica trascuri una circostanza fondamentale, e cioè che il *révirement* giurisprudenziale in parola mira soprattutto a scongiurare abusi da parte del proprietario effettivo della nave: se il proprietario *formale* risulta negligente, lo si potrebbe ritenere illimitatamente responsabile; dell'incidente saranno però chiamati a rispondere anche i proprietari *sostanziali* della nave, ossia coloro

¹²⁴ Per un esempio v. *University of Texas Medical Branch v. United States*, 557 F. 2d 441 (5th Cir. 1977); *In Re Petition of Dodge, Inc.*, 282 F. 2d 86 (2d Cir. 1960); *In Re Ocean Eagle*, 1974 A.M.C. 1629 (D.P.R. 1974).

¹²⁵ *In Re Barracuda Tanker Corp.*, 281 F. Supp., 228, 231 (S.D.N.Y. 1968); *In Re Barracuda Tanker Corp.*, 409 F. 2d 1013, 1015 (2d Cir. 1969). Sul punto v. L. ROSENTHAL, C. RAPER, *Amoco Cadiz and Limitation of Liability*, cit., p. 278; F.E. SISSON, *Oil Pollution Law and the Limitation of Liability Act: A Murky Sea for Claimants Against Vessels*, in *Journ. of Mar. Law & Comm.*, 1978, p. 285 ss., spec. p. 294 ss.

¹²⁶ Cfr. in questo senso G. GILMORE, C. BLACK, *The Law of Admiralty*, 1975, § 10-10, p. 843.

che, pur avendo previsto il rischio dell'incidente, hanno mancato di adottare le precauzioni necessarie per evitarlo.

È interessante notare che, a seguito del verificarsi di gravi disastri ambientali dovuti alla negligenza degli operatori del settore marittimo, la normativa statunitense si è evoluta nel senso di incrementare il livello di responsabilità degli operatori stessi. Anzitutto, sono state adottate leggi speciali in materia di protezione ambientale, destinate a prevalere sul *Limitation of Liability Act* e finalizzate ad estendere il novero dei soggetti ritenuti responsabili di eventuali incidenti, includendovi il proprietario e l'armatore. Tali leggi hanno, inoltre, innalzato i massimali di responsabilità a carico degli operatori, proprietario e gestore della nave e, infine, hanno stabilito sanzioni penali in caso di violazione delle norme di sicurezza navale.¹²⁷

La Convenzione di Bruxelles del 1969 ha ripreso i principi già enucleati dalla normativa americana, adottando altresì le soluzioni ideate dalla giurisprudenza e cioè, da un lato, adeguandosi alla necessità di garantire un'espansione degli investimenti e, dall'altro, tentando di offrire una garanzia minima di risarcimento per le vittime. Anche qui viene ripreso il discorso sul legame tra responsabilità e controllo: nel disegno della Convenzione, il proprietario non viene onerato di responsabilità se non nei

¹²⁷ Gli Stati Uniti non hanno ratificato la Convenzione di Bruxelles del 1969 perché i massimali ivi previsti erano inferiori a quelli stabiliti dalla legislazione statunitense. Successivamente al 1969, il Congresso ha approvato una serie di normative volte a prevenire e reprimere l'inquinamento da idrocarburi: si tratta del *Water Quality Improvement Act* del 1970 (Pub. Law. no. 91-224, 84 Stat. 91), del *Federal Water Pollution Control Act Amendments* del 1972 (Pub. Law no. 92-500, 86 Stat. 816) e del *Clean Water Act* del 1977 (Pub. Law no. 95-217, 91 Stat. 1566), codificate in 33 U.S.C. §§ 1251-1376. Nel complesso, l'intera disciplina in vigore prevede una serie di misure di distribuzione del rischio in capo a soggetti diversi dal proprietario: è previsto anzitutto che le navi di stazza superiore alle 300 tonnellate attestino dinanzi alla Federal Marine Commission di essere assicurate per i danni ambientali (cfr. 33 U.S.C. § 1321(p)(1)); inoltre, ogni ufficiale in carica di una nave deve comunicare alla Guardia Costiera l'esistenza di una perdita, pena 10.000 dollari di multa e un anno di reclusione (33 U.S.C. § 1321(b)(5)). In caso di incidenti occorsi nelle acque territoriali degli Stati Uniti, il proprietario e l'operatore, la cui responsabilità per danni deve considerarsi solidale (v. *United States v. M/V Big Sam*, 681 F. 2d 432, 438 (5th Cir. 1983)), sono responsabili in via oggettiva se non dimostrano che l'incidente è stato cagionato esclusivamente dal caso fortuito o da un atto di terzi e devono rimborsare anche i costi della pulizia del sito contaminato (cfr. 33 U.S.C. § 1321 (f)(1)). In tema di massimali di risarcimento del danno, la quota attualmente prevista dal 33 U.S.C. § 1321(f)(1) è pari a 150 dollari per tonnellata, fino ad un massimo di 250.000 dollari; se viene dimostrato che il proprietario o l'operatore si trovavano in condizioni di «privity or knowledge», la loro responsabilità è illimitata.

limiti dei massimali.¹²⁸ In caso di incidente, il proprietario potrà godere delle limitazioni di debito previste soltanto se avrà costituito un apposito fondo, per un ammontare pari al massimale, a garanzia del ristoro delle vittime (art. V par. 3),¹²⁹ al quale potrà accedere anche il egli stesso per le spese sostenute per evitare o ridurre le conseguenze dell'incidente (art. V par. 8).¹³⁰ È inoltre stabilito l'obbligo di assicurazione (art. VII), che pertanto consente ai proprietari di imputare i costi dell'incidente direttamente alla compagnia assicurativa, nei limiti dei massimali previsti dalla Convenzione.¹³¹

Nonostante l'apprezzabile sforzo di costruire un regime di responsabilità coerente con il sistema di gestione del rischio industriale, la Convenzione fu ritenuta da subito inadeguata, sia per l'eccessiva ristrettezza della canalizzazione del rischio, sia per l'irrisorietà dei massimali che, di fatto,

¹²⁸ Storicamente, il valore massimo del rischio veniva fatto coincidere con l'importo esatto dell'investimento, cioè, nel caso di specie, con il valore della nave sommato a quello del carico. Va aggiunto che la limitazione di responsabilità a favore del proprietario celava anche una motivazione pratica: nel contesto storico nel quale le prime compagnie navali cominciano ad operare, cioè l'età moderna, il proprietario della nave si vedeva costretto ad affidarla ad altri, cioè a un *master* e al suo equipaggio. Una volta che la nave era salpata, il proprietario ne perdeva il controllo e, per tale ragione, non poteva rispondere di quanto avveniva sulla nave da quel momento in poi. In tal caso, la limitazione di responsabilità esprimeva la necessità di non onerare eccessivamente il soggetto che non fosse in grado di esercitare sulla nave un costante controllo. Cfr. J. DONOVAN, *Origins*, cit., p. 1002; G. SPRAGUE, *Limitation*, cit., p. 576. Come ha deciso la Corte Suprema nel caso *The Scotland*, 105 U.S. 24, 30 (1881), poiché il proprietario può esercitare soltanto un controllo nominale sui suoi dipendenti, una volta che la nave è salpata, gli errori dei dipendenti non possono essere imputati al proprietario, se questi prova di non aver avuto «personal knowledge of or involvement in the error». Per converso, qualora il proprietario ritorni nelle condizioni di esercitare sulla nave un controllo effettivo e attuale, la sua responsabilità dovrebbe essere illimitata: era questo infatti l'intrinseco significato della disposizione che richiede che il proprietario non fosse in colpa, cioè fosse «without the privity or knowledge», nel linguaggio della normativa americana (Section 183 cit. *supra* nota 117), ovvero «[i]f the incident occurred as a result of the actual fault or privity of the owner» in quello della Convenzione (art. V par. 2).

¹²⁹ L'art. VI par. 1 lett. *a* della Convenzione prevede che, una volta costituito il fondo previsto dall'art. V par. 3, i creditori non possano aggredire che quel fondo, essendo esclusi tutti gli altri beni del responsabile.

¹³⁰ La citata norma ha, pertanto, il fine di incentivare il proprietario ad assumere iniziative idonee a prevenire l'incidente o ridurre le conseguenze, una volta avvenuto. Cfr. ancora H. XUE, *Transboundary Damage*, cit., p. 57.

¹³¹ In questo senso v. N.J.J. GASKELL, *The Amoco Cadiz: (I) Liability Issues*, cit. p. 192. In materia di assicurazione obbligatoria, l'art. VII par. 1 della Convenzione di Bruxelles del 1969 così recita:

«[t]he owner of a ship registered in a Contracting State and carrying more than 2,000 tons of oil in bulk as cargo shall be required to maintain insurance or other financial security, such as the guarantee of a bank or a certificate delivered by an international compensation fund, in the sums fixed by applying the limits of liability prescribed in Article V, paragraph 1 to cover his liability for pollution damage under this Convention».

erano d'ostacolo ad un pieno risarcimento del danno.¹³² La Convenzione è stata perciò immediatamente integrata sia dal punto di vista oggettivo, cioè in relazione ai massimali previsti, sia dal punto di vista soggettivo, cioè con riguardo ai soggetti destinati a farsi carico dei costi derivanti dall'incidente.

Sotto il profilo *oggettivo*, anzitutto, gli Stati hanno proceduto ad un *incremento della garanzia patrimoniale* del risarcimento dei danni integrando la Convenzione di Bruxelles con ulteriori strumenti. Può ricordarsi, al riguardo, la Convenzione sull'istituzione di un fondo internazionale per il risarcimento dei danni da inquinamento da idrocarburi, firmata il 18 dicembre 1971 in seno all'Organizzazione Marittima Internazionale.¹³³ Il fondo in questione viene alimentato tramite i contributi degli utilizzatori del trasporto, che così vengono a sopportare, assieme ai proprietari, il rischio degli incidenti. Il massimale previsto dal fondo non può superare, per ciascun incidente, i 16 milioni di dollari da solo o i 41 milioni di dollari, se si include la somma determinata in virtù della Convenzione di Bruxelles. Secondariamente, il fondo deve indennizzare parzialmente il proprietario per un massimo di 128 dollari per tonnellata di stazza ovvero 10,6 milioni di dollari complessivi. Tali massimali sono poi stati aumentati in virtù di un Protocollo sottoscritto nel 1992¹³⁴ e successivamente modificato nel 2000¹³⁵ e nel 2003, sicché ad oggi la somma complessivamente disponibile per il

¹³² In questo senso H. XUE, *Transboundary Damage*, cit., p. 55. Sul principio della «socializzazione dei rischi individuali» in seno alla Convenzione v. M. COMENALE PINTO, *La responsabilità per inquinamento da idrocarburi nel sistema della C.L.C.*, Padova, 1993, p. 17 ss.; E. VINCENZINI, *Profili assicurativi della responsabilità civile per inquinamento da idrocarburi nella legislazione internazionale uniforme*, in *Dir. mar.*, 1992, p. 978 ss., p. 981.

¹³³ La Convenzione citata è leggibile in 11 *Int'l Leg. Mat.*, 1972, p. 284 ss. ed è entrata in vigore il 16 ottobre 1978.

¹³⁴ Il Protocollo menzionato risulta sottoscritto in data 27 novembre 1992 ed è entrato in vigore il 30 maggio 1996. Detto Protocollo stabilisce un massimale pari a 173 milioni di dollari per incidente; tuttavia, se almeno tre Stati aderenti al fondo ricevono più di 600 milioni di tonnellate di petrolio all'anno, l'ammontare massimo del massimale sale fino a 256 milioni di dollari. A partire dal 1998, gli Stati parti del Protocollo cessano di essere membri del fondo previsto dalla Convenzione del 1971 ed entrano automaticamente nel nuovo fondo.

¹³⁵ L'Emendamento del 2000 è stato sottoscritto in data 18 novembre 2000 ed è entrato in vigore il 1° novembre 2003. Esso innalza il massimale previsto dalle precedenti convenzioni sino a 260 milioni di dollari e tuttavia, se tre Stati aderenti al fondo ricevono più di 600 milioni di tonnellate di petrolio all'anno, l'ammontare raggiunge i 386 milioni di dollari.

risarcimento del danno da inquinamento ammonta a oltre 1 miliardo di dollari.¹³⁶

Sotto il profilo *soggettivo*, invece, è stato aumentato il novero dei soggetti chiamati a farsi carico del rischio dell'incidente. Al riguardo, la Convenzione di Bruxelles, che prevedeva unicamente la responsabilità in capo al proprietario attraverso il più volte ricordato meccanismo di canalizzazione del rischio, è stata superata dalla Convenzione del 1971 sopra ricordata, ai sensi della quale se il proprietario viene giudicato non responsabile, il fondo si accolla l'intero risarcimento con un limite di 82 milioni di dollari.

Nel complesso, dunque, l'evoluzione sia delle norme interne che di quelle internazionali è nel senso di *incrementare* lo *standard* di precauzione in relazione agli incidenti di inquinamento ambientale marino, *aumentare* l'importo dei massimali di responsabilità e *distribuire* maggiormente il rischio tra tutti i soggetti destinati a trarre beneficio dal traffico marittimo di carburante. Queste conclusioni risultano decisive al fine di comprendere la *ratio* del sistema internazionale in materia di incidenti industriali.

10.1.2. Le iniziative private in materia. – Quasi contemporaneamente alla redazione delle predette convenzioni, i maggiori armatori di navi cisterna per il trasporto di idrocarburi del mondo decidevano di accordarsi tra di loro per affrontare adeguatamente il problema degli incidenti occorsi alle loro navi. Come nel caso degli Stati per i trattati internazionali, anche questi soggetti privati hanno interesse a creare regole *standard* di responsabilità e garantire adeguati risarcimenti ai danni conseguenti allo scarico di combustibile nell'ambiente marino.¹³⁷

Così, già nel 1969 veniva stipulato un accordo, denominato con l'acronimo *TOVALOP*, con il quale i proprietari di petroliere (*tankers*

¹³⁶ Il Protocollo in questione, firmato a Londra il 16 maggio 2003 ed entrato in vigore il 3 marzo 2005 stabilisce un fondo supplementare rispetto a quelli previsti dalla Convenzione del 1971 e dal Protocollo del 1984 (e successive modifiche).

¹³⁷ Nel senso che il fine degli accordi tra privati in materia sarebbe quello di «standardize liability rules and assure adequate compensation for oil pollution damage», B.V. BRENNAN, *Liability and Compensation for Oil Pollution From Tankers Under Private International Law: TOVALOP, CRISTAL, and the Exxon Valdez*, in 2 *Georgetown Int'l Env'tl. Law Rev.*, 1989, p. 1 ss., p. 5. Va precisato che nel lavoro citato l'Autrice fa riferimento all'espressione «private international law» per indicare non le regole di conflitto, bensì le norme di cui i privati si sono dotati per fronteggiare il problema dell'inquinamento da idrocarburi. Insomma, una sorta di «diritto internazionale dei privati» del settore.

owners) si impegnavano a bonificare l'ambiente inquinato per effetto di incidenti verificatisi a causa delle proprie navi o, alternativamente, a rimborsare il governo per le relative spese.¹³⁸ Il *TOVALOP* è un contratto di diritto privato, governato dalla legge inglese¹³⁹ ed amministrato da un ente (ITOPF)¹⁴⁰ con sede a Londra; esso viene applicato solo al di fuori della sfera di operatività della Convenzione di Bruxelles del 1969.

Nel 1987, il *TOVALOP* è stato integrato da un ulteriore accordo, denominato *TOVALOP Supplement*,¹⁴¹ che si applica nel caso in cui il proprietario della nave sia membro del *TOVALOP* e il proprietario del carico sia membro del *CRISTAL*, l'altro accordo in materia che si esaminerà tra breve. Questo secondo accordo aumenta la soglia del risarcimento, rispetto al precedente, in funzione della stazza della petroliera coinvolta e, soprattutto, è destinato ad applicarsi indipendentemente dalla vigenza della Convenzione di Bruxelles nella giurisdizione dell'incidente.¹⁴²

Nel 1971, un secondo accordo, detto *CRISTAL*, veniva concluso dalle compagnie petrolifere al fine di risarcire i danni provocati dalle navi contenenti carichi appartenenti alle stesse.¹⁴³ Il *CRISTAL*, che opera ove il *TOVALOP* si rivelasse insufficiente, è anch'esso un contratto di diritto privato amministrato da un'apposita società con sede nelle Isole Bermuda. Il risarcimento garantito dal *CRISTAL* non è legato alla stazza della nave, né

¹³⁸ L'accordo denominato *TOVALOP*, acronimo di *Tankers Owners Voluntary Agreement concerning Liability for Oil Pollution*, è stato stipulato il 7 gennaio 1969, a seguito del disastro della *Torrey Canyon*, ed è entrato in vigore il 6 ottobre 1969, quando vi è stata l'adesione di oltre il 50% dei proprietari di navi da trasporto di combustibile del mondo. Il testo dell'accordo originario si trova in 8 *Int'l Leg. Mat.*, 1969, p. 497 ss.

¹³⁹ Cfr. l'art. XI dell'accordo *TOVALOP*.

¹⁴⁰ La sigla ITOPF è un acronimo per *International Tanker Owners Pollution Federation*.

¹⁴¹ L'accordo è entrato in vigore in data 20 febbraio 1987.

¹⁴² Cfr. l'art. 3 lett. B n. 2 dell'accordo *TOVALOP Supplement*. Per questa sua vigenza anche ove non operi la Convenzione di Bruxelles, B.V. BRENNAN, *Liability and Compensation*, cit., p. 5, considera il *TOVALOP Supplement* una *superinsurance*. V. anche, sullo stesso punto, L.G. COHEN, *Revisions of TOVALOP and CRISTAL: Strong Ships for Stormy Seas*, in 18 *Journ. Mar. Law & Comm.*, 1987, p. 525 ss, p. 531.

¹⁴³ L'acronimo *CRISTAL*, riferito all'accordo stipulato in data 14 gennaio 1971, sta per *Contract Regarding an Interim Supplement to Tankers Liability for Oil Pollution*. Sull'accordo, che è leggibile nella sua versione originaria in 10 *Int'l Leg. Mat.*, 1971, p. 137 ss., v. E. VINCENZINI, *Profili assicurativi*, cit., p. 985 ss.

alla *membership* del proprietario del cargo rispetto ad altri accordi¹⁴⁴ ed il massimale previsto deve contare anche quanto versato dal proprietario in base all'accordo *TOVALOP* e alle convenzioni applicabili. I due sistemi sono dunque destinati a coordinarsi tra di loro e con gli altri strumenti internazionali, quali la Convenzione di Bruxelles del 1969 e la Convenzione sul fondo del 1971; per tale ragione, anche il *CRISTAL* si applica indipendentemente dal luogo dell'incidente e dalla relativa giurisdizione.¹⁴⁵

In data 20 febbraio 1997, entrambi gli accordi esaminati si sono estinti ed un loro rinnovo è fuori discussione, alla luce dei recenti sviluppi delle convenzioni internazionali in materia.¹⁴⁶ Attualmente, dunque, restano in vigore soltanto gli accordi internazionali stipulati dagli Stati ed amministrati dall'IMO. *TOVALOP* e *CRISTAL* hanno dunque rappresentato una piccola parentesi – peraltro estremamente importante ai nostri fini – nel panorama degli strumenti internazionali in materia di inquinamento da idrocarburi: l'estensione territoriale delle convenzioni, infatti, anche con riguardo al numero delle ratifiche ad oggi effettuate, non potrà mai eguagliare l'ampia partecipazione che, invece, caratterizzava i due accordi menzionati. Ancora una volta, però, la protezione dell'ambiente, l'adeguata tutela delle vittime di incidenti e la costruzione di regole di responsabilità efficaci è lasciata alla buona volontà (politica) ed all'impegno dei governi.¹⁴⁷

¹⁴⁴ Così, mentre per godere della garanzia del *TOVALOP Supplement* occorre che il proprietario sia membro del *TOVALOP* ed il proprietario del carico sia membro del *CRISTAL*, per usufruire dell'accordo *CRISTAL* non occorre che il proprietario della nave sia iscritto al *TOVALOP*: è infatti mutata la condizione originariamente prevista dall'accordo in parola, dal momento che quasi tutti i trasporti di combustibile sono effettuati dai proprietari dei carichi direttamente attraverso proprie navi. V. L.G. COHEN, *Revisions*, cit., p. 534.

¹⁴⁵ Cfr. l'art. IV lett. D n. 7 del *CRISTAL*.

¹⁴⁶ V. la storia dell'accordo *TOVALOP* sul sito Internet dell'organo amministrativo, l'ITOPF, all'indirizzo <<http://www.itopf.com/history.html>>. L'organo oggi si occupa di fornire assistenza tecnica ai propri membri, che hanno deciso, nonostante l'estinzione dell'accordo, di restare al suo interno ed usufruire dei relativi servizi. Anzi, per effetto dell'estinzione l'ITOPF ha potuto estendere i propri servizi anche a soggetti che, formalmente, non avrebbero potuto entrare a far parte dell'accordo, e che attualmente hanno acquisito lo *status* di associati. Cfr. l'accordo del 20 febbraio 1999, leggibile all'indirizzo <http://www.itopf.com/t_cmemb.pdf>.

¹⁴⁷ Per la prospettazione di una prosecuzione del *TOVALOP* e del *CRISTAL* e per alcune osservazioni in merito alla scarsa efficacia degli strumenti internazionali in materia v. S. BLOODWORTH, *Death on the High Seas: The Demise of TOVALOP and CRISTAL*, in 13 *Journ. Land Use & Envtl Law*, 1997/1998, p. 443 ss., p. 458.

10.2. Incidenti causati da sostanze pericolose. – A tutela dell'ambiente e delle vittime di eventuali incidenti, il diritto internazionale predispone numerosi strumenti in materia di responsabilità per attività concernenti sostanze pericolose. Il loro fine è correggere le distorsioni caratteristiche della concorrenza tra ordinamenti: le imprese multinazionali tendono infatti, per ragioni di costi, a trasferire i rifiuti e le sostanze più pericolose nei Paesi nei quali la relativa regolamentazione è meno stringente, sicché si avrà, in questo specifico settore, una tipica *race to the bottom*.¹⁴⁸ Onde intervenire sugli effetti distorsivi prodotti, la normativa internazionale agisce attraverso regimi di responsabilità uniformi, basati essenzialmente sulla responsabilità oggettiva per il danno prodotto, e regole di conflitto inerenti le cause di risarcimento.¹⁴⁹

L'ambito che si prenderà in esame nel prosieguo riguarda gli incidenti causati dal trasporto di sostanze pericolose a livello transnazionale. Con queste sostanze, infatti, si trasferisce anche il relativo rischio di incidente, che può transitare da Paese a Paese senza alcun controllo. Lo scopo ultimo della disciplina internazionale in materia è regolare il rischio che dal trasferimento delle predette sostanze derivi un danno a terzi, individuando i soggetti destinati ad internalizzarlo e le relative fattispecie di responsabilità.

¹⁴⁸ Su questo problema v. G. HANDL, R.E. LUTZ, *The Transboundary Trade in Hazardous Technologies and Substances from a Policy Perspective*, in G. HANDL, R.E. LUTZ (eds.), *Transferring Hazardous Technologies and Substances. The International Legal Challenge*, London/Dordrecht/Boston, 1989, p. 40 ss., p. 42, i quali (v. anche p. 44) mettono in luce come la diversità nella percezione del rischio presente nei diversi Paesi (*different risk sensitivity*) influisca sulla difficoltà di raggiungere un accordo internazionale che allochi il rischio di incidente o di trasferimento di sostanze pericolose tra le varie parti contraenti. Inoltre, una normativa in materia dovrebbe tenere in debita considerazione alcune circostanze inerenti alla distribuzione del rischio da sostanze pericolose, quali la necessità di incentivare i PVS, spesso importatori di tali sostanze, a creare le infrastrutture idonee ad effettuare i dovuti controlli; la valorizzazione, per contro, dei controlli da effettuarsi da parte degli Stati esportatori, cioè i Paesi industrializzati; l'interesse dei PVS a conservare la propria indipendenza politica anche in presenza di ambiziosi piani di sviluppo concertati a livello internazionale; infine, l'aumento del livello di responsabilità degli Stati esportatori per quanto concerne lo sfruttamento dei *global commons*, come ad esempio l'alto mare. V. in proposito R.E. LUTZ, *The Export of Hazard: A View from the Developed World*, in 20 *N.Y. Univ. Journ. Int'l Law & Pol.*, 1988, p. 603 ss.

¹⁴⁹ Come rilevano G. HANDL, R.E. LUTZ, *The Transboundary Trade*, cit., p. 58, «international initiatives may be necessary simply to stimulate harmonization of national laws. Recent events should have made it evident that existing differences in national procedural or substantive legal provisions can drastically affect the effectiveness of national compensation mechanism in the wake of any industrial accident with transnational elemento. It will be important, therefore, to narrow these differences and, especially, to streamline national litigation procedures in order to provide better avenues to prompt and equitable relief».

Non si sottoporranno in esame, invece, le convenzioni in materia di scarico di sostanze pericolose in mare, dal momento che, in questo settore, non esiste una disciplina uniforme di regole di responsabilità.¹⁵⁰

10.2.1. Il regime del trasporto marittimo di sostanze nocive. – Il primo strumento che merita attenzione è la Convenzione sulla responsabilità per danno connesso al trasporto marittimo di sostanze pericolose e nocive del 3 maggio 1996.¹⁵¹ Le norme di questa Convenzione sono molto interessanti, perché, oltre ad assicurare un pronto ed adeguato risarcimento alle vittime, mirano anche ad una distribuzione del rischio a carico non soltanto del proprietario della nave, ma anche di altri soggetti interessati al trasporto di sostanze pericolose.¹⁵² Così, l'art. 7 della Convenzione prevede una canalizzazione del rischio in capo al proprietario della nave,¹⁵³ che

¹⁵⁰ Ci si riferisce, in particolare, alla Convenzione di Oslo del 15 febbraio 1972 per la prevenzione dell'inquinamento marino provocato dalle operazioni di immersione effettuate dalle navi e dagli aeromobili, leggibile in 11 *Int'l Leg. Mat.*, 1972, p. 262 ss. e alla Convenzione di Londra del 29 dicembre 1972 sulla prevenzione dell'inquinamento marino causato dallo scarico di rifiuti e altre materie, il cui testo è leggibile in 11 *Int'l Leg. Mat.*, 1972, p. 1294 ss., cui ora si è aggiunto un Protocollo integrativo, concluso in data 7 novembre 1996, leggibile in 36 *Int'l Leg. Mat.*, 1996, p. 1 ss. Per un commento v. R.N. DUNCAN, *The 1972 Convention on the Prevention of Marine Pollution by Dumping Wastes at Sea*, in 5 *Journ. Mar. Law & Comm.*, 1973/1974, p. 299 ss.; L. HUNTER, *The Ocean Dumping Convention. A Hopeful Beginning*, in 10 *San Diego Law Rev.*, 1972/1973, p. 502 ss.; M.S. SCHENKER, *Saving a Dying Sea: The London Convention on Ocean Dumping*, in 7 *Cornell Int'l Law Journ.*, 1973/1974, p. 32 ss. Cfr. inoltre, nello stesso ambito, gli art. 195 e 196 della Convenzione di Montego Bay sul diritto del mare, sulle quali norme v. il commento di M.-L. HOFFMEYER, *Ocean Dumping Provisions of the Convention on the Law of the Sea*, in 11 *Brooklyn Journ. Int'l Law*, 1985, p. 355 ss.

¹⁵¹ Il testo della menzionata Convenzione è leggibile in 35 *Int'l Leg. Mat.*, 1996, p. 1415 ss. Sulla Convenzione in parola v. M. GÖRANSSON, *The HNS Convention*, in 2 *Uniform Law Rev.*, 1997, p. 249 ss.; F. ODIER, *La Convention sur la responsabilité et l'indemnisation pour les dommages liés au transport par mer de substances nocives et potentiellement dangereuses (Convention HNS)*, in *Ann. dr. de la mer*, 1997, p. 93 ss.; L. SCHIANO DI PEPE, *La Convenzione internazionale del 1996 sulla responsabilità ed il risarcimento per i danni causati dal trasporto per mare di sostanze nocive e potenzialmente pericolose*, in *Riv. giur. ambiente*, 1998, p. 977 ss.; P. WETTERSTEIN, *Carriage of Hazardous Cargoes by Sea - The HNS Convention*, in 26 *Georgia Journal Int'l & Comp. Law*, 1996, p. 595 ss.

¹⁵² Così H. XEN, *Transboundary Damage*, cit., p. 63.

¹⁵³ L'art. 7 della Convenzione in parola così recita:

«1. Except as provided in paragraphs 2 and 3, the owner at the time of an incident shall be liable for damage caused by any hazardous and noxious substances in connection with their carriage by sea on board the ship, provided that if an incident consists of a series of occurrences having the same origin the liability shall attach to the owner at the time of the first of such occurrences».

risponderà in via esclusiva¹⁵⁴ dell'incidente occorso a causa delle sostanze pericolose o nocive in relazione al loro trasporto per mare.¹⁵⁵ Il debito del proprietario è però limitato, per ciascun incidente, ad un importo determinato in base alla stazza della nave ed il proprietario, per poter usufruire di tale limitazione, deve costituire un fondo per la somma corrispondente, che è aggredibile in via esclusiva da parte dei creditori.¹⁵⁶ Se l'ammontare del risarcimento è superiore al predetto importo, ovvero il proprietario non può essere considerato responsabile, la Convenzione prevede la costituzione di un fondo internazionale (*HNS Fund*), al sostegno del quale partecipano i soggetti (*receivers*) che, fisicamente, hanno ricevuto il carico nel porto o nei punti di scarico di uno Stato contraente.¹⁵⁷

Quanto alla giurisdizione competente per le cause di risarcimento previste dalla Convenzione, l'art. 38 stabilisce un foro esclusivo nel caso in cui l'incidente sia occorso sul territorio, nel mare territoriale o nella zona economica esclusiva di uno Stato contraente: in questa ipotesi, il giudice competente è quello di tale Stato. Viceversa, se il danno è occorso al di fuori

Il par. 4 dello stesso art. 7 stabilisce che nessuna azione può essere promossa contro il proprietario se non in virtù delle norme della Convenzione.

¹⁵⁴ Cfr. l'art. 7 par. 5 della Convenzione, che esclude ogni azione delle vittime nei confronti di soggetti diversi dal proprietario della nave.

¹⁵⁵ Il regime di responsabilità oggettiva relativa del proprietario è offerto dal par. 2 del già ricordato art. 7, il quale stabilisce che:

«2. No liability shall attach to the owner if the owner proves that:

(a) the damage resulted from an act of war, hostilities, civil war, insurrection or a natural phenomenon of an exceptional, inevitable and irresistible character; or

(b) the damage was wholly caused by an act or omission done with the intent to cause damage by a third party; or

(c) the damage was wholly caused by the negligence or other wrongful act of any Government or other authority responsible for the maintenance of lights or other navigational aids in the exercise of that function; or

(d) the failure of the shipper or any other person to furnish information concerning the hazardous and noxious nature of the substances shipped either

(i) has caused the damage, wholly or partly; or

(ii) has led the owner not to obtain insurance in accordance with article 12;

provided that neither the owner nor its servants or agents knew or ought reasonably to have known of the hazardous and noxious nature of the substances shipped».

¹⁵⁶ V. al riguardo l'art. 9 della Convenzione citata.

¹⁵⁷ La definizione di *receiver* è contenuta nell'art. 1 par. 4 della Convenzione. Quanto al *HNS Fund*, v. gli art. 13 (costituzione del fondo), 16 (struttura), 18 e 19 (soggetti tenuti ai contributi).

del territorio di uno degli Stati contraenti, l'art. 38 par. 2 dispone che la competenza spetti ai giudici di uno Stato parte, precisamente dello Stato di registrazione della nave, dello Stato di bandiera, ovvero dello Stato della residenza abituale o del *principal place of business* del proprietario della nave, ovvero, infine, dello Stato nel quale il proprietario ha costituito l'apposito fondo di garanzia. In questo modo, ogni controversia sorta a seguito dell'eventuale incidente può essere radicata nei fori degli Stati parte, i cui giudici applicheranno pertanto le norme uniformi contenute nella Convenzione.

10.2.2. Il regime del trasporto di sostanze pericolose. – Il secondo strumento internazionale in materia di responsabilità da incidente connesso al trasporto di sostanze pericolose è costituito dal Protocollo alla Convenzione di Basilea concluso il 10 dicembre 1999.¹⁵⁸ Rispetto agli altri strumenti finora considerati e considerandi, all'interno dei quali esiste un consenso unanime degli Stati rispetto all'applicazione *ratione materiae* delle regole di responsabilità (inquinamento da idrocarburi, danno da incidente nucleare), quello dei rifiuti pericolosi è un settore del tutto autonomo, la cui disciplina non può non passare attraverso una precisa individuazione delle sostanze definite «pericolose» ai sensi del diritto applicabile.

Questo primo problema è stato affrontato dall'art. 3 della Convenzione di Basilea, ma non è nell'interesse del presente lavoro entrare nel merito della definizione adottata. Al riguardo, basta evidenziare che la definizione accolta dalla Convenzione di Basilea qualifica come «pericolosi» tutti i rifiuti considerati tali dalle legislazioni nazionali: la conseguenza è la possibilità, per gli Stati, di estendere in via unilaterale, mediante le proprie legislazioni interne, la sfera di applicazione della Convenzione, sì da portare la Convenzione stessa ad una *race to the top* verso l'adozione di normative più

¹⁵⁸ Il Protocollo in questione è stato adottato in virtù dell'art. 12 della Convenzione di Basilea del 22 marzo 1989 sul controllo dei movimenti transfrontalieri di sostanze pericolose, con il quale gli Stati si impegnavano a concludere un protocollo relativo alla disciplina della responsabilità degli individui che la Convenzione aveva ommesso di approntare. Sulla Convenzione, entrata in vigore il 5 maggio 1992 e che ad oggi conta 168 ratifiche, v. i commenti di E. MOISE, *La Convention de Bâle sur les mouvements transfrontières de déchets dangereux* (22 mai 1989), in *Revue gén. dr. int. public*, 1989, p. 899 ss.; Y. VAN DER MENSBRUGGHE, *Portée et perspectives de la Convention de Bâle du 22 mars 1989 sur le contrôle des mouvements transfrontières de déchets dangereux et de leur élimination*, in 26 *Eur. Transport Law*, 1991, p. 147 ss.

stringenti.¹⁵⁹ Tuttavia, al momento della redazione del testo dell'accordo, le Parti del Protocollo hanno abbandonato tale approccio, ritenendolo eccessivamente estensivo in termini di certezza del diritto.¹⁶⁰ Il compromesso raggiunto in seno all'art. 3 par. 6 lett. *b* del Protocollo fa leva, pertanto, sulla necessità di tenere in debito conto la *lex loci damni* in termini di conoscenza, da parte dell'operatore, dell'esatto contenuto della regolamentazione in materia.¹⁶¹

Sotto un altro aspetto, data la complessità dell'attività e, soprattutto, la partecipazione di un numero notevole di soggetti (produttore, trasportatore, smaltitore) operanti in Stati diversi, si è ritenuto corretto canalizzare il rischio di incidente *su alcuni* dei soggetti coinvolti.¹⁶² Così l'art. 4 par 1 del Protocollo stabilisce la responsabilità oggettiva del notificante – sia esso il produttore o l'esportatore – e dello smaltitore.¹⁶³ Se più soggetti concorrono in responsabilità per l'incidente, essi risponderanno in via solidale.¹⁶⁴

¹⁵⁹ Cfr. l'art. 1 par. 1 lett. *b* della Convenzione di Basilea, ai sensi del quale «[t]he following wastes that are subject to transboundary movement shall be “hazardous wastes” for the purposes of this Convention:

(a) Wastes that belong to any category contained in Annex I, unless they do not possess any of the characteristics contained in Annex III; and

(b) Wastes that are not covered under paragraph (a) but are defined as, or are considered to be, hazardous wastes by the domestic legislation of the Party of export, import or transit».

¹⁶⁰ In questo senso v. L. PASQUALI, *Norme materiali e norme di conflitto uniformi in tema di responsabilità individuale nel Protocollo alla Convenzione di Basilea del 1989 sui movimenti transfrontalieri di rifiuti pericolosi*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2002, p. 51 ss., p. 55, nota 17.

¹⁶¹ L'art. 3 par. 6 lett. *b* stabilisce, infatti, che «[t]he Protocol shall apply to damage resulting from an incident occurring during a transboundary movement of wastes falling under Article 1, subparagraph 1 (b), of the Convention only if those wastes have been notified in accordance with Article 3 of the Convention by the State of export or import, or both, and the damage arises in an area under the national jurisdiction of a State, including a State of transit, that has defined or considers those wastes as hazardous provided that the requirements of Article 3 of the Convention have been met. In this case strict liability shall be channelled in accordance with Article 4 of the Protocol».

¹⁶² Su questo problema v. L. PASQUALI, *Norme materiali*, cit., pp. 63-66.

¹⁶³ Così dispone l'art. 4 par. 1 del Protocollo:

«The person who notifies in accordance with Article 6 of the Convention, shall be liable for damage until the disposer has taken possession of the hazardous wastes and other wastes. Thereafter the disposer shall be liable for damage. If the State of export is the notifier or if no notification has taken place, the exporter shall be liable for damage until the disposer has taken possession of the hazardous wastes and other wastes. With respect to Article 3, subparagraph 6 (b), of the Protocol, Article 6, paragraph 5, of the Convention shall apply *mutatis mutandis*. Thereafter the disposer shall be liable for damage».

Alcune questioni, che in altre convenzioni hanno trovato soluzioni omogenee, sono state invece affrontate dal Protocollo in esame in maniera piuttosto superficiale. Così, ad esempio, il problema della limitazione di responsabilità dei soggetti sopra indicati ha rappresentato l'oggetto di accese discussioni in sede di negoziazioni. L'art. 12 del Protocollo, al riguardo, rimanda a quanto stabilito dall'Allegato B, ai sensi del quale «[f]inancial limits for the liability under Article 4 of the Protocol shall be determined by domestic law», salvi alcuni importi minimi che devono comunque essere rispettati. Inoltre, nessuna norma specifica è dedicata alla costituzione di un apposito fondo, finalizzato ad integrare il risarcimento delle vittime qualora le somme messe a disposizione dai responsabili si rivelino inadeguate. Anzi, su questo punto l'art. 15 si limita a programmare future negoziazioni tra le Parti contraenti.¹⁶⁵

Infine, alcune norme interessanti sono dedicate alla giurisdizione ed alla legge applicabile. Sotto il primo profilo, l'art. 17 prevede una serie di fori alternativi a carattere esclusivo, quali quello del danno, del luogo dell'incidente e del domicilio o della sede principale del convenuto. La disposizione è di primaria importanza, perché, attribuendo al danneggiato la facoltà di scelta del foro presso il quale instaurare l'azione di risarcimento, consente a quest'ultimo di chiamare a rispondere l'esportatore, società di uno Stato industrializzato, per un incidente avvenuto in un PVS.¹⁶⁶ Con riguardo, invece, alla legge applicabile, l'art. 19 rimanda, per tutte le questioni non risolte dalla normativa uniforme contenuta nel Protocollo, alla *lex fori*.¹⁶⁷ Ma il richiamo alla *lex fori* è reso claudicante dall'applicazione

Per una critica articolata di questo sistema v. A. FODELLA, *Il movimento transfrontaliero di rifiuti pericolosi nel diritto internazionale*, Torino, 2004, p. 323 s.

¹⁶⁴ Così l'art. 4 par. 6 del Protocollo in esame.

¹⁶⁵ L'art. 15 del Protocollo recita infatti:

«1. Where compensation under the Protocol does not cover the costs of damage, additional and supplementary measures aimed at ensuring adequate and prompt compensation may be taken using existing mechanisms.

2. The Meeting of the Parties shall keep under review the need for and possibility of improving existing mechanisms or establishing a new mechanism» (*sic*).

¹⁶⁶ Nello stesso senso v. L. PASQUALI, *Norme materiali*, cit., p. 78.

¹⁶⁷ Recita l'art. 19: «All matters of substance or procedure regarding claims before the competent court which are not specifically regulated in the Protocol shall be governed by the law of that court including any rules of such law relating to conflict of laws».

(anche) delle norme di conflitto del foro, sicché il giudice, pur competente in virtù degli estesi criteri testé accennati, potrebbe ritrovarsi a dover applicare una legge straniera con *standards* di responsabilità di livello inferiore, il che è sicuramente contrario allo scopo complessivo del Protocollo.¹⁶⁸

Attualmente – a dieci anni dalla sua conclusione – il Protocollo è stato firmato solamente da ventun Stati e ratificato da sette. La scarsità di accessioni e ratifiche è significativa, se comparata alle 168 ratifiche della Convenzione di Basilea, alla quale il Protocollo accede. Evidentemente, il problema di una regolamentazione delle ipotesi di responsabilità da trasporto di rifiuti pericolosi non è ancora percepito come una priorità da parte della Comunità internazionale.

10.3. Il rischio da incidente nucleare. – La prima Convenzione internazionale in materia di danno da incidente nucleare venne firmata a Parigi sotto l'egida dell'OCSE il 29 luglio 1960.¹⁶⁹ Ad essa hanno fatto seguito altre convenzioni: la Convenzione di Bruxelles del 25 maggio 1962 sulla responsabilità dell'operatore di navi nucleari;¹⁷⁰ la Convenzione di Bruxelles del 31 gennaio 1963, integrativa della precedente;¹⁷¹ infine, la Convenzione di Vienna, siglata in seno all'AIEA il 21 maggio 1963, sulla responsabilità civile derivante da danno nucleare.¹⁷² La Convenzione di Parigi e quella di Vienna sono state dotate, a seguito dell'incidente di Tchernobyl, di un Protocollo applicativo, concluso il 21 settembre 1988.¹⁷³

¹⁶⁸ Sul problema della diversità tra le norme di conflitto dei vari *fora* coinvolti in una fattispecie di danno ambientale v. K. KREUZER, *Environmental Disturbance and Damage in the Context of Private International Law*, in *Rev. esp. der. int.*, 1992, p. 57 ss., p. 64 ss.

¹⁶⁹ La Convenzione di Parigi è entrata in vigore in data 1° aprile 1968 ed il suo testo può leggersi in 55 *Am. Journ. Int'l Law*, 1960, p. 1082 ss. Per un commento v. M. PICARD, *La Convention sur la responsabilité civile dans la domaine de l'énergie nucléaire*, in *Journ. dr. int.*, 1962, p. 344 ss.

¹⁷⁰ Il testo della Convenzione in parola – non ancora in vigore – si può leggere in 57 *Am. Journ. Int'l Law*, 1963, p. 268 ss. Per un commento v. C. COLLIARD, *La Convention de Bruxelles relative à la responsabilité des exploitants de navire nucléaires*, in *Ann. fr. dr. int.*, 1962, p. 41 ss.; F. KÖNZ, *The 1962 Brussels Convention on the Liability of Operators of Nuclear Ships*, in 57 *Am. Journ. Int'l Law*, 1963, p. 100 ss.

¹⁷¹ Questa seconda Convenzione, supplementare rispetto alla Convenzione di Parigi del 1960, è entrata in vigore in data 4 dicembre 1974; il testo si legge in 2 *Int'l Leg. Mat.*, 1963, p. 685 ss.

¹⁷² La Convenzione è entrata in vigore il 17 novembre 1977; il suo testo si trova in appendice al volume di P. SANDS, *Chernobyl: Law and Communication*, cit., p. 96 ss.

¹⁷³ Protocollo applicativo delle Convenzioni di Parigi e di Vienna, entrato in vigore il 27 aprile 1992.

Sotto un primo profilo, tutte queste convenzioni canalizzano il rischio di incidente su un unico soggetto, l' «operatore» dell'impianto nucleare¹⁷⁴ e ne stabiliscono la responsabilità *oggettiva* in caso di incidente.¹⁷⁵ Questo tipo di responsabilità favorisce sia le vittime dell'incidente, le quali sono certe del soggetto al quale rivolgersi per le azioni di risarcimento e non dovranno pertanto subire l'onere di citare in giudizio altri soggetti coinvolti, sia gli altri eventuali responsabili, che resteranno immuni dalle predette azioni.¹⁷⁶ Si tratta, insomma di una responsabilità da rischio d'impresa.¹⁷⁷

Secondariamente, è previsto un massimale di debito, per cui la responsabilità dell'operatore non può mai estendersi al di sopra di questa soglia.¹⁷⁸ L'importo inizialmente previsto è stato successivamente aumentato attraverso protocolli aggiuntivi alle Convenzioni testé citate.¹⁷⁹ Con tale limitazione, in sostanza, si vuole che il regime particolarmente stringente di responsabilità a carico dell'operatore, pur incentivandolo ad internalizzare il rischio di incidente, viceversa non lo disincentivi allo svolgimento dell'attività nucleare, pur sempre utile per il sostentamento energetico della comunità.

¹⁷⁴ In tutti gli strumenti menzionati, la nozione di «operatore» viene associata all'autorizzazione rilasciata dalle autorità competenti dello Stato nel quale si trova l'impianto nucleare (*installation*). V. al riguardo l'art. 1 lett. *a*, *vi* della Convenzione di Parigi del 1960, l'art. I par. 4 della Convenzione di Bruxelles del 1962 e l'art. 1 lett. *c* della Convenzione di Vienna del 1963.

¹⁷⁵ Con riguardo alla canalizzazione del rischio in capo all'operatore, si fa riferimento a tutte le norme che impongono che le azioni di risarcimento da incidente nucleare siano rivolte in via esclusiva nei confronti dell'operatore. Cfr. al riguardo l'art. 6 lett. *a* e *b* della Convenzione di Parigi del 1960, l'art. II par. 2 della Convenzione di Bruxelles del 1962 e l'art. II par. 5 della Convenzione di Vienna del 1963. Per l'affermazione della responsabilità oggettiva assoluta in capo all'operatore v. invece l'art. 3 lett. *a* della Convenzione di Parigi del 1960, l'art. II par. 1 della Convenzione di Bruxelles del 1962 e gli art. II par. 1 e IV par. 1 della Convenzione di Vienna del 1963.

¹⁷⁶ In questo senso G. ARANGIO-RUIZ, *International Legal Problems*, cit., p. 578; P. SANDS, *Chernobyl: Law and Communication*, cit., p. 19. Come precisa M. PICARD, *La Convention*, cit., p. 348, la responsabilità oggettiva assoluta risponde all'esigenza di tutelare le vittime dinanzi ad un danno che non è apparente – in quanto le sue concrete manifestazioni potrebbero avere luogo a distanza di tempo – né facilmente prevedibile.

¹⁷⁷ Così, ancora, P. PICARD, *La Convention*, ult. loc. cit.

¹⁷⁸ Così stabiliscono l'art. 7 lett. *a* e *b* della Convenzione di Parigi del 1960, che prevedono un massimale in 15 milioni di ecu, poi innalzati a 120 dall'art. 4 della Convenzione supplementare di Bruxelles del 1963; v. anche l'art. III della Convenzione di Bruxelles del 1962; ai sensi dell'art. V della Convenzione di Vienna del 1963 il massimale è rappresentato dall'importo di 5 milioni di dollari per ciascun incidente, esclusi interessi e spese di giudizio (art. V par. 2).

¹⁷⁹ Cfr. il Protocollo di emendamento della Convenzione di Vienna sulla responsabilità da danno nucleare, firmato a Vienna il 29 settembre 1997 e la Convenzione di Vienna sul risarcimento complementare da danno nucleare, siglata il 12 settembre 1997.

Nonostante alcuni dubbi della dottrina, la responsabilità stabilita dalle Convenzioni in esame *non* è qualificabile come *responsabilità* oggettiva *assoluta*. Infatti, sia la Convenzione di Parigi, sia quella di Vienna prevedono che l'operatore non sia responsabile qualora l'incidente sia diretta conseguenza di un conflitto armato, di una guerra o di un'insurrezione, ovvero di un grave disastro naturale a carattere eccezionale.¹⁸⁰

Una disciplina specifica è prevista con riferimento al trasporto di sostanze nucleari. Anche in questo caso, la canalizzazione del rischio ha luogo nei confronti del mittente, che in tal modo dovrà prestare la massima precauzione nel porre al sicuro i materiali fissili; la responsabilità del mittente opera fino a quando il destinatario l'abbia assunta contrattualmente ovvero di fatto. Ove ciò sia avvenuto, la responsabilità in caso di incidente è a carico del destinatario.¹⁸¹

La normativa internazionale ora analizzata non è esente da critiche, anche gravi. Una prima perplessità concerne la natura del regime di responsabilità. Al riguardo, non è dato comprendere la ragione per la quale non si sia impostato un regime di responsabilità oggettiva *assoluta*, ma ci si sia limitati a prevedere una serie di eccezioni a favore dell'operatore. Tra queste, spicca la possibilità, per l'operatore, di vedersi diminuire *in tutto* o in parte l'obbligo di risarcimento, se l'incidente è stato causato dalla colpa grave del danneggiato.¹⁸² Ovviamente, la riduzione totale o parziale del risarcimento si applica esclusivamente con riguardo al danneggiato in questione. Ma *quid iuris* se il danneggiato è lo Stato che abbia errato con colpa grave nelle pratiche autorizzative dell'impianto nucleare ed abbia quindi cagionato indirettamente l'incidente? Potrà questi pretendere il risarcimento dall'operatore con riguardo, ad esempio, al proprio demanio invaso dalle

¹⁸⁰ Cfr. al riguardo l'art. 9 della Convenzione di Parigi del 1960, l'art. VII della Convenzione di Bruxelles del 1962 e l'art. IV par. 3 lett. *a* e *b* della Convenzione di Vienna del 1963.

¹⁸¹ V. l'art. 4 lett. *a* della Convenzione di Parigi del 1960, l'art. II par. 4 della Convenzione di Bruxelles del 1962 e l'art. II par. 1 lett. *b*, *c* della Convenzione di Vienna del 1963.

¹⁸² Cfr. l'art. IV par. 2 della Convenzione di Vienna del 1963, che recita:

«[i]f the operator proves that the nuclear damage resulted wholly or partly either from the gross negligence of the person suffering the damage or from an act or omission of such person done with intent to cause damage, the competent court may, if its law so provides, relieve the operator wholly or partly from his obligation to pay compensation in respect of damage suffered by such person».

Analogamente dispongono gli art. 4 e 9 della Convenzione di Parigi del 1960 e gli art. II par. 5 della Convenzione di Bruxelles del 1962.

radiazioni? Non è forse questa l'esatta situazione riprodottasi nelle aule dei tribunali di Bhopal, quando l'imbarazzante posizione del governo indiano ha ritardato di anni la soluzione della controversia e ridotto, di conseguenza, l'importo del risarcimento?¹⁸³

Infine, è previsto che i danneggiati decadano dal diritto di proporre azione trascorsi dieci anni dall'incidente.¹⁸⁴ Ma i danni di un incidente nucleare potrebbero prodursi a distanza di anni e colpire anche le generazioni future: se, come riteniamo, questi danni sono *diretta* conseguenza dell'incidente, perché mai le vittime non dovrebbero ricevere un adeguato risarcimento anche oltre il periodo considerato?¹⁸⁵ Al riguardo, le convenzioni vigenti tacciono.

10.4. Considerazioni in punto di normativa internazionale uniforme. –

Tracciato un quadro delle normative internazionali in materia di responsabilità dei privati con riguardo al problema degli incidenti industriali, è giunto il momento di effettuare qualche osservazione conclusiva.

Dalle pagine che precedono, anzitutto, emerge che tutte le convenzioni esaminate possiedono un'ossatura uniforme e rispondono ad un disegno unitario.¹⁸⁶ Dalle più vecchie, dedicate ai tradizionali settori del diritto internazionale, quali la navigazione e la regolamentazione della fonte nucleare, fino ai più recenti interventi in materia di rifiuti e sostanze pericolose, queste convenzioni presentano tutte, nessuna esclusa, un regime di *responsabilità oggettiva*, caratterizzato da due elementi di rilievo.

Un primo elemento è dato dalla «canalizzazione del rischio» verso un determinato soggetto (*channeling*), il quale viene così chiamato ad accollarsi il rischio d'incidente (transnazionale) ed incorporarlo per intero nel rischio d'impresa (transnazionale). Mediante lo schema del *channeling*, che

¹⁸³ V. *supra* nota 55.

¹⁸⁴ V. l'art. V della Convenzione di Bruxelles del 1962.

¹⁸⁵ Per questa critica v. M. PICARD, *La Convention*, cit., p. 360.

¹⁸⁶ Parla, al riguardo, di «armonizzazione» M.A. LUPOI, *Conflitti transnazionali di giurisdizioni*, Milano, 2002, p. 54 ss., p. 74 s.; invece, secondo R. LUZZATTO, *Metodi di unificazione del diritto marittimo e interpretazione uniforme*, in *Dir. mar.*, 1999, p. 147 ss., p. 148, si tratterebbe non tanto di armonizzare, quanto «di garantire la possibilità che i regimi normativi creati in ambiente esterno rispetto a questi possano esplicare i propri effetti anche di fronte ad eventuali deviazioni introdotte dai particolarismi nazionali».

individua in modo certo il convenuto in caso di incidente, vengono notevolmente ridotti i costi di transazione a carico delle vittime, si permette all'impresa di dotarsi di una copertura finanziaria ed assicurativa adeguata,¹⁸⁷ si scongiura il pericolo del *free riding* tra i potenziali danneggianti coinvolti¹⁸⁸ e si incentiva il destinatario ad aumentare il livello di precauzione.¹⁸⁹

Un secondo elemento è dato dalla natura esclusiva che caratterizza le azioni portate dalle vittime nei confronti del soggetto che assume su di sé il rischio dell'incidente: nessuna azione di danno può essere promossa contro quel soggetto se non in applicazione del regime di responsabilità previsto dalle relative convenzioni. Ne consegue che questo regime è destinato ad essere applicato, in qualità di *normativa internazionale uniforme*, dai fori degli Stati contraenti cui vengono sottoposte le cause di risarcimento di danni coperte dalle convenzioni esaminate.

Sul piano sostanziale, le disposizioni in materia di responsabilità assunte dalle convenzioni analizzate rispondono ad uno schema quadripartito, costituito (a) dall'affermazione di una responsabilità oggettiva in capo a un determinato soggetto, (b) dall'individuazione di massimali di responsabilità,

¹⁸⁷ I vantaggi del *channeling* sono ben evidenziati da S.D. MURPHY, *Prospective Liability Regimes for the Transboundary Movement of Hazardous Wastes*, in 88 *Am. Journ. Int'l Law*, 1994, p. 24 ss. Spiega l'Autore (*ivi*, p. 51) che la formula in questione produce due effetti, uno positivo ed uno negativo. Sotto il primo profilo, esso «establish that this party alone could be held strictly liable, normally subject to certain limits on its exposure»; quanto all'effetto negativo, «[t]rue channeling would also release all other entities from liability so as to identify the defendant with more certainty, avoid complicating cross-litigation and allow that entity to obtain appropriate insurance (whose cost could be passed along, at least in part, to other entities in the chain). Though artificial, this channeling would be convenient since it simplifies the action to be taken by victims and avoids the unnecessary multiplication of insurance policies or other financial guarantees for the other entities».

¹⁸⁸ Quanto al fenomeno del *free riding* – termine con il quale si suole indicare la condotta di chi ottiene un beneficio dall'azione di un soggetto senza pagarne il prezzo – esso può aver luogo, tra i potenziali danneggianti, quando coloro che svolgono l'attività rischiosa sono più di uno. Al momento dell'incidente, ove non sia possibile risalire agevolmente a chi ha dato corso all'evento generatore del danno, i suddetti soggetti saranno incentivati a sottrarsi alle relative responsabilità, traendo vantaggio dal fatto che l'azione delle vittime si sia rivolta soltanto contro uno di loro. La canalizzazione del rischio rappresenta, in questa ipotesi, uno strumento idoneo ad evitare il *free riding* e ricondurre il sistema ad efficienza.

¹⁸⁹ Secondo S.M. CARBONE, *Strumenti internationalistici e privatistici-internazionali relativi al risarcimento dei danni provocati da idrocarburi all'ambiente marino*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2006, p. 623 ss., p. 627, si tratterebbe di un sistema che, in quanto canalizza la responsabilità in capo ad un unico soggetto, «svaluta [...] il profilo sanzionatorio [...] per enfatizzarne il profilo indennitario». Questa prospettiva non pare considerare l'effetto deterrente imposto dal regime di responsabilità oggettiva, sicuramente idoneo a promuovere un aumento del livello di precauzione in capo al soggetto dichiarato responsabile.

(c) dall'imposizione di un obbligo di assicurazione¹⁹⁰ e, infine, (d) dalla predisposizione di fondi aggiuntivi da parte degli Stati e/o dei soggetti interessati o di altri soggetti che traggono beneficio dall'attività di volta in volta considerata.

Focalizzando l'attenzione sui primi due elementi, si può rilevare come il regime di responsabilità previsto convenzionalmente sia sempre *oggettivo* (*strict liability*), tendenzialmente *relativo* e quasi mai assoluto.¹⁹¹ Il carattere oggettivo della responsabilità assume un significato fondamentale nell'ambito della prevenzione degli incidenti industriali, perché tale regime, com'è noto, impone all'obbligato di adottare la massima precauzione e diligenza nella gestione della propria attività, ritenuta molto rischiosa dalla collettività. Esso risponde pertanto all'esigenza di ridurre i costi sociali delle attività pericolose.¹⁹² L'affermazione di una responsabilità oggettiva, che non è altro che una responsabilità *da rischio industriale*, produce quindi influenze dirette sulla fase di *decision-making* dell'impresa.¹⁹³ Con riguardo, inoltre, all'esigenza – cui si accennava all'inizio del presente capitolo – di livellare il terreno di gioco nella vertenza tra le vittime dell'incidente e l'impresa multinazionale, la costruzione di un sistema di responsabilità oggettiva risponde anche a questo problema. Con essa, infatti, viene meno la necessità per le vittime di provare la dinamica effettiva dell'incidente, essendo sufficiente che lo stesso si sia verificato nell'ambito dell'attività rischiosa svolta dall'impresa.

¹⁹⁰ Cfr. J. DEPRIMOZ, *L'assurance face aux risques technologiques majeurs*, in *La réparation des dommages catastrophiques*, cit., p. 103 ss.

¹⁹¹ Com'è noto, la responsabilità oggettiva si distingue dalle altre forme di responsabilità, dolosa o colposa, per la presenza di un minore onere probatorio a carico della vittima dell'illecito. Nel caso di responsabilità oggettiva, infatti, all'attore è sufficiente dimostrare l'esistenza del nesso causale tra il danno occorso e l'evento, imputabile ad un determinato soggetto. Non è questa la sede per rendere conto delle trattazioni in tema di responsabilità oggettiva. Per quanto interessa, si veda L. PASQUALI, *Norme materiali*, cit., pp. 60-63.

¹⁹² Dal punto di vista economico, la fattispecie di responsabilità oggettiva risponde, più che ad esigenze di efficienza, a considerazioni di ordine morale e di politica sociale. In particolare, «liability should rest only on fault, but there also is a powerful moral pull in the idea that those who engage in risky activities should not be able to impose risks of injury on others, particularly persons in a vulnerable position, without compensating them for resulting losses» (M.S. SHAPO, *Principles of Tort Law*, St. Paul (Minn.), 2003, p. 185).

¹⁹³ V. sul punto, anche per una ricognizione delle teorie gius-economiche nel settore della responsabilità civile, M. BESSONE, *Responsabilità civile, assicurazione e costo sociale dell'illecito*, in *Dir. mar.*, 1975, p. 187 ss., p. 197.

Quanto ai massimali previsti, si tratta di un sistema a carattere misto, comprensivo di norme concatenate finalizzate da un lato alla limitazione del debito e, dall'altro, alla limitazione della responsabilità del debitore. In caso di incidente, infatti, l'obbligato risponde nei limiti dei massimali, secondo lo schema classico della limitazione di debito.¹⁹⁴ Ove tuttavia, al fine di garantire l'immediatezza del ristoro delle vittime, il debitore metta a disposizione dei creditori una somma pari al massimale previsto, a questi ultimi sarà preclusa ogni azione esecutiva su beni diversi: si tratta, pertanto, di una vera e propria fattispecie di limitazione di responsabilità.¹⁹⁵ Le due norme sono, come si accennava, concatenate, dal momento che, ove l'obbligato non costituisca immediatamente la garanzia, egli perderà il diritto ad entrambe le limitazioni, sicché la sua responsabilità sarà illimitata.

L'applicazione dei massimali di responsabilità ha un preciso significato in termini di analisi economica del diritto. Infatti, un regime di responsabilità oggettiva potrebbe, di per sé, disincentivare le imprese dal dedicarsi ad attività che pur forniscono alcuni benefici alla comunità globale. In questo schema, i massimali svolgono la funzione di distribuire il rischio d'impresa tra l'obbligato e la comunità, in modo che anche quest'ultima ne sopporti i costi, misurati nelle somme eccedenti i massimali stessi.

Infine, va rilevato che la natura uniforme delle citate regole di responsabilità produce effetti anche con riguardo ai criteri di giurisdizione

¹⁹⁴ Nella fattispecie della *limitazione di debito*, i creditori possono aggredire qualsivoglia bene del debitore, fino alla concorrenza della somma stabilita dalla legge attraverso, appunto, la predetta limitazione.

¹⁹⁵ Nello schema della *limitazione di responsabilità*, i creditori possono aggredire esclusivamente i beni indicati dalla legge; esauriti tali beni, i creditori non hanno più nulla a pretendere. Per un esempio di limitazione di responsabilità nell'ordinamento italiano ci si può riferire all'art. 275 c. nav. ai sensi del quale «1. Per le obbligazioni contratte in occasione e per i bisogni di un viaggio, e per le obbligazioni sorte da fatti o atti compiuti durante lo stesso viaggio, ad eccezione di quelle derivanti da proprio dolo o colpa grave, l'armatore può limitare il debito complessivo ad una somma pari al valore della nave e all'ammontare del nolo e di ogni altro provento del viaggio. 2. Sulla somma alla quale è limitato il debito dell'armatore concorrono i creditori soggetti alla limitazione secondo l'ordine delle rispettive cause di prelazione e ad esclusione di ogni altro creditore». In questa ipotesi, i creditori non possono aggredire alcun bene dell'armatore se non la somma limite il cui valore viene determinato ai sensi dell'art. 276 c. nav. La dottrina è comunque divisa sulla qualificazione della fattispecie in esame come limitazione di debito ovvero di responsabilità: nel primo senso v. A. LEFREVRE D'OVIDIO, voce *Armatore ed esercente di nave e di aeromobile*, in *Enc. giur.*, II, Roma, 1988, p. 5 s.; *contra*, invece, F. BERLINGIERI, *Armatore ed esercente di aeromobile*, in *Dig. disc. priv., Sez. comm.*, I, 1987, p. 233, 237 e 240; E. SPASIANO, *Limitazione del debito del vettore e limitazione globale di responsabilità*, in *Dir. mar.*, 1986, p. 593 ss., p. 595.

ed alle norme di diritto internazionale privato.¹⁹⁶ Il fine ultimo delle regole uniformi, infatti, non consiste soltanto nel ridurre al minimo le differenze legislative esistenti tra i diversi ordinamenti: a questo scopo giuridico se ne deve accompagnare un altro, di carattere *economico*, rappresentato dall'esigenza di ridurre i costi di transazione a carico alle vittime, onde garantire alle stesse, ovunque si trovino, un adeguato e pronto risarcimento del danno derivante dall'incidente.¹⁹⁷ Tuttavia, per realizzare in modo completo questo secondo fine, le norme uniformi non dovrebbero riguardare soltanto il diritto sostanziale, ma comprendere altresì le norme di conflitto,¹⁹⁸ dettando criteri di giurisdizione e, ove necessario, regole di diritto internazionale privato per le questioni non affrontate dalle norme uniformi. Al riguardo, ove venga richiamato il criterio del *locus commissi delicti*, quest'ultimo perde le proprie potenzialità distorsive già in conseguenza della presenza delle norme uniformi in materia di responsabilità. Ove, invece, vengano sanciti altri criteri di collegamento, essi sono visti come strumenti di tutela per le vittime, essendo volti ad amplificare il novero delle giurisdizioni competenti a loro favore. Anche sotto il profilo delle regole di conflitto, infine, le questioni non affrontate direttamente dalle convenzioni in materia dovrebbero essere sottoposte alla

¹⁹⁶ In generale, sul rapporto tra convenzioni di diritto materiale uniforme e le regole di conflitto v. G. CONETTI, *Rapporti tra convenzioni di diritto materiale ed internazionale privato uniforme: il caso della vendita internazionale*, in *Studi in memoria di Mario Giuliano*, cit., p. 361 ss., p. 361, che giustamente osserva come «la raggiunta identità di contenuto del diritto materiale sarebbe in grado di risolvere alla radice i problemi di conflitto di leggi, almeno quando siano coinvolti gli ordinamenti degli Stati interessati dalla unificazione di singoli settori del diritto e per i rapporti che rientrano nella disciplina unificata, facendo venir meno la loro rilevanza». Si veda anche A. GIARDINA, *Unificazione internazionale e codificazione nazionale delle regole di conflitto in tema di navigazione*, *ivi*, p. 468 ss., spec. pp. 472-474.

¹⁹⁷ Così S.C. MCCAFFREY, *Expediting the Provisions of Compensation to Accident Victims*, in G. HANDL, R.E. LUTZ (eds.), *Transferring Hazardous Technologies*, cit., p. 199 ss., pp. 204-217, elenca gli ostacoli frapposti dall'attuale scenario internazionale ad un adeguato ristoro delle vittime e li individua nelle spese legali, nella competenza specialistica di avvocati e giudici, nell'immunità dello Stato, nei criteri di giurisdizione e nei problemi inerenti l'acquisizione delle prove. L'Autore analizza poi minuziosamente il risultato prodotto da un'eventuale convenzione di diritto materiale e di diritto internazionale privato uniforme sui fattori testé indicati ed osserva, al riguardo (*ivi*, p. 232), che «[a] convention would be the most appropriate vehicle for the establishment of a generally available mechanism [...] designed to assure the expeditious provision of monetary or other relief to the victims of an accident caused by exported hazardous technology».

¹⁹⁸ Analogamente K. KREUZER, *Environmental Disturbance*, cit., p. 75. L'unificazione delle regole sostanziali non è, infatti, in grado di risolvere tutte le questioni di diritto internazionale privato generate dalle fattispecie con elementi di estraneità: per tutti, A. SARAVALLE, *Responsabilità del produttore e diritto internazionale privato*, Padova, 1991, p. 23.

lex fori, onde evitare soluzioni claudicanti dal punto di vista complessivo della disciplina della responsabilità.¹⁹⁹

Le convenzioni internazionali in materia di incidenti si rivelano molto interessanti sotto il profilo della regolamentazione delle esternalità prodotte dalla concorrenza tra ordinamenti. Grazie a queste convenzioni, infatti, ed alle regole di responsabilità uniformi che esse introducono negli ordinamenti interni, si assiste ad un innalzamento dello *standard* di responsabilità, che viene così applicato da tutti gli Stati contraenti.²⁰⁰ Questo *standard*, inoltre, apparirà idoneo a formare il comportamento del soggetto obbligato che intenda svolgere quella determinata attività sul piano transnazionale.

11. Incidenti transnazionali e principio della responsabilità limitata.

All'inizio del presente lavoro si è descritto il lungo *iter* normativo e culturale che ha portato all'emersione della società per azioni quale istituto fondamentale del diritto societario moderno.²⁰¹ Come si ricorderà, la forza economica dell'impresa multinazionale deriva in gran parte dallo sfruttamento della forma giuridica della società per azioni combinata con il gioco della concorrenza tra ordinamenti. Uno dei passaggi più importanti dello sviluppo dalla società monade alla grande impresa multinazionale è rappresentato dal principio della responsabilità limitata. In virtù di questo principio, per le obbligazioni della società può essere chiamata a rispondere esclusivamente la società stessa. Le conseguenze dell'applicazione del principio in parola al settore degli incidenti industriali transnazionali saranno dedicate le pagine che seguono.

¹⁹⁹ Soluzioni di questo genere sono state preconizzate dalla dottrina con riferimento all'incertezza che colpisce alcuni aspetti della disciplina sostanziale, pur uniformata a livello convenzionale. V. sul punto T. BALLARINO, *La réparation des dommages catastrophiques: problèmes de droit international privé*, in *La réparation des dommages catastrophiques*, cit., p. 59 ss., p. 74 ss. Per un esempio concreto v. *supra* nota 167 s.

²⁰⁰ Per un accenno all'esigenza di regole uniformi in materia di responsabilità, all'inizio del loro percorso di diffusione in ambito internazionale, v. A.A. EHRENZWEIG, *Specific Principles of Private Transnational Law*, in *124 Recueil des Cours*, 1968, p. 167 ss., spec. pp. 313-328.

²⁰¹ V. *supra* § 2.1.

11.1. Il principio della responsabilità limitata: fondamento economico. – Va sin d’ora chiarito che l’importanza del principio della responsabilità limitata va ben oltre la sua qualità di «privilegio»²⁰² di natura giuridica a favore dell’azionista. Il principio ha, infatti, un preciso fondamento economico, incentivando i potenziali investitori a conferire denaro in un’attività economica altamente rischiosa senza dover temere di subire perdite superiori all’ammontare conferito.²⁰³ Storicamente, la raccolta del capitale necessario alle prime società del settore ferroviaria non sarebbe avvenuta – e gli Stati Uniti non avrebbero mai raggiunto il primato assoluto in termini di presenza di strade ferrate sul territorio – senza il riconoscimento giuridico di questo principio.²⁰⁴

Inoltre, la responsabilità limitata consente una straordinaria riduzione dei costi di transazione sostenuti dai creditori, sia a livello di monitoraggio della situazione finanziaria della società, sia sotto il profilo dei costi di recupero dei propri crediti.²⁰⁵ In questo senso, la responsabilità limitata

²⁰² Il termine è di P. RESCIGNO, *La persona giuridica «unico azionista» (note attorno all’art. 2362 c.c.)*, in *Banca borsa e tit. cred.*, 1971, I, p. 479 ss., p. 486.

²⁰³ In questo senso H.G. MANNE, *Our Two Corporation Systems: Law and Economics*, in 53 *Virginia Law Rev.*, 1967, p. 259 ss., p. 262 s., secondo il quale la responsabilità limitata «allows individuals to use small fractions of their savings for various purposes without risking a disastrous loss if any corporation in which they have invested becomes insolvent. In any given promotion there may be substantial investors and small investors, and clearly each of them cannot be made equally liable for all the debts of the business operation, as in partnership. If this were the case, small investments in corporations would tend to come only from individuals who were nearly insolvent already. Wealthy individuals would never make small investments in a corporation»; P. HALPERN, M. TREBILCOCK, S. TURNBULL, *An Economic Analysis of Limited Liability in Corporation Law*, in 30 *Univ. Toronto Law Journ.*, 1980, p. 117 ss., p. 123 s., i quali rilevano che «limited liability is indispensable to the functioning of an efficient capital market»; secondo R.A. POSNER, *The Rights of Creditors of Affiliate Corporations*, in 43 *Univ. Chicago Law Rev.*, p. 499 ss., p. 503, «[f]ar from externalizing the risks of business ventures, the principle of limited liability in corporation law facilitates a form of transaction advantageous to both investors and creditors; in its absence the supply of investment and the demand for credit might be much smaller than they are».

²⁰⁴ Il principio in parola riveste un’importanza tale che nel 1913 il Professor Nicholas Murray Butler, Rettore della Columbia University, poteva affermare con orgoglio che «the limited liability corporation is the greatest single discovery of modern times. [...] Even steam and electricity are far less important than the limited liability corporation, and they would be reduced to comparative impotence without it» (la citazione è riferita da W.M. FLETCHER, *Cyclopedia of the Law of Private Corporations*, Chicago, 1917, I, par. 21).

²⁰⁵ Infatti, sotto il primo profilo (*monitoring costs*), i costi sostenuti dai creditori saranno ridotti al solo monitoraggio del patrimonio sociale e non si estenderanno anche al controllo della solvibilità dei soci. I costi di quest’ultimo sarebbero peraltro destinati a lievitare ogniqualvolta si verifici un mutamento nella titolarità delle azioni, con conseguenze negative anche in termini di trasferibilità delle azioni e di liquidità del mercato finanziario. Inoltre, dal punto di vista dei costi di esecuzione (*collecting costs*), si può facilmente immaginare che i costi di recupero dei crediti vantati dai

favorisce non solo l'accumulo di capitali nell'impresa, ma anche la possibilità che quest'ultima assuma un rischio d'impresa ben al di sopra delle sue concrete e contingenti possibilità finanziarie.²⁰⁶

In terzo luogo, nelle grandi società a capitale diffuso, il principio della responsabilità limitata permette l'accentramento della direzione dell'impresa nelle mani degli amministratori e dei dirigenti. Al contrario, un regime di responsabilità illimitata degli azionisti, infatti, inducendo questi ultimi a ingerirsi nella direzione dell'impresa, porterebbe al caos e impedirebbe l'assunzione delle decisioni più importanti. Non si tratta del risultato di una considerazione meramente opportunistica: di per sé, i piccoli investitori non mostrano alcun interesse a esercitare un controllo costante sulle strategie dell'impresa, almeno finché queste non influiscono sulla redditività dell'investimento,²⁰⁷ sicché appare giustificato escluderli dalla gestione diretta dell'impresa e premiarli, pertanto, col beneficio della responsabilità limitata.

In aggiunta, la responsabilità limitata rappresenta la garanzia prima della liquidità del mercato azionario. Difatti, è proprio grazie ad essa che il prezzo delle azioni viene a dipendere dall'effettivo valore della società e non dalla salute finanziaria degli azionisti. In questo modo, le azioni possono circolare indipendentemente dalla solvibilità di chi le possiede.²⁰⁸ In effetti,

creditori sociali nei confronti degli azionisti crescano in maniera proporzionale rispetto al numero degli azionisti, fino a raggiungere livelli impensabili per le società a capitale diffuso. Su tali questioni v. per tutti AA.VV., *The Anatomy of Corporate Law*, cit., p. 9.

²⁰⁶ Si tratta, rispettivamente, del *capital raising device* e del *risk-taking device*. Peraltro, «[l]imited liability thus generates negative externalities by creating incentives for shareholders to cause the company to invest in higher risk projects than would the firm's creditors» (S.M. BAINBRIDGE, *Corporation Law and Economics*, New York, 2002, p. 134).

²⁰⁷ In un siffatto regime, infatti, gli azionisti sarebbero indotti a ingerirsi nella gestione dell'impresa, onde non incorrere nella responsabilità illimitata per le condotte della società. Su questo punto v. ancora S.M. BAINBRIDGE, *Corporation Law and Economics*, cit., p. 135, il quale giustamente evidenzia che «[b]ecause monitoring efforts are hardly free, but typical shareholders are engaged in a full time job unrelated to their investments, they are not going to put in the time and efforts required to engage in activity monitoring. Under conditions of limited liability and diversification, shareholder passivity is possible because the shareholders stand to lose only a small portion of their individual wealth in the event one of their portfolio firm goes bankrupt».

²⁰⁸ Sul legame tra responsabilità limitata e trasferibilità delle azioni v. W.J. CARNEY, *Limited Liability*, in B. BOUCKAERT, G. DE GEEST (eds.), *Encyclopedia of Law and Economics: The Regulation of Contracts*, Northampton (Mass.), 2000, vol. III, p. 659 ss., p. 671; P. HALPERN, M. TREBILCOCK, S. TURNBULL, *An Economic Analysis*, cit., p. 126 ss.; F. EASTERBROOK, D. FISCHER, *Limited Liability and the Corporation*, in *52 Univ. Chicago Law Rev.*, 1985, p. 89 ss., p. 92, 95 s. La dottrina statunitense parla, a questo proposito, secondo la felice formula di Berle e Means, di «separazione tra proprietà e controllo» per evidenziare che il mancato interesse degli azionisti per la

l'applicazione di un regime di responsabilità illimitata in capo ai soci renderebbe questi ultimi responsabili per atti che, di fatto, sono stati realizzati al di fuori del loro potere diretto di controllo.²⁰⁹

La responsabilità limitata riveste altresì un ruolo fondamentale nella distribuzione del rischio all'interno dell'impresa. L'incorporazione di nuove linee di affari o di *ventures* in società sussidiarie consente a queste ultime di ottenere credito senza che venga in rilievo la solvibilità degli azionisti.²¹⁰ Questa considerazione è estremamente importante con riguardo ai gruppi di società: attraverso lo schermo della limitazione di responsabilità, la società capogruppo può incorporare un'attività particolarmente rischiosa in una società sussidiaria, la quale se ne accollerà completamente le conseguenze in termini di responsabilità.²¹¹

gestione della società coincide con l'assenza di potere in capo agli stessi e, dunque, giustamente rispecchierebbe la conseguente assenza di responsabilità. Come spiega S.G. MARKS, *The Separation of Ownership and Control*, in B. BOUCKAERT, G. DE GEEST (eds.), *Encyclopedia of Law and Economics*, cit., p. 692 ss., p. 692, «[t]he separation of ownership and control refers to the phenomenon associated with publicly held business corporations in which the shareholders [...] possess little or no direct control over management decisions». L'opera fondamentale in materia è A.A. BERLE, G.C. MEANS, *The Modern Corporation and Private Property*, New York, 1932 (trad. it. *Società per azioni e proprietà privata*, Torino, 1966). Per un'interessante esposizione in merito ad alcune questioni politiche relative al concetto di separazione tra proprietà e controllo v. M.J. ROE, *Political Preconditions to Separating Ownership from Corporate Control*, in 53 *Stanford Law Rev.*, 2000, p. 539 ss. Per una descrizione generale del fenomeno v. G.P. STAPLEDON, *The Structure of Share Ownership and Control: The Potential for Institutional Investor Activism*, in 18 *Univ. New South Wales Law Journ.*, 1995, p. 250 ss.; H.L. TOSI, L. GOMEZ-MEJIA, D.L. MOODY, *The Separation of Ownership and Control: Increasing the Responsiveness of Boards of Directors to Shareholders' Interests*, in 4 *Univ. Florida Journ. of Law & Public Policy*, 1991, p. 39 ss.; J.C. COFFEE, *Shareholders Versus Managers: The Strain in the Corporate Web*, in 85 *Michigan Law Rev.*, 1986, p. 1 ss.; B. HINDLEY, *Separation of Ownership and Control in the Modern Corporation*, in 13 *Journ. Law Econ.*, 1970, p. 185 ss.

²⁰⁹ Così J.E. ANTUNES, *Liability of Corporate Groups*, cit., p. 125 s.; specialmente G. FERRI, *Potere e responsabilità nell'evoluzione della società per azioni*, in *Riv. soc.*, 1956, p. 22 ss., p. 36; D. CHRISTENSEN, *Concept of Limited Liability in U.S. Business Entities*, in 17 *Int'l Business Law Rev.*, 1989, p. 444 ss., p. 445.

²¹⁰ In tal senso AA.VV., *The Anatomy of Corporate Law*, ult. loc. cit.; cenni in H. HANSMANN, R. KRAAKMAN, *The Essential Role of Organizational Law*, in 110 *Yale Law Journ.*, 2000/2001, p. 387 ss., p. 404 (trad. it. *Il ruolo essenziale dell'organizational law*, in *Riv. soc.*, 2001, p. 21 ss.); K. ARROW, *Essays in the Theory of Risk-Bearing*, Amsterdam/New York, 1974, p. 139 s.; sul concetto di responsabilità limitata come metodo di aumento del rischio v. H.G. MANNE, *Our Two Corporation Systems*, ult. loc. cit.; A. PRICE, *Tort Creditor Superpriority and Other Proposed Solutions to Corporate Limited Liability and the Problem of Externalities*, in 2 *George Mason Law Rev.*, 1994-95, p. 439 ss., p. 448.

²¹¹ Come rileva P.I. BLUMBERG, *Limited Liability and Corporate Groups*, cit., p. 575: «[w]hen applied to corporate groups ... limited liability protects not only the ultimate investors from the debts of the enterprise, but also each of the corporations into which the enterprise has been fragmented. Each corporation is protected from liability for obligations of the other fragments of

Insomma, la *corporation* risponde *in proprio* per i *propri* atti; in quanto *limitatamente responsabili*, gli azionisti non possono essere chiamati a rispondere, né in via solidale, né in proprio, dei suddetti atti.²¹² Poiché tale condizione è parte integrante del modello di società di capitali, esso ne rappresenta la regola fondamentale e, in quanto tale, risulta adottato da tutti gli ordinamenti del pianeta che abbiano ammesso l'esistenza delle società di capitali. La responsabilità limitata è dunque, oggi come ieri, il caposaldo indiscusso ed inalterabile del diritto commerciale moderno, «a cornerstone of capitalism».²¹³

11.2. Oltre il principio della responsabilità limitata. – Fin qui, si sono evidenziati gli aspetti positivi del principio della responsabilità limitata. Tuttavia, esso mostra il proprio *dark side* quando si tratta di valutarne la portata con riguardo al settore degli incidenti industriali o, più in generale, all'ambito degli atti illeciti.

In particolare, il principio della responsabilità limitata si oppone a che gli azionisti possano essere chiamati a rispondere nei confronti delle vittime di un illecito commesso dalla società, anche nel caso in cui quest'ultima non sia in grado di far fronte, col proprio patrimonio, alle azioni promosse dalle vittime. Ne deriva che l'incidenza delle regole di responsabilità da illecito resterà limitata alla concreta capacità di internalizzazione costituita dal patrimonio sociale, e non oltre: in breve, resterà esclusa una completa

the enterprise. ... Limited liability now enables a corporate group organized in tiers of companies to insulate each corporate tier of the group, and thus, achieve layers of insulation for the parent corporation from liability for the obligations of its numerous subsidiaries». Nello stesso senso v. le interessanti osservazioni di L. LOPUCKI, *The Death of Liability*, in 106 *Yale Law Journ.*, 1996, p. 1 ss., pp. 20-23; R. WEIGMANN, *La responsabilità limitata delle società di capitali di fronte ai fatti illeciti*, in P. CENDON (a cura di), *Scritti in onore di Rodolfo Sacco. La comparazione giuridica alle soglie del terzo millennio*, Milano, 1994, t. 2, p. 1231 ss., spec. p. 1235. V. infine la monografia di C. AMATUCCI, *Fatto illecito della società e responsabilità proporzionata dei soci*, Milano, 2002.

²¹² Paradigmatica a questo proposito è la Section 6.22(b) del *Model Business Corporation Act* del 1984, ai sensi del quale

«[u]nless otherwise provided in the articles of incorporation, a shareholder of a corporation is not personally liable for the acts or debts of the corporation except that he may become personally liable by reason of his own act or conduct».

Oltre alla previsione della responsabilità limitata in capo ai soci, la norma contiene due ulteriori disposizioni: la prima prevede che i soci possono rispondere dei debiti della società se una clausola apposita è inserita nell'atto di incorporazione; la seconda richiama il principio generale secondo il quale ciascuno risponde delle proprie azioni e omissioni.

²¹³ J.D. COX, T.L. HAZEN, F.H. O'NEAL, *Corporations*, New York, 1997, p. 108.

interiorizzazione dei costi sociali prodotti dalla società attraverso la propria condotta.²¹⁴

Nel caso di incidente industriale occorre considerare che «[c]hanges in technology, knowledge, liability rules, and procedures for mass tort litigation have for the first time raised the prospect of tort claims that exceed the net worth of even very large corporations».²¹⁵ Questa semplice considerazione ha aperto un dibattito negli Stati Uniti, sostenuto da autorevole dottrina, che ha tentato di mettere in crisi il principio della responsabilità limitata nel settore delle *tort claims*.²¹⁶ Si è cioè osservato che alcune delle argomentazioni a fondamento del principio in questione perdono di efficacia se riferite all'ambito delle cause da illecito civile. Anzitutto, si è rilevato che il disinteresse degli investitori per le vicende relative alla società tende a decrescere per tutte le decisioni degli amministratori che influenzino la natura profittevole dell'investimento. Ne deriverebbe che l'apatia dei piccoli azionisti non avrebbe valore assoluto,²¹⁷ ed anzi essa non varrebbe per gli investitori istituzionali, oggi ben presenti nelle assemblee delle grandi società a capitale diffuso.²¹⁸

²¹⁴ La limitazione di responsabilità derivante dallo *status* di azionista è dunque fonte di esternalità: R. POSNER, *Economic Analysis of Law*,⁵ New York, 1997, pp. 431-35; A. PRICE, *Tort Creditor Superpriority*, cit., p. 441 s. Come arguisce correttamente R.M. GREEN, *Shareholders and Stakeholders: Changing Metaphors of Corporate Governance*, in 50 *Washington & Lee Law Rev.*, 1993, p. 1409 ss., p. 1419, «[t]hanks to limited liability, shareholders can fund the activities of large corporations, receive dividends and capital gains on their investments, and yet remain immune to some of the costs of misconduct of their corporate agents».

²¹⁵ H. HANSMANN, R. KRAAKMAN, *Toward Unlimited Liability for Corporate Torts*, in 100 *Yale Law Journ.*, 1991, p. 1879 ss., p. 1880.

²¹⁶ Questa tesi è promossa da H. HANSMANN, R. KRAAKMAN, *Toward Unlimited Liability*, cit., *passim*; dubbi in merito all'applicazione del principio della responsabilità limitata nel caso di *tort claims* erano stati già sollevati da D.W. LEEBRON, *Limited Liability*, cit., *passim* e da P.I. BLUMBERG, *Limited Liability*, cit., p. 622, secondo il quale «limited liability is not essential for the functioning of the economic order».

²¹⁷ Così nel loro lavoro, M.C. JENSEN, W.H. MECKLING, *The Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure*, in 3 *Journ. Fin. Econ.*, 1976, p. 305 ss., p. 308 ss. e 312 ss., hanno osservato che nella c.d. *agency theory* il preponente non può esercitare un controllo sul proprio agente senza subire dei costi; analogamente, l'investitore che conferisce i propri risparmi nel capitale di una società tenderà ad esercitare un controllo sulle operazioni svolte dalla società stessa ogniqualvolta tali costi influiscano sulla profitabilità dell'investimento medesimo.

²¹⁸ Si consideri al riguardo che il contributo dei piccoli investitori è altrettanto essenziale per l'accumulo di capitali e la liquidità del sistema finanziario. In questo senso, per esempio, P.I. BLUMBERG, *Limited Liability*, cit., p. 622, il quale propone di diversificare il regime di responsabilità a seconda che si tratti di investitori istituzionali ovvero di investitori individuali.

Altrettanto autorevole dottrina si è vigorosamente opposta a siffatta prospettiva. Da un lato, si è osservato che la limitazione di responsabilità riduce i costi a carico delle vittime nel recupero del proprio credito, sia dal punto di vista del numero degli azionisti, sia sotto il profilo della loro appartenenza a giurisdizioni diverse.²¹⁹ Dall'altro, si è affermato che un regime di responsabilità illimitata renderebbe il mercato azionario ingestibile, nel senso che, nonostante la prospettiva di impoverimento delle vittime degli illeciti, «[l]imited liability can be justified on grounds that it increases the size of the pie out of which the tort creditors' claims may be satisfied, by encouraging investment in corporations... By encouraging equity investment, the limited liability doctrine thus actually makes it easier for all creditors to be compensated».²²⁰ In sostanza, la maggior parte dei sostenitori della responsabilità limitata fa leva sui benefici apportati alla comunità dal principio in parola, che sarebbero ben superiori alle esternalità negative prodotte dagli incidenti.²²¹ Altri autori, invece, si domandano perché mai altri soggetti (amministratori, creditori, dipendenti) non possano essere chiamati a rispondere dell'illecito al pari degli azionisti.²²² Altri ancora, pur non vedendo alcuna ragione plausibile per la conservazione del principio della responsabilità limitata, non riescono a individuare neppure un motivo per abolirlo.²²³

²¹⁹ V. in proposito D.W. LEEBRON, *Limited Liability, Tort Victims and Creditors*, in 91 *Columbia Law Rev.*, 1991, p. 1565 ss., p. 1612, il quale enfatizza che «[t]he costs of locating, suing, and enforcing what will probably be small judgments against a large number of shareholders would be large compared to the amount of such judgments. The amount collected, unless unlimited liability were extended to the costs of collection, would be substantially diminished». Nello stesso senso J.C. ALEXANDER, *Unlimited Shareholder Liability Through a Procedural Lens*, in 106 *Harvard Law Rev.*, 1992, p. 387 ss., spec. p. 393 ss., la quale focalizza l'attenzione su alcune questioni di diritto costituzionale relative ai criteri di giurisdizione *ad personam* sugli azionisti coinvolti nelle *tort claims*.

²²⁰ S.M. BAINBRIDGE, *Corporation Law and Economics*, cit., p. 142 s., cors. agg.

²²¹ Così per esempio S.M. BAINBRIDGE, *Corporation Law and Economics*, cit., p. 142 ss.; F. EASTERBROOK, D. FISCHER, *Limited Liability*, cit., p. 97 e 104.

²²² V. sul punto G. MITU GULATI, A.W. KLEIN, E.M. ZOLT, *Connected Contracts*, in 47 *UCLA Law Rev.*, 2000, p. 887 ss., p. 930, i quali rilevano che «it is interesting and surprising that no one seems to have considered the possibility of applying the arguments for shareholder personal liability to other participants such as creditors, suppliers, customers, directors, officers and employees». Nello stesso senso W.J. CARNEY, *Limited Liability*, cit., p. 683 s.; J.D. HYNES, *Lender Liability: The Dilemma of the Controlling Creditor*, in 58 *Tennessee Law Rev.*, 1991, p. 635 ss.

²²³ Così R.E. MEINERS, J.S. MOFSKY, R.D. TOLLISON, *Piercing the Veil of Limited Liability*, in 4 *Delaware Journ. Corp. Law*, 1978/79, p. 352 ss., *passim*.

Non è tra gli scopi del presente lavoro offrire una soluzione al dibattito accennato. Piuttosto, il punto che qui interessa evidenziare è il seguente. L'incorporazione di una società è uno strumento per trasferire il rischio di impresa dagli azionisti nel loro complesso alla società quale ente autonomo. In altre parole, «a major option to minimize liability exposure is for firms to segregate risky activities in small corporations».²²⁴ Ciò significa che il rischio di incidente viene sopportato dalla società e non dagli azionisti: nell'ipotesi in cui l'incidente cagioni un numero elevato di vittime, il principio della responsabilità limitata condiziona l'ammontare del risarcimento al patrimonio della società al momento dell'incidente. Da questa considerazione dipende la concreta incidenza delle regole di responsabilità sulla condotta della società, sicché quest'ultima non solo non sarà incentivata ad esercitare le opportune cautele nella gestione delle tecnologie, ma sarà anche incentivata a sostenere il massimo rischio al fine di ottenere, a beneficio degli azionisti, il massimo profitto. In questo scenario, gli azionisti non hanno alcun interesse ad imporre alla società un'attività di controllo delle tecnologie, con ripercussioni negative soprattutto sul livello di precauzione da esercitarsi nel caso di attività pericolose.²²⁵

A questo punto, va rilevato che la responsabilità limitata produce, nel caso di azioni di danno, un vistoso effetto pratico. Si consideri il seguente scenario: la società X, specializzata nello stoccaggio di sostanze chimiche e avente un patrimonio pari a 100, non esegue i controlli previsti dalla legge per il mantenimento dei propri impianti. Un giorno, a causa di una valvola di un impianto non monitorata, una pericolosa sostanza nociva si disperde nell'ambiente. Se il danno è pari a 60, la società pagherà. Ma cosa succederebbe se il danno fosse pari a 300?²²⁶ In quest'ultimo caso, le vittime ridurrebbero drasticamente le proprie richieste, a fronte della prospettiva di

²²⁴ V. su questo punto il lavoro di A.H. RINGLEB, S.N. WIGGINS, *Liability and Large-Scale, Long-Term Hazards*, in 98 *Journ. Pol. Econ.*, 1990, p. 574 ss., i quali focalizzano l'attenzione sul problema dei danni da malattie sul luogo di lavoro.

²²⁵ Chiaramente, «injurers will not take care in the absence of liability»: S. SHAVELL, *Foundations of Economic Analysis of Law*, Cambridge Mass./London, 2004, p. 183; con specifico riguardo al problema del danno cagionato dalla società v. D. ENGLE, *An Approach to Corporate Social Responsibility*, cit., p. 39 s.

²²⁶ Si ricordi l'osservazione di Hansmann e Kraakman, *supra* nota 215, secondo la quale il rischio tecnologico corso dalla società, sulla base delle decisioni di politica aziendale assunte dagli amministratori nel conseguimento del massimo profitto per gli azionisti, può di gran lunga superare le capacità patrimoniali e finanziarie della stessa.

un fallimento della debitrice dal quale conseguirebbero ulteriori conseguenze negative, sia per i tempi di conclusione della procedura concorsuale, sia per gli importi da distribuirsi a carico dei vari creditori che, in piena uguaglianza, concorreranno con le vittime ad aggredire la massa fallimentare.

L'unica alternativa alla quale le vittime possono fare ricorso è la negoziazione di un risarcimento mediante transazione. Nel corso delle negoziazioni, però, le vittime non potranno pretendere il pieno risarcimento, ma si accontenteranno di una somma minore (70, 80?), che consenta alla società di evitare il fallimento. La concreta somma disponibile varierà in base a diversi fattori, tra i quali il debito complessivamente accumulato dalla società²²⁷ e, come accaduto nel caso dell'incidente di Bhopal, la legge applicabile:²²⁸ in ogni caso, le vittime saranno incentivate ad accontentarsi di un risarcimento palesemente inferiore al *quantum* astrattamente dovuto.

Da tale esempio possono dedursi due osservazioni. *In primis*, la responsabilità limitata è in grado di produrre un significativo decremento del risarcimento atteso dalle vittime (nell'ipotesi, da 300 a 70/80). Secondariamente, la responsabilità limitata stessa rappresenta un disincentivo, per gli azionisti, ad influire sulle decisioni sociali al fine di mantenere un livello di precauzione sufficiente a evitare il verificarsi di incidenti: anche senza la predisposizione di alcuna precauzione, essi non potranno essere ritenuti responsabili. Il modello della moderna società per azioni, insomma, garantisce una condizione di *zero liability* in grado di legittimare la società ad un allargamento del rischio d'impresa potenzialmente indefinito.

11.3. Responsabilità limitata ed imprese multinazionali. – Quello della responsabilità limitata è un principio nato, pensato e applicato

²²⁷ «[T]ort victims suing under a regime of limited liability have a strong incentive to accept a settlement for less than the full value of the firm»: l'osservazione è di H. HANSMANN, R. KRAAKMAN, *Toward Unlimited Liability*, cit., p. 1895, nota 43 e testo corrispondente. La tesi è stata affrontata da diversi autori e si basa sulla considerazione che maggiori sono i debiti gravanti sulla società, maggiore è la sua capacità di imporre alle vittime, durante la fase di negoziazione, una transazione in termini meno onerosi per la società stessa. Sul punto v. l'interessante trattazione di G. CLERICO, *Attività economica e rischio di danno. Come la struttura del capitale e la priorità di rivalsa sul capitale sociale influenzano la precauzione dell'impresa*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2000, p. 71 ss., spec. p. 82 ss.

²²⁸ V. *supra* § 9.2.1.2.

esclusivamente alla società monade. Con riguardo ai gruppi di società, ed in particolare alle imprese multinazionali, esso assume un significato del tutto particolare. In questo ambito, il principio della responsabilità limitata va coordinato con i profili inerenti alla responsabilità da incidente industriale.

Dal punto di vista economico, anzitutto, l'efficienza del sistema viene garantita ove l'ordinamento attribuisca l'onere della responsabilità a carico del soggetto in grado, al minor costo, di eliminare o controllare il rischio connesso all'esercizio dell'impresa: tale è il c.d. *cheapest cost avoider*.²²⁹ Nel gruppo di società, il *cheapest cost avoider* è identificabile con la capogruppo, la quale attraverso la catena del controllo è il soggetto più prossimo alle decisioni dalle quali provengono i rischi e dunque i danni.²³⁰ La conclusione è obbligata: in caso di incidente, la struttura del gruppo di società, accompagnata da regimi di responsabilità che riconoscano alla capogruppo un privilegio di immunità, impedisce l'allocazione efficiente delle risorse globali.

Accanto a questa circostanza negativa, derivante dalla struttura stessa del gruppo, deve riscontrarsene altresì uno positivo, che riguarda in modo più diretto il principio della responsabilità limitata. Quest'ultimo, infatti, consente agli azionisti la libera allocazione del rischio d'impresa in capo alla sussidiaria, senza che venga intaccata, in caso di insuccesso, la base finanziaria della capogruppo.²³¹ Inoltre, grazie al meccanismo della leva azionaria,²³² si assiste ad un'amplificazione del rapporto tra il capitale

²²⁹ V. *supra* § 9.1.

²³⁰ In questo senso V. FRANCESCHELLI, M. LEHMANN, *Superamento della personalità giuridica e società collegate: sviluppi di diritto continentale*, in AA.VV., *Responsabilità limitata e gruppi di società*, Milano, 1987, p. 69 ss., p. 131. Come spiega K. HOFSTETTER, *Multinational Enterprise Parent Liability: Efficient Legal Regimes in a World Market Environment*, in 15 *North Carolina Journ. Int'l Law & Comm. Reg.*, 1990, p. 299 ss., p. 310, «[c]ontrol [...] requires the internalization of risks emanating from the use of control power. Whoever controls a certain chain of events is in the best position to monitor the risks associated with such events with the least expense. Hence, a basic case can be made for [multinational enterprise] parent liability to the extent of the parent's economic control over its host country subsidiary» e (*ivi*, p. 314), con riguardo alle eventuali condotte fraudolente poste in essere dalla capogruppo, «the lower cost avoider of foreseeable risk associated with fraud and opportunism is the fraudulent or opportunistic actor itself. Thus, where a parent company, in order to incorporate its subsidiary, furnished misleading information about the value of the assets paid in kind to the subsidiary, it should bear the risks associated with this fraud».

²³¹ Precisamente C. DEMATTÉ, *La gestione dei gruppi*, cit., p. 1123. Il fenomeno è particolarmente evidente nel caso del *project financing*, ove la costituzione di un'apposita società permette ai finanziatori del progetto di tenersi al riparo dal rischio derivante dallo stesso.

²³² Cfr. *supra* § 3.1.

complessivo a disposizione del gruppo e il capitale di rischio fornito dal soggetto al vertice, il che agisce direttamente sull'allocazione del rischio: il soggetto al vertice della struttura si assume un rischio ben inferiore a quello dato dalla somma del rischio occorso alle singole sussidiarie. La conseguenza più evidente di tale situazione è l'impossibilità, per i creditori, di identificare concretamente la percentuale di rischio occorsa nell'apertura di linee di credito a favore delle sussidiarie,²³³ nonché, per i creditori da illecito civile, l'impossibilità di ottenere un risarcimento adeguato all'entità del danno occorso, soprattutto in caso di incidente di proporzioni catastrofiche.

Tali considerazioni non hanno mancato di generare dubbi in merito alla legittimità del principio della responsabilità limitata in relazione ai gruppi di società.²³⁴ Al riguardo, è stato sottolineato che molte delle giustificazioni teoriche, economiche e giuridiche, poste alla base di una sua applicazione generalizzata del beneficio della responsabilità limitata in capo all'azionista persona fisica diminuiscono grandemente se riferite al socio quale persona giuridica. Si è perciò fatto riferimento al carattere trascurabile dei costi di recupero e di monitoraggio a carico dei creditori, alla disgregazione del paradigma della separazione tra proprietà e controllo in virtù dell'eterodirezione esercitata dalla controllante,²³⁵ ovvero, ancora, all'apatia degli investitori, che nel rapporto tra la sussidiaria e la capogruppo si estinguerebbe in conseguenza dell'interesse immediato della

²³³ V. ancora C. DEMATTÉ, *Modelli di crescita*, cit., p. 9 s., il quale parte dalla considerazione che l'imprenditore di controllo può, di fatto, disporre di risorse decisamente superiori rispetto a quelle conferite nell'impresa. Il che genera «una specie di miopia che lascia intravedere i grandi guadagni ottenibili nel caso di esiti positivi dell'attività, ma sfuma i rischi con l'effetto di stimolare comportamenti d'azzardo. [...] Le banche, in particolare, si trovano di fronte ad esposizioni multiple di cui faticano a percepire il rischio, che non è solo la somma dei singoli rischi, ma la risultante di un effetto moltiplicativo. A maggior ragione faticano a comprendere la struttura del problema altri operatori che possono maturare titoli di credito, come i fornitori. La difficoltà a percepire il rischio può indurre banche e altri creditori in valutazioni errate, con l'effetto di concorrere ad una cattiva allocazione del capitale e con l'effetto aggiuntivo di vedere aumentata l'instabilità del sistema economico». Similmente, con riguardo ai gruppi finanziari, v. A. PROTO, *I conglomerati finanziari*, Torino, 2002, p. 67.

²³⁴ Cfr. P.I. BLUMBERG, *Limited Liability*, cit., p. 624: «it should be immediately apparent that many of the presumed theoretical advantages of limited liability simply become irrelevant in the case of corporate groups».

²³⁵ Così G. ROSSI, *Il fenomeno dei gruppi*, cit., p. 21.

capogruppo ad internalizzare i costi di monitoraggio della gestione del patrimonio sociale.²³⁶

Tuttavia, nonostante le perplessità ora esposte, la responsabilità limitata rappresenta ancora oggi la regola: neppure nei gruppi di società, pertanto, la capogruppo può essere ritenuta responsabile per le condotte delle sussidiarie. Nell'ambito delle imprese multinazionali, all'applicazione del suddetto principio corrisponde, dunque, la sottrazione della capogruppo da ogni responsabilità per le condotte della sussidiaria estera. Ogni tentativo opposto deve essere considerato una pura eccezione.²³⁷

11.4. La dottrina del piercing the corporate veil ed i suoi riflessi internazionalistici. – Per indicare le ipotesi di eccezione, al ricorrere delle quali il giudice può, per iniziativa propria o della legge, ignorare il principio della responsabilità limitata ed estendere all'azionista la garanzia patrimoniale relativa ai crediti derivanti dagli incidenti cagionati dalla società, si usa l'espressione «piercing the corporate veil».²³⁸ Ove le vittime di

²³⁶ Sul punto v. ancora P.I. BLUMBERG, *Limited Liability*, ult. loc. cit.

²³⁷ Per un'interessante menzione del rapporto tra la *regola* della protezione della responsabilità limitata dell'azionista, e l'*eccezione*, data dal superamento di tale responsabilità (e fatto salvo quanto si rileverà nel prosieguo del testo) può citarsi la sentenza, resa dalla Corte distrettuale del Wisconsin il 28 dicembre 1905 nella causa *U.S. v. Milwaukee Refrigerator Transit Co. et al.*, 142 F. 247, 255:

«[i]f any general rule can be laid down, in the present state of authority, it is that a corporation will be looked upon as a legal entity as a general rule, and until sufficient reason to the contrary appears; but, when the notion of legal entity is used to defeat public convenience, justify wrong, protect fraud, or defend crime, the law will regard the corporation as an association of persons. This much may be expressed without approving the theory that the legal entity is a fiction, or a mere mental creation; or that the idea of invisibility or intangibility is a sophism. A corporation, as expressive of legal rights and powers, is no more fictitious or intangible than a man's right to his own home or his own liberty».

Analogamente R.W. HAMILTON, *The Law of Corporations*, St. Paul (Minn.), 2000, p. 134, secondo il quale «it should be added that this is the exceptional case, that in most cases courts respect the separate existence of corporations cespite arguments that they should not do so. The corporate fiction is a basic assumption that underlies commercial transactions and there must be compelling reasons for a court to ignore that assumption».

²³⁸ Sul principio del *piercing the corporate veil* esiste una dottrina sovrabbondante. L'espressione è di per sé equivoca: non è infatti il velo societario ad essere *pierced*, bensì, più semplicemente, si verifica un'abolizione del beneficio della responsabilità limitata e, pertanto, una risurrezione della regola della responsabilità patrimoniale personale ed illimitata in capo all'azionista. A volte i termini *piercing the corporate veil* e *disregarding the corporate fiction* sono usati come sinonimi per indicare un identico fenomeno: cfr. A.P. SERENI, *La società per azioni negli Stati Uniti*, cit., p. 29.

Sull'argomento in generale v. la nota *Piercing the Corporate Law Veil: The Alter Ego Doctrine under Federal Common Law*, in 95 *Harvard Law Rev.*, 1981/82, p. 853 ss.; D.L. JACKSON, *Corporations - Piercing the Corporate Veil*, in 23 *Southwestern Law Journ.*, 1969, p. 384 ss.; R.E. MEINERS, J.S.

un incidente industriale realizzato in seno all'attività della società risultino in grado di *pierce the veil* di questa, chiamandone a rispondere gli azionisti, essi riusciranno ad allargare il patrimonio aggredibile e, di conseguenza, ad ottenere un risarcimento più prossimo all'ammontare reale del danno.²³⁹ Da un diverso punto di vista, la prospettiva del superamento dello schermo societario indurrebbe gli azionisti ad interessarsi maggiormente a che la società adotti *standards* di precauzione idonei a scongiurare il verificarsi di incidente. Nei paragrafi che seguono si tenterà di chiarire la portata di questa dottrina, focalizzando l'attenzione sulla prassi internazionale in materia, con particolare riguardo agli episodi già descritti in precedenza.²⁴⁰

11.4.1. Aspetti generali. – Al riguardo, deve rilevarsi anzitutto che le ipotesi concrete di *piercing the corporate veil* sono molteplici.²⁴¹ A questo proposito,

MOFSKY, R.D. TOLLISON, *Piercing the Veil of Limited Liability*, in 4 *Delaware Journ. Corp. Law*, 1978-1979, p. 351 ss.; in favore di un'abrogazione delle ipotesi di svelamento della limitazione di responsabilità v. S.M. BAINBRIDGE, *Abolishing Veil Piercing*, in 26 *Journ. Corp. Law*, 2000/2001, p. 479 ss.; in generale v. D.H. BARBER, *Piercing the Corporate Veil*, in 17 *Willamette Law Rev.*, 1980/81, p. 371 ss.; J.W. CALLISON, *Rationalizing Limited Liability and Veil Piercing*, in 58 *Business Lawyers*, 2002/03, p. 1063 ss.; J.F. DOBBYN, *A Practical Approach to Consistency in Veil-Piercing Cases*, in 19 *Univ. Kansas Law Rev.*, 1970/71, p. 185 ss.; P. FRENCH, *Parent Corporation Liability: An Evaluation of the Corporate Veil Piercing Doctrine and Its Application to the Toxic Tort Arena*, in 5 *Tulane Envtl Law Journ.*, 1991/92, p. 605 ss.; per un'analisi d'insieme delle varie teorie v. F.A. GEVURTZ, *Piercing Piercing: An Attempt to Lift the Veil of Confusion Surrounding the Doctrine of Piercing the Corporate Veil*, in 76 *Oregon Law Rev.*, 1997, p. 853 ss.; A.G. GIMBEL, *Corporations: Piercing the Corporate Veil*, in 4 *Univ. Florida Law Rev.*, 1951, p. 352 ss.; con riguardo alle *tort claims* in particolare v. P.W. HOOVER, *Corporations - Piercing the Corporate Veil in Tort*, in 22 *Arkansas Law Rev.*, 1968-1969, p. 531 ss.; R.S. KOHN, *Alternative Methods of Piercing the Corporate Veil in Contract and Tort Cases*, in 48 *Boston Univ. Law Rev.*, 1968, p. 123 ss.; E.A. NOONAN, *To Pierce Or Not to Pierce. When Is the Question. Developing a Federal Rule of Decision for Piercing the Corporate Veil under CERCLA*, in 68 *Wash. Univ. Law Quart.*, 1990, p. 733 ss.

²³⁹ Per questa prospettiva, nel settore degli incidenti industriali transnazionali v. T. SCOVAZZI, *Gli incidenti industriali*, cit., p. 840.

²⁴⁰ Il riferimento va agli incidenti elencati *supra* § 9.2.

²⁴¹ Una complessiva analisi dei casi di *piercing the corporate veil* sottoposti alle corti degli Stati Uniti si trova nel celebre lavoro di R.B. THOMPSON, *Piercing the Corporate Veil: An Empirical Study*, in 76 *Cornell Law Rev.*, 1990/1991, p. 1036 ss., spec. p. 1038 ss. Nel citato articolo, l'Autore svolge un'indagine empirica con riguardo alle ipotesi nelle quali le corti hanno applicato la dottrina in parola e rileva, anzitutto, che «[p]iercing of the corporate veil is limited to close corporations and corporate groups (parent/subsidiary or sibling corporations) [and] in the entire data set, piercing did not occur in a publicly held corporation» (ivi, p. 1047). Ciò sembra confermare l'impossibilità di svelare la personalità giuridica della società ogni volta in cui l'azionariato risulti diluito in un gran numero di piccoli investitori: ne deriva che «the likelihood of piercing increases as the number of shareholders decreases» (ivi, p. 1038; per i dati precisi v. p. 1054 ss.). Analogamente v. J.H. MATHESON, R.B. EBY, *The Doctrine of Piercing the Veil in an Era of Multiple Limited Liability Entities: An Opportunity to Codify the Test For Waiving Owners' Limited-Liability Protection*, in 75 *Washington Law Rev.*, 2000, p. 147 ss., p. 173 ss., anche in nota.

però, va subito precisato che esulano dalla presente analisi tutte le fattispecie nelle quali l'azionista è ritenuto responsabile non in conseguenza di una condotta posta in essere dalla società, bensì *per una condotta propria*.²⁴² Dimostrare che l'azionista è responsabile per atto proprio, magari in solido con la società, può comunque aiutare le vittime ad estendere la garanzia patrimoniale a favore delle vittime e rappresenta un modo per aggirare l'ostacolo della prova della sussistenza dei requisiti per l'applicazione della dottrina del *piercing the veil*, quali la frode o la malafede, che l'ordinamento competente eventualmente richieda. Nello scenario transnazionale, può inoltre accadere che il giudice chiamato a svelare la personalità della sussidiaria non abbia tuttavia giurisdizione nei confronti della società partecipante: in tal caso, dimostrare che l'evento generatore dell'incidente si è prodotto nel territorio del foro grazie ad una condotta della partecipante stessa potrebbe rappresentare una giustificazione per attirare la medesima nella giurisdizione in parola in base al criterio del *locus commissi delicti*.²⁴³ Nella prassi, i due profili tendono a sovrapporsi, sicché per ragioni di economia processuale è molto probabile che gli attori prospettino in giudizio

²⁴² Nella dottrina del *piercing the corporate veil*, infatti, «liability is sought to be imposed on shareholders because of their ownership interest in the corporation and not because of their own conduct or conduct of their agent» (R.W. HAMILTON, *The Law of Corporations*, cit., p. 136). L'art. 6.22 del *Model Business Corporation Act*, cit. *supra* nota 212, prevede al riguardo che l'azionista, altrimenti protetto dal privilegio della responsabilità limitata, «may become personally liable by reason of his own acts or conduct».

²⁴³ V. al riguardo S.C. MCCAFFREY, *Expediting the Provision of Compensation*, cit., p. 209, secondo il quale «attempts to reach the exporter from the place of the accident are certain to be resisted vigorously [and] the resulting litigation is likely to consume considerable time and money». Per un accenno al problema v. T. SCOVAZZI, *Gli incidenti*, ult. loc. cit. Nell'ordinamento statunitense, per esempio, l'incorporazione di una società sussidiaria in un determinato Stato, da parte di una società incorporata in uno Stato diverso, non è elemento sufficiente per assoggettare la partecipante alla giurisdizione dello Stato d'incorporazione della partecipata. Nella sentenza relativa alla causa *Cannon Mfg. Co. v. Cudaby Packing Co.*, 267 U.S. 333 (1925), la Corte Suprema degli Stati Uniti ha infatti chiarito che la detenzione di partecipazioni in società straniere non costituisce «doing business» nel territorio dello Stato della sussidiaria, sicché non è adempiuto il criterio minimo per aversi *in personam jurisdiction* sulla partecipante. Gli *statutes* dei singoli Stati dell'Unione, per converso, contengono previsioni in materia che consentono di stabilire la giurisdizione del foro su un soggetto straniero anche qualora l'illecito sia stato da questi commesso senza entrare fisicamente nel territorio del foro. Sul punto v. D.I. REITH, *Jurisdiction over Parent Corporations*, in 51 *California Law Rev.*, 1963, p. 574 ss., p. 578; L. BRILMAYER, K. PAISLEY, *Personal Jurisdiction and Substantive Legal Relations: Corporations, Conspiracies, and Agency*, in 74 *California Law Rev.*, 1986, p. 1 ss., p. 14 s.; C.I. WELLBORN, *Corporations in New York: When Is Mere Ownership Enough to Establish Jurisdiction over the Parent?*, in 22 *Buffalo Law Rev.*, 1972/1973, p. 681 ss. Si consideri che sia in Europa che negli Stati Uniti, la partecipante può sempre essere citata in giudizio nello Stato della sede, salvo nel secondo caso una pronuncia di *dismiss* in virtù della dottrina del *forum non conveniens* (v. *supra* § 9.2.2).

sia il contributo autonomo della società partecipante nell'incidente, sia la necessità di sollevare il velo della sussidiaria per esigenze di garanzia.²⁴⁴

Tuttavia, ove non sia possibile dimostrare la realizzazione di una condotta propria della partecipante rispetto all'incidente occorso – come potrebbe benissimo verificarsi ove tale condotta non vi sia mai stata – le vittime dovranno tentare semplicemente di *piercing the veil* della sussidiaria. In questo senso, quello del velo delle imprese multinazionali rappresenta, accanto ai profili sostanziali di cui si darà conto nel prosieguo, anche un problema di giurisdizione competente.²⁴⁵

²⁴⁴ Così è avvenuto, ad esempio, nella vicenda giudiziaria seguita all'incidente di Bhopal (per una visione d'insieme v. *supra* § 9.2.2). In particolare, dal complesso degli atti giudiziari e dai resoconti relativi al disastro (District Court of New York, *Union of India's Complaint*, 8 aprile 1985, parr. 10-14, 16, in U. Baxi, T. Paul, *Mass Disaster*, cit., pp. 1-10, spec. 3 ss.) si può rilevare con estrema chiarezza che alla capogruppo UCC veniva addebitato, da parte del Governo indiano, un comportamento proprio, attivo od omissivo, fonte di una responsabilità diretta della società americana per l'incidente. Cfr. J. CASSELS, *The Uncertain Promise*, cit., p. 166, 179: «[t]his liability might be founded upon Union Carbide's initial provision of a defective design, its failure to monitor and supervise the operations of the Bhopal plant, its failure to upgrade safety systems, and its failure to insist on the implementation of safety recommendations or to warn of the risk of a 'runaway reaction'». Quando, nel 1980, la costruzione dell'impianto fu terminata, una squadra di ingegneri e tecnici di UCC sovrintesero al rodaggio dell'impianto; nei primi anni di produzione, l'impianto fu diretto da personale inviato da UCC. Inoltre, nei quattro anni di funzionamento (cioè fino al disastro del 1984) si erano verificati due gravi incidenti, che avrebbero dovuto attirare l'attenzione dei soggetti deputati al controllo dell'impianto. Analogamente, all'esito della vicenda della *Amoco Cadiz* (v. *supra* nota 32), la Corte federale dell'Illinois ha considerato ATC, AIOC e Standard Oil responsabili illimitatamente per i danni cagionati dall'incidente. In particolare, sia ATC, sia AIOC sono state chiamate a rispondere di una condotta propria, consistente nel non aver adeguatamente equipaggiato la *Amoco Cadiz* al fine di garantirle un sicuro tragitto in mare. Per quanto riguarda inoltre AIOC, si ricorderà che la società aveva partecipato alla costruzione e al varo della petroliera e sovrintendeva quotidianamente alla manutenzione della stessa. Oltre ad ATC e AIOC, fu condannata al risarcimento anche la capogruppo Standard Oil, che venne ritenuta responsabile dell'incidente sotto diversi profili. Anzitutto, la società aveva dato causa *in modo diretto* all'evento dannoso, essendo coinvolta negli eventi che avevano portato al disastro: per non aver sufficientemente vigilato sull'impianto della *Amoco Cadiz*, essa doveva rispondere in via diretta per una negligenza propria. Standard Oil, infatti, aveva seguito intensamente la costruzione e il varo della nave nel 1976 e aveva assunto importanti decisioni al momento dell'incaglio della stessa sulle coste francesi, approvando il progetto presentatole dagli amministratori di AIOC; al completamento della flotta di petroliere, era stato il dipartimento per gli affari fiscali e legali di Standard Oil a fornire alle sussidiarie le raccomandazioni in merito alla proprietà delle navi; l'intera flotta di Amoco era assicurata presso una sussidiaria interamente partecipata da Standard Oil; i piani di emergenza per le petroliere erano determinati da Standard ed eseguiti da AIOC, mentre ATC ne era completamente esclusa; immediatamente dopo l'incidente, Standard Oil aveva aperto un'inchiesta interna per accertarne le cause. Tutti questi elementi dimostravano che Standard Oil era fortemente coinvolta nella gestione della *Amoco Cadiz* e che, dunque, in virtù di tale controllo, essa doveva rispondere dei danni da questa cagionati. Si tratta, evidentemente, di una responsabilità per condotta propria.

²⁴⁵ V. nel dettaglio *infra* § 11.4.3.

In secondo luogo, dal punto di vista del diritto sostanziale, il problema da affrontare non concerne i creditori c.d. «volontari», il cui diritto di credito deriva da una fonte di natura contrattuale, bensì i creditori «involontari», cioè coloro che risultano danneggiati in conseguenza di un illecito civile. La differenza non è di poca importanza, ove si consideri che i creditori volontari sono in grado di determinare il rischio di *default* da allocare nella fase di negoziazione con la società e possono, quindi, tutelarsi attraverso le garanzie loro concesse dall'ordinamento;²⁴⁶ per contro, le vittime di un illecito non hanno la percezione del rischio finché l'incidente non si verifica, ovvero, se l'hanno in un momento precedente, non possono opporvisi imponendo alla società di allocarlo altrove o di internalizzarlo.²⁴⁷ Questo problema, che ha natura sostanziale, concerne le regole di responsabilità: come indurre la società ad internalizzare il rischio di incidente? E ancora, come indurre la società madre a tenere in debita considerazione, nella fase di *decision-making* concernente la sussidiaria, il rischio di incidente gravante sulla comunità locale?

Prima di affrontare direttamente tali questioni, è opportuno effettuare un'osservazione di carattere preliminare. A prescindere dall'effetto incentivante contenuto nelle regole di responsabilità in materia di illecito, è chiaro che a venire in rilievo, quale condizione essenziale per lo svelamento della personalità della sussidiaria, è l'insufficienza del patrimonio di quest'ultima a fronteggiare le richieste dei creditori da *tort*.²⁴⁸ Il momento nel quale questa valutazione deve essere effettuata è, naturalmente, quello dell'incidente, mentre è del tutto inutile riferirsi all'iniziale capitalizzazione della società, che può rivelarsi irrilevante al fine di determinare le concrete capacità di garanzia del patrimonio sociale. Infatti, è sulla base di

²⁴⁶ Pertanto, se la società è priva di beni o ha un patrimonio sociale inadeguato a rispettare gli impegni assunti con i creditori, questi ultimi si assumeranno il rischio dell'insolvenza della controparte, salva la negoziazione di garanzie da parte di terzi. Nella tradizionale analisi economica del diritto contrattuale, in entrambi i casi di presenza o meno di una garanzia da parte dei terzi, le parti si saranno determinate per una precisa allocazione del rischio, rispetto alla quale il giudice non potrà intervenire. *Ergo*, nessun *piercing the corporate veil*. Così R.W. HAMILTON, *The Law of Corporations*, cit., p. 138.

²⁴⁷ Insomma, «[c]ontract creditors [...] are compensated *ex ante* for the increased risk of default *ex post*. Tort creditors, by contrast, are not compensated except to the extent that the prices of the firms' product adjust»: così F.H. EASTERBROOK, D.R. FISCHER, *The Economic Structure of Corporate Law*, cit., p. 58.

²⁴⁸ Si veda l'esempio formulato *supra* nel testo corrispondente alla nota 226.

quest'ultimo – e non della prima – che si determina la possibilità della società di fare fronte alle conseguenze di un incidente industriale.

In altri termini, l'applicazione della dottrina del *piercing the veil* nell'ambito degli incidenti industriali presupporrebbe in capo alla società un obbligo di provvedere al mantenimento di un adeguato livello di salute finanziaria, onde coprire il rischio dell'incidente. La violazione di tale obbligo, a sua volta, comporterebbe la decadenza degli azionisti dal beneficio della responsabilità limitata e consentirebbe alle vittime di portare le proprie azioni di risarcimento direttamente nei confronti di questi. Si tratta del problema, ben conosciuto dalla giurisprudenza statunitense, della *corporate undercapitalization*.²⁴⁹ Tuttavia, poiché per legge la società non ha l'obbligo di mantenere un patrimonio adeguato a fronteggiare tutte le potenziali azioni di illecito a questa dirette, la questione si riduce ad un problema di rischio industriale.²⁵⁰ Rischio nel quale, s'intende, deve essere

²⁴⁹ Come ha osservato H. BALLANTINE, *Ballantine On Corporations*, Chicago, 1946, p. 302 s.,

«[t]he attempt to do corporate business without providing any sufficient basis of financial responsibility to creditors is an abuse of the separate entity and will be ineffectual to exempt the shareholders from corporate debts. It is coming to be recognized as the policy of the law that shareholders should in good faith put at the risk of the business unincumbered capital reasonably adequate for its prospective liabilities, If the capital is illusory or trifling compared with the business to be done and the risks of loss, this is a ground for denying the separate entity privilege».

Cfr. R.E. DYE, *Inadequate Capitalization As A Basis For Shareholder Liability: The California Approach And A Recommendation*, in 45 *South California Law Rev.*, 1972, p. 823 ss., p. 836; G.B. PORTALE, *Capitale sociale e società per azioni sottocapitalizzata*, in *Riv. soc.*, 1991, p. 3 ss., p. 83 ss., che riconduce la responsabilità dei soci per sottocapitalizzazione manifesta (p. 88) alla responsabilità da illecito. Per un'analisi empirica v. R.B. THOMPSON, *Piercing the Corporate Veil*, cit., p. 1065 ss., il quale rileva – in spregio alle affermazioni della dottrina – come spesso, in presenza di una mera sottocapitalizzazione della società, le corti *non* hanno applicato la dottrina del *piercing the veil*; v. infine K. HOFSTETTER, *Multinational Enterprise Parent Liability*, cit., p. 312 s.

²⁵⁰ La giurisprudenza degli Stati Uniti non ha offerto, sul punto, un orientamento uniforme. Così, nel caso *Minton v. Cavaney*, 56 Cal. 2d 576, 580 (Cal. 1961), la Corte d'Appello della California ha *pierced the veil* della società in conseguenza della sola inadeguata capitalizzazione di quest'ultima. Tuttavia, successivamente la stessa giurisprudenza californiana ha mutato atteggiamento, affermando che tale elemento, da solo, non poteva ritenersi sufficiente per sollevare il velo della società e chiamare in causa l'azionista. V. ad esempio *Harris v. Curtis*, 8 Cal. App. 3d 837 (1971). Nel senso che la sola *undercapitalization* della società non è sufficiente a trasferire il rischio di incidente in capo all'azionista è orientata, da molto tempo, la giurisprudenza dello Stato di New York. Il *leading case* in materia è rappresentato dalla sentenza relativa alla causa *Walkovszky v. Carlton et al.*, 18 N.Y.2d 414 (1966): un pedone, investito da un tassista a New York, aveva citato in giudizio l'unico azionista di dieci società che risultavano proprietarie di vari taxi, tra cui quello guidato dall'autore dell'investimento. L'azionista in questione, il Sig. Carlton, aveva assicurato i singoli veicoli per l'importo di 10.000 dollari, la somma minima imposta dalla legge di New York. La Corte d'Appello dello Stato aveva rilevato che «[i]f it is not fraudulent for the owner-operator of

compresa anche l'eventuale copertura assicurativa assunta dalla società medesima.

Al riguardo, le convenzioni internazionali passate in rassegna nelle pagine precedenti prevedono, molto opportunamente, che il soggetto sul quale viene canalizzato il rischio dell'incidente si doti di una copertura assicurativa. Inoltre, per godere delle limitazioni di responsabilità stabilite dalle convenzioni stesse, il soggetto obbligato deve procedere alla costituzione di un fondo di importo pari al massimale, da mettere a disposizione dei creditori per l'immediato risarcimento del danno. Nei settori indicati, insomma, il diritto internazionale pattizio mira a che il soggetto obbligato mantenga un patrimonio tale da poter garantire, in caso di incidente, il pagamento dei relativi risarcimenti. Ove le somme previste entro i massimali non siano sufficienti, il rischio per la differenza viene trasferito su altri soggetti (solitamente gli Stati contraenti ovvero le stesse imprese interessate) attraverso il meccanismo dei fondi aggiuntivi. Gli importi così garantiti – che si basano su elementi oggettivi, quali per esempio la stazza della nave o il volume delle sostanze nocive prodotte o trasportate – dovrebbero, nello schema convenzionale, risultare sufficienti a tal fine. Qualora non lo fossero, le convenzioni contengono una norma di chiusura: poiché nessuna azione può essere promossa al di fuori di queste, non potrà esservi alcun risarcimento ulteriore da parte dei giudici degli Stati contraenti.²⁵¹

a single cab corporation to take out only the minimum required liability insurance, the enterprise does not become either illicit or fraudulent merely because it consists of many such corporations». Nella sua opinione dissenziente, peraltro, il Giudice Keating cita una decisione della Corte Suprema, *Anderson v. Abbott*, 321 U.S. 349, 362-363 (1944), secondo la quale «[a]n obvious inadequacy of capital, measured by the nature and magnitude of the corporate undertaking, has frequently been an important factor in cases denying stockholders their defense of limited liability [...]. That rule has been invoked even in absence of a legislative policy which undercapitalization would defeat». Nel caso *DeWitt Truck Brokers v. W. Ray Flemming Fruit Co.*, 540 F.2d 681 (4th Cir. 1976), la Corte federale ha affermato che l'elemento della *undercapitalization* dovrebbe essere combinato – ai fini del *veil piercing* – con altri elementi, quali «failure to observe corporate formalities, non-payment of dividends, the insolvency of the debtor corporation at the time, siphoning of funds of the corporation by the dominant stockholder, non-functioning of other officers or directors, absence of corporate records, and the fact that the corporation is merely a facade for the operations of the dominant stockholder or stockholders» (*ivi*, 687), onde poter *piercing the veil* della società convenuta. Cfr. sul punto H. GELB, *Piercing the Corporate Veil - The Undercapitalization Factor*, in 59 *Chicago-Kent Law Rev.*, 1982/1983, p. 1 ss., p. 5 ss.

²⁵¹ Una questione che può sorgere è se le norme che prevedono l'esclusività dell'azione prevista dalle varie convenzioni possano essere superate, per il residuo di risarcimento ancora dovuto una volta aggredito il patrimonio dell'obbligato ed attinto al fondo, mediante un'applicazione della dottrina del *piercing the veil* che chiamasse la controllante a rispondere del predetto importo. Al

Ne deriva che, per i soggetti definiti dalle singole convenzioni, un obbligo di conservare la garanzia patrimoniale per un eventuale risarcimento dei danni da incidente industriale sicuramente esiste e deve essere applicato negli ordinamenti degli Stati contraenti. Tale obbligo riguarda, per l'appunto, il soggetto indicato dalle singole convenzioni e non altri, dal momento che, nella maggior parte dei casi, si tratta di una *true channeling*.²⁵² È pertanto escluso che la capogruppo possa essere chiamata a rispondere dell'incidente per non aver dotato la sussidiaria delle risorse finanziarie idonee a farvi fronte.²⁵³

11.4.2. La prassi internazionale in materia. – Tra i grandi procedimenti in materia di incidenti industriali, che hanno visto un tentativo di applicazione della dottrina del *piercing the veil* alle imprese multinazionali, vanno annoverati i casi del naufragio della *Amoco Cadiz* e del disastro di Bhopal.

Quanto, anzitutto, alla vicenda relativa alla *Amoco Cadiz*, può ricordarsi che il giudice federale ha condannato tutte le società del gruppo Standard Oil al risarcimento del danno sofferto dalle vittime dell'incaglio della

quesito deve darsi una risposta negativa, almeno se si guarda alle disposizioni di origine pattizia. Anzitutto, dato l'ammontare dei fondi, non ci pare che tale caso possa verificarsi facilmente: le vittime dovrebbero infatti essere pienamente soddisfatte grazie alle somme messe a disposizione dai fondi medesimi. Qualora non lo fossero, non è tanto l'esclusività dell'azione a impedire l'esercizio del *piercing the corporate veil*, quanto la canalizzazione del rischio, sicché oltre all'obbligato nessun altro soggetto può essere chiamato, a qualunque titolo, a risarcire il danno occorso in conseguenza dell'incidente. Nessuna responsabilità potrebbe pertanto addebitarsi alla controllante.

²⁵² Cfr. *supra* nota 187.

²⁵³ Al riguardo deve rimarcarsi che le convenzioni internazionali vigenti in materia di incidenti industriali, passate in rassegna nei paragrafi che precedono, non dicono nulla in merito ad una eventuale responsabilità della società controllante per l'incidente commesso dalla controllata nell'ambito dell'attività autonomamente svolta da quest'ultima. Questa soluzione ci pare in linea con lo spirito delle convenzioni stesse, che chiamano gli Stati o gli stessi obbligati – e non altri soggetti! – a colmare l'eventuale residuo di risarcimento attraverso il meccanismo dei fondi precostituiti.

Questa soluzione è in linea altresì con la giurisprudenza statunitense in materia di inquinamento ambientale generato dalla condotta di una sussidiaria. In particolare, nella famosa sentenza *United States v. Bestfoods*, 524 U.S. 51, la Corte Suprema ha chiarito che la controllante può essere ritenuta responsabile per l'inquinamento prodotto dall'attività della sussidiaria in virtù delle disposizioni del *Comprehensive Environmental Response, Compensation and Liability Act (CERCLA)* del 1980 (94 Stat. 2767, codificato in 42 U.S.C. § 9601) soltanto qualora essa stessa sia propriamente qualificabile come *operator* ai sensi della citata normativa. Salvo dunque che si tratti di atti propri o che sia applicabile uno dei criteri tradizionali per *piercing the veil*, la responsabilità della controllante è in via generale da escludersi. Sul caso v. per tutti L. COOK, *The Impact of United States v. Bestfoods on Owner or Operator Liability under CERCLA*, in 59 *Louisiana Law Rev.*, 1998/1999, p. 1003 ss.

petroliera.²⁵⁴ Nell'affermare la responsabilità della capogruppo Standard Oil, il giudice ha fatto riferimento al concetto di «multinational enterprise liability»,²⁵⁵ chiarendo che

«[a]s an integrated multinational corporation which is engaged through a system of subsidiaries in the exploration, production, refining, transportation and sale of petroleum products throughout the world, Standard is responsible for the tortious acts of its wholly owned subsidiaries and instrumentalities AIOC and Transport. Standard exercises such control over its subsidiaries AIOC and Transport, that those entities would be considered to be a mere instrumentalities of Standard».²⁵⁶

È opinione della Corte che Standard Oil e AIOC non possano giovare del principio di separazione delle personalità societarie, in virtù dello stretto *controllo* esercitato dalla prima sulla seconda. Tale controllo si era anzitutto manifestato all'esterno durante la fase di contrattazione per la costruzione della *Amoco Cadiz*, tanto che né Amoco Tankers, la società che formalmente

²⁵⁴ V. *supra* nota 32.

²⁵⁵ Secondo la teoria della *multinational enterprise liability*, tutte le società del gruppo sarebbero chiamate a rispondere delle obbligazioni contratte dalle singole società. Sul piano metodologico, essa si distingue concettualmente dalla questione della responsabilità della società controllante nel senso che in quest'ultima ipotesi soltanto la controllante – e non anche le sussidiarie *in bonis* – sarebbe considerata obbligata ad adempiere alle obbligazioni delle controllate estere. Inoltre, con la dottrina del *piercing the corporate veil* la teoria in parola ha in comune sia il superamento della personalità giuridica delle singole società del gruppo multinazionale, sia la valorizzazione del controllo quale legame di fatto tra le singole società ed ossatura economica dell'impresa.

²⁵⁶ *In Re Oil Spill by the "Amoco Cadiz"*, 1984 U.S. Dist. LEXIS 17480 (April 18, 1984), cit. *supra* nota 32, 136. Uno dei casi nei quali, secondo la prassi giurisprudenziale statunitense, il giudice sarebbe autorizzato a *piercing the veil* della società, corrisponde all'ipotesi in cui quest'ultima si comporti come mera *instrumentality* degli azionisti. Cfr., e *plurimis*, *Wm. Passalacqua Builders, Inc. v. Resnick Developers S., Inc.*, 933 F.2d 131, 138 (2d Cir. 1991), che si riferisce al caso in cui l'azionista «exercised such control that the [corporation] has become a mere instrumentality of the [owner], which is the real actor». Mentre nel caso citato il dominio dell'azionista di controllo non è stato ritenuto decisivo, dovendosi anche individuare un comportamento fraudolento e lesivo degli interessi dei terzi, nel procedimento *Carte Blanche (Singapore) Pte., Ltd. v. Diners Club International, Inc.*, 2 F.3d 24 (2d Cir. 1993), la presenza del dominio è stata ritenuta sufficiente al fine di *piercing the veil* della società. Il primo orientamento è, tuttavia, dominante, sicché «while complete domination of the corporation is the key to piercing the corporate veil, [...] such domination, standing alone, is not enough; some showing of a wrongful or un just act towards plaintiff is required» (*Morris v. New York State Dep't of Taxation & Fin.*, 603 N.Y.2d 807, 811 (1993)). Con riguardo al criterio della *instrumentality*, la Corte Suprema aveva tempo addietro precisato che si trattava di una «convenient way of designating the application, in particular circumstances, of the broader equitable principle that the doctrine of corporate entity, recognized generally and for most purposes, will not be regarded when so to do would work fraud or injustice»: v. *Taylor v. Standard Gas & Elec. Co.*, 306 U.S. 307, 322 (1939). Conforme anche *Williams v. McAllister Bros.*, 534 F.2d 19 (2d Cir. 1976).

ha stipulato il contratto di costruzione, né Amoco Transport erano state costituite per condurre affari in Liberia, bensì esclusivamente al fine fraudolento di poter opporre il velo societario agli eventuali creditori.²⁵⁷ Gli amministratori di queste società ricevevano inoltre i propri compensi direttamente da AIOC o da Standard Oil e le decisioni assunte dalla prima a sua volta erano assoggettate strettamente alla politica di gruppo stabilita dalla seconda:

«Standard, AIOC, Transport and other Standard subsidiaries were managed by a network of interlocking directors and officers. [...] [K]ey personnel continuously moved among corporate offices in the parent and its subsidiaries.[...] Standard treated its subsidiaries' operations as its own; its officers and directors had little or no perception of separateness with respect to the various Standard companies».²⁵⁸

Ad indebolire la posizione di Standard Oil vi era inoltre un problema di immagine, relativamente alle tragiche conseguenze dell'incidente, che avevano sollevato dure polemiche nell'opinione pubblica.²⁵⁹ Infine, la proposizione, da parte di Standard Oil ed AIOC, di una domanda riconvenzionale congiunta nei confronti di Astilleros Españoles, la costruttrice della *Amoco Cadiz*, dimostrava, secondo la Corte federale, l'intensità dei legami tra le due società anche di fronte ai terzi.²⁶⁰ L'intenso

²⁵⁷ Cfr. la citazione riportata *infra*, alla nota 260.

²⁵⁸ *In Re Amoco Cadiz*, cit. *supra* nota 32, 114 s. Dalle testimonianze escusse dalla Corte, addirittura, emergeva che pochi tra gli amministratori di AIOC ricordavano di aver ricoperto anche la carica di amministratori di Amoco Tankers o di ATC, come invece risultava dai documenti relativi alla società.

²⁵⁹ In questo senso v. P. BLUMBERG, *Increasing Recognition*, cit., p. 333.

²⁶⁰ Secondo il Giudice Posner nella pronuncia del 1983 sull'appello promosso da Astilleros Españoles (*In Re Amoco Cadiz*, cit. *supra*, nota 31, 914),

«[t]he nominal purchaser under the contract was a yet-to-be-formed Liberian corporation, Amoco Tankers Company. It is not one of the cross-claimants; after taking delivery of the ship, it transferred title to another Liberian corporation, Amoco Transport Company. Although Astilleros makes much of Amoco Tankers' place of incorporation, there do not appear to be any real Liberians in the picture – Liberian registry having been obtained no doubt for the none too creditable purpose of avoiding liability, rather than to conduct business in or from Liberia. The real purchaser of the Amoco Cadiz was Standard Oil Company (Indiana), whose headquarters is in Chicago; and while for many purposes the decision to do business through a subsidiary has legal consequences, we do not believe that Standard Oil's decision to create a Liberian subsidiary to hold title to the Amoco Cadiz should affect our interpretation of the Illinois long-arm statute. We doubt that Illinois would want to withdraw the protection of its laws from a major Illinois enterprise merely because the enterprise had created a Liberian shell

legame di controllo, la presenza di mala fede, la confusione tra i dirigenti ed i settori del controllo infragruppo hanno convinto il giudice federale della necessità di *piercing the veil* dell'impresa multinazionale. È stato anche osservato, a questo proposito, che alla luce di tale decisione risulterà più vantaggioso per i gruppi di società trasferire in capo alla sussidiaria proprietaria di navi l'intero controllo (manageriale, fiscale e tecnico) delle navi stesse, onde garantirne l'effettiva autonomia.²⁶¹ Questa prospettiva ci pare conforme non solo alla necessità di una maggiore responsabilizzazione della sussidiaria in termini di internalizzazione del rischio, ma anche alle disposizioni presenti nelle diverse convenzioni internazionali in materia.

Nella vicenda dell'impianto di Bhopal, l'esito è stato esattamente opposto. Anche qui, l'attore aveva prospettato al giudice federale un'applicazione della teoria della *multinational enterprise liability*. In aggiunta agli addebiti derivanti dalla condotta propria di UCC,²⁶² infatti, il Governo indiano faceva valere una *responsabilità indiretta* della stessa *nella sua qualità di azionista di maggioranza* della sussidiaria UCIL: il comportamento all'origine del danno sarebbe da imputarsi alla sussidiaria indiana, ma la responsabilità dovrebbe estendersi alla capogruppo americana per via del legame di controllo esistente tra le due società.

In particolare, per giustificare l'imputabilità del disastro a UCC, l'attore considerò le due società come un unico soggetto dal punto di vista economico, facendo leva sull'unità giuridica dell'impresa multinazionale.²⁶³

in an effort (if that is what it was) to keep some of its assets out of the reach of potential creditors unlikely to be Illinois residents. Moreover, the effort apparently failed; Standard Oil is a defendant in this litigation. If the plaintiffs can pierce Standard Oil's corporate veil to get at it directly, we cannot see why Standard Oil should not be able to pierce its own veil and get at Astilleros».

Sotto quest'ultimo profilo, la controversia assumeva un significato del tutto particolare: non si trattava più, per le vittime di un illecito, di sollevare il velo societario e accertare la responsabilità della controllante per una condotta realizzata dalla controllata, quanto piuttosto, per il gruppo multinazionale medesimo, di giovare degli intensi legami esistenti tra le proprie società, per intraprendere un'azione legale nei confronti di un unico soggetto ed ottenere una sentenza di condanna a beneficio di tutte le società. In senso critico v. M. KIPP, *Piercing the Veil of the Amoco Cadiz Decision: Judge Posner's Jurisdictional Analysis Runs Aground*, in 38 *De Paul Law Rev.*, 1988, p. 703 ss., p. 735 ss.

²⁶¹ Così N.J.J. GASKELL, *The Amoco Cadiz: (II) Limitation*, cit., p. 241 s.

²⁶² V. *supra* nota 244.

²⁶³ *Union of India's Complaint against Union Carbide Corp.*, cit. *supra* nota 244, parr. 20 s., cors. agg.:

Naturalmente, tale tesi è stata vigorosamente contestata dalla difesa di UCC, la quale non ha mancato di far notare l'inesistenza di un concetto legale di *multinational enterprise liability*, ma anche che tra la società americana e la sussidiaria indiana non sussisterebbe alcun effettivo legame di controllo, detenendo la società americana solo una stretta maggioranza azionaria nella sussidiaria; inoltre, UCC ha negato di svolgere una qualsiasi attività in India e di poter di fatto controllare l'impianto di Bhopal.²⁶⁴

La questione – solo accidentalmente esaminata dai giudici americani – è stata affrontata in modo sommario nell'ordinanza della High Court di Madhya Pradesh del 4 aprile 1988. La High Court ha anzitutto esaminato le ipotesi in cui l'ordinamento indiano ammette il superamento della personalità giuridica tra sussidiaria e azionista: si tratta dei casi in cui la legge

«20. Multinational corporations by virtue of their global purpose, structure, organization, technology, finances and resources have it within their power to make decisions and take actions that can result in industrial disasters of catastrophic proportion and magnitude. This is particularly true with respect to those activities of the multinationals which are ultrahazardous or inherently dangerous.

21. Key management personnel of multinationals exercises a closely held power which is neither restricted by national boundaries nor effectively controlled by international law. *The complex corporate structure of the multinationals, with networks of subsidiaries and divisions, makes it exceedingly difficult or even impossible to pinpoint responsibility for a damage caused by the enterprise to discrete corporate units or individuals. In reality, there is but one entity, the monolithic multinational, which is responsible for the design, development and dissemination of information and technology worldwide, acting through a forged network of interlocking systems, financial and other controls.* In this manner, the multinational carries out its global purpose through thousands of daily actions, by a multitude of employees and agents. Persons harmed by the acts of multinational corporation are not in a position to isolate which unit of the enterprise caused the harm, yet it is evident that the multinational enterprise that caused the harm is liable for such harm. *The multinational must necessarily assume this responsibility, for it alone has the resources to discover and guard against hazards and to provide warnings of potential hazards.* This inherent duty of the multinational is the only effective way to promote safety and assure that information is shared with all sectors of its organization and with all the nations in which it operates».

²⁶⁴ *Written Statement by Union Carbide*, Gas Claim no. 1113 of 1986, *Union of India v. Union Carbide Corporation*, 10 dicembre 1986, in N. MENON, *Documents*, cit., pp. 91-150, par. 61 ss.:

«61. [...] there is no concept in law known as “monolithic multinational” and [the defendant] denies any insinuation that it is applicable to the defendant. The defendant alleges that the concept has no legal consequences. [...]

62. [...] Defendant is a New York corporation authorized to do business only in those jurisdictions in which it is qualified to do business by virtue of government permissions. The defendant has not sought, nor has it been given permission, to operate or do business in India nor has it done so. The defendant denies that “it alone” had the means to know and guard against alleged hazards likely to be caused in operation of the Bhopal plant. [...] The defendant denies that “it operates” or operated in India. The defendant denies it operated the Bhopal plant»

espressamente stabilisce la responsabilità dell'azionista ovvero delle ipotesi di frode o condotta illecita ovvero, ancora,

«where associated companies are *inextricably connected as to be in reality part of one concern*. It is neither necessary nor desirable to enumerate the class of cases where lifting the veil is permissible, since, that must necessarily depend on the relevant statutory or other provision, the objects sought to be achieved, the impugned conduct, the involvement of public interest, the effect on parties who may be affected etc.».²⁶⁵

Nel caso di specie, la High Court non ha individuato ostacoli a un'applicazione della dottrina in questione nel caso di responsabilità da illecito civile.²⁶⁶ In particolare, la responsabilità di UCC deriverebbe dal *controllo* esercitato su UCIL attraverso il possesso della quota di maggioranza della società e attuato mediante la nomina esclusiva degli amministratori e del comitato dei direttori della stessa. Inoltre, UCC sarebbe stata in grado di influire sull'efficienza dell'impianto di Bhopal attraverso la cessione a UCIL del *know-how* necessario al funzionamento del medesimo. In base a tali circostanze, la sussidiaria indiana sarebbe stata alle totali dipendenze della capogruppo americana e pertanto la separazione tra le due persone giuridiche si attergerebbe a pura finzione.²⁶⁷

²⁶⁵ Supreme Court of India, *Life Insurance Corporation of India v. Escorts Ltd*, A.I.R. 1986 S.C. 1370, citata da Madhya Pradesh High Court, Jabalpur, *Order on Interim Relief*, 4 aprile 1988, Civil Revision no. 26 of 1988, *Union Carbide Corp. v. Union of India*, in U. BAXI, A. DHANDA, *Valiant Victims*, cit., pp. 338-383, par. 14.02.03 (a p. 378), cors. agg.

²⁶⁶ *Ibidem*, par. 14.02.05, cors. agg.:

«there is no reason why when the corporate veil can be lifted in the cases of tax evasions, enforcement of welfare measures relating to industrial workmen [...] it cannot be lifted *on purely equitable considerations* in a case of tort which has resulted in a mass disaster and in which on the face of it the assets of the alleged subsidiary company are utterly insufficient to meet the just claims of multitude of disaster victims. The concept in question regarding 'lifting the veil' has been an expanding concept and the Court shall fail in its duty if it does not apply the said concept in a case of the nature of the Bhopal suit».

²⁶⁷ *Ibidem*, par. 14.03.02 ss. (cors. agg.):

«it is futile on the part of the defendant UCC to deny that there existed a relationship of subsidiary company and the holding company between the Indian company and itself. As per the very facts pleaded by the defendant [...] it is clear that it held the majority of equity share capital of the Indian company at all material times. [...] Thus, the defendant [...] not only controlled the composition of the Board of Directors of the Indian company, but also had full control over the management of the Indian company. [...]

The defendant was a multinational corporation and it was one of the avowed purposes to manage and run similar industries like its own in other countries of the world, if found necessary, through a chain of subsidiary companies permissible under the existing laws of those

La mancata pronuncia della Corte Suprema indiana in punto di *multinational enterprise liability* costituisce un'occasione perduta.²⁶⁸ Il *favor* dimostrato dalla Corte verso una soluzione transattiva della vicenda, dettata dall'intenzione di offrire un sollievo immediato alle vittime del disastro, ha sostituito qualsiasi volontà di affrontare la questione nel merito. Non ci si può, comunque, illudere che la decisione di *piercing the veil* di UCIL sarebbe stata attuata senza ostacoli interpretativi. Anzi, essa avrebbe richiesto una decisa svolta da parte dei giudici indiani, una spinta innovatrice difficilmente conciliabile – come si è visto – con le concrete esigenze del processo contro la multinazionale Union Carbide.

In verità, la teoria della *multinational enterprise liability* non fa che rivisitare i concetti, costruiti dai tribunali interni, di *enterprise entity* ed *enterprise liability*, che considerano il gruppo di società come un'entità unitaria rappresentata dall'impresa in senso economico, all'interno della quale i rapporti di responsabilità sono condivisi tra le diverse persone giuridiche coinvolte, senza che possano venire in rilievo i principi della personalità giuridica e della limitazione di responsabilità.²⁶⁹ Per quanto estremamente affascinante, la teoria in parola si pone al di fuori della realtà, trascurando la concreta incidenza del principio della responsabilità limitata nella crescita degli investimenti globali.²⁷⁰ Inoltre, considerare il gruppo

countries. The control it exercised over the management of its subsidiaries was full and effective. In fact, from the material on record, *it was abundantly clear that the affairs of the Indian company and those of its holding company i.e. the defendant [Union Carbide Corp.] were so mixed up* (especially in the matter related to the personnel) *that the defendant [...] must be regarded as having full authority to act for the Indian company*. It is apparently that as far as the technical-know-how regarding the establishment and running of the plant at Bhopal was concerned, the Indian company was at the receiving end all the time and was fully dependent on whatever was provided to it by the holding company [...]. The so-called foreign collaboration agreement entered into between the defendant Union Carbide Corp. and the Indian company was of no assistance to the defendant [...] in the said connection. It is apparent that to the extent the fiction of two separate corporate entities was permitted under the law the dealings between them had to be within that fiction».

²⁶⁸ Per qualche cenno v. *Order Giving the Reasons Which Persuaded the Supreme Court to make the Settlement Order of 14-15 February, 1989*, 4 maggio 1989, cit. *supra* nota 57, p. 296.

²⁶⁹ A. BERLE, *The Theory of Enterprise Entity*, in 47 *Columbia Law Rev.*, 1947, p. 343 ss.

²⁷⁰ Per questa critica v. J.L. WESTBROOK, *Theories of Parent Company Liability and the Prospect for an International Settlement*, in 20 *Texas Int'l Law Journ.*, 1985, p. 321 ss., p. 325: «adoption of worldwide financial responsibility would have serious implications for international investment. Both the developed and developing nations routinely permit large corporations to do business through subsidiaries and thus limit their liability, subject to rules which are designed to ensure that at least a reasonable amount of capital is exposed within each debt-incurring, risk-creating activity. [...] For a developing nation to adopt worldwide financial responsibility as a legal concept would

transnazionale di società come un'unica impresa dal punto di vista giuridico implicherebbe, molto spesso, una lesione dei diritti dei creditori delle sussidiarie *in bonis*, i quali si ritroverebbero così a dover concorrere con i creditori delle altre sussidiarie e della capogruppo.²⁷¹ Senza contare, poi, gli effetti che la menzionata teoria è destinata a generare in termini di aumento dei costi per i creditori, dovuti alla necessità di monitorare non solo la salute finanziaria della capogruppo, ma anche l'eventuale esposizione delle altre sussidiarie (estere). Infine, non può trascurarsi che tutte le questioni sinora illustrate debbono essere proiettate in uno scenario transnazionale, ove le aspettative dei singoli soggetti coinvolti devono fare i conti con le differenze legislative esistenti tra gli ordinamenti nei quali l'impresa multinazionale svolge la propria attività.

Merita di essere altresì segnalato che, nella giurisprudenza interna, la costruzione di una *enterprise liability* è il prodotto di una precisa fattispecie di *piercing the veil*, la cui applicazione ricorre quando la capogruppo ha posto in essere condotte «fraudolente» o «opportunistiche», in sostanza «abusando» dello schermo giuridico della sussidiaria. Tra queste condotte, come enucleate dalla giurisprudenza interna, possono menzionarsi la confusione di patrimoni, la completa subordinazione della sussidiaria alla *domination* della capogruppo, l'inosservanza delle regole formali relative alla fase di *decision-making* della sussidiaria, accompagnate costantemente dalla presenza di *fraud, illegality or unfairness*. L'importanza dell'elemento fraudolento o ingiusto nel legame tra l'azionista di controllo e la società può giustificarsi, sotto il profilo economico, dall'esigenza di correggere le distorsioni prodotte dal principio della responsabilità limitata, nel senso di ricondurle, attraverso la dottrina del *piercing the veil*, all'autore stesso della condotta fraudolenta quale *cheapest cost avoider* degli eventuali danni prodotti dalla società ai terzi.²⁷²

be to provide a powerful incentive for investment to be directed to other countries. For developing nations collectively to do so would be to make them collectively less attractive to industries considerint relocation of plants prom the developed to the developing world».

²⁷¹ Così J.D. COX, T.L. HAZEN, F.H. O'NEAL, *Corporations*, New York, 1997, p. 119, in nota.

²⁷² Così, ancora, K. HOFSTETTER, *Multinational Enterprise Parent Liability*, cit., p. 314 s. Con riguardo a quest'ultimo punto, va precisato che il richiamo alle deficienze formali o all'abuso della personalità, così come al possesso del *know how* in capo alla controllante ha senso, in termini di analisi economica del diritto, come espressione dell'esigenza di garantire, a carico del *cheapest cost avoider*, l'internalizzazione delle conseguenze del comportamento lesivo posto in essere dalla sussidiaria nei confronti dei terzi. Comportamento che si concretizza non tanto (o non solo) nella

11.4.3. Problemi di diritto internazionale privato. – Come si accennava in precedenza, la dottrina del *piercing the corporate veil* solleva una serie di questioni di diritto internazionale privato. Al riguardo, deve anzitutto chiarirsi che, poiché la dottrina in parola attiene al rapporto tra la società ed i suoi azionisti, essa dovrebbe essere inquadrata nella già menzionata *internal affairs doctrine*,²⁷³ con la conseguenza che la relativa regolamentazione dovrebbe essere reperita nell'ordinamento di incorporazione della società.²⁷⁴ La legge applicabile al *piercing the corporate veil* dovrebbe pertanto essere quella dello Stato di costituzione della società.

Questo principio sembra avere portata universale. Difatti, risulta riconosciuto pressoché ovunque, anche dal diritto internazionale in materia, che la sussidiaria è soggetta alla legge dell'ordinamento di incorporazione, cioè alla legge dello Stato ospite.²⁷⁵ Ne deriva, per effetto della *internal affairs doctrine*, che le regole di responsabilità applicabili sono quelle dell'ordinamento di questo Stato. Pertanto, la *lex incorporationis* è destinata a regolare le fattispecie di responsabilità dei soci anche ove lo statuto personale di questi ultimi sia riconducibile ad una legge diversa, come avviene nel caso di azionista straniero.

Così, sulla scorta delle considerazioni che precedono, la giurisprudenza e la dottrina statunitensi hanno stabilito che, in via generale, i soci possono essere chiamati a rispondere delle obbligazioni sociali esclusivamente in virtù della *lex incorporationis*. Sono tuttavia fatti salvi i rapporti della società con i terzi – rispetto ai quali una deroga ai principi generali in materia di legge

realizzazione di una condotta positiva, ma in una posizione di controllo che la partecipante ricopre proprio in quanto soggetto in grado, al minor costo, di monitorare il grado di precauzione assunto dalla sussidiaria.

²⁷³ V. *supra* § 5.2.

²⁷⁴ In questo senso R.W. HAMILTON, *The Law of Corporations*, cit., p. 153, che rileva come «the law of the state of incorporation should apply to the piercing issue under the generally accepted rule of “internal affairs” of corporations are to be governed by the law of the state of incorporation. The scope of shareholder liability for corporate obligations plausibly seems to involve “internal affairs”».

²⁷⁵ Come si ricorderà, sin dai primi anni di emersione del fenomeno delle imprese multinazionali, gli Stati hanno voluto precisare l'autonomia giuridica della sussidiaria in base alla legge del luogo di costituzione. V. al riguardo le *Guidelines* dell'OCSE, cap. I par. 7, ove si precisa che «[t]he entities of a multinational enterprise located in various countries are subject to the laws applicable in these countries».

applicabile non avrebbe senso – e tutti i casi nei quali la controversia presenti un collegamento più stretto con un diverso ordinamento.²⁷⁶

Da parte sua, la legge italiana aderisce alla *internal affairs doctrine*. L'art. 25 co. 2 della Legge 31 maggio 1995 n. 218 di riforma del diritto internazionale privato, infatti, stabilisce che la *lex incorporationis* è chiamata a regolare in via particolare le ipotesi di responsabilità del socio per le obbligazioni sociali.²⁷⁷ Questa regola non viene scalfita né dallo *status* straniero del socio, sia esso una persona fisica ovvero una persona giuridica, né dalla circostanza che sia eventualmente la legge personale del socio a prevedere la responsabilità dello stesso per le obbligazioni sociali: in entrambi i casi, la legge richiamata dalla citata norma è destinata comunque

²⁷⁶ V. in proposito *Kalb, Voorhis & Co. v. America Fin. Corp.*, 8 F.3d 130, 132 (2d Cir. 1993). Il *Restatement (Second) of Conflict of Laws*, St. Paul (Minn.), 1971, dedica apposite previsioni alla responsabilità dell'azionista per i debiti della società. Una prima di queste, contenuta nel § 307, stabilisce che

«[t]he local law of the state of incorporation will be applied to determine the existence and extent of a shareholder's liability to the corporation for assessments or contributions and to its creditors for corporate debts».

Per contro, la norma contenuta nel § 302 n. 2 statuisce che

«[t]he local law of the state of incorporation will be applied to determine [...] issues [involving the rights and liabilities of a corporation], except in the unusual case where, with respect to the particular issue, some other state has a more significant relationship to the occurrence and the parties, in which event the local law of the other state will be applied».

La prima disposizione si applica per determinare la responsabilità *dell'azionista*; la seconda, invece, riguarda tutte le ipotesi di responsabilità *della società* diverse da quelle indicate nel § 301, che viceversa concerne i rapporti tra la società ed i terzi in generale e per i quali sancisce l'applicazione delle regole di conflitto «applicable to non-corporate parties» (§ 301, cit., i.f.). La *ratio* di tali disposizioni va reperita nella necessità, da un lato, di offrire una regolamentazione unitaria della società e dei suoi rapporti interni, secondo la *internal affairs doctrine* e, dall'altro, di trattare la società, nei suoi rapporti con i terzi, come un soggetto qualunque ed applicare, di conseguenza, le tradizionali regole di conflitto. Il commento al § 302 n. 2, *e*, chiarisce infatti che «[m]atters such as these must be contrasted with the acts dealt with in § 301, which include, for example, the making of contracts, the commission of torts and the transfer of property. There is no reason why corporate acts of the latter sort should not be governed by the local law of different states».

²⁷⁷ Al riguardo, l'art. 25 della Legge 31 maggio 1995 n. 218 di riforma del diritto internazionale privato, stabilisce, al co. 1, che le società «sono disciplinat[e] dalla legge dello Stato nel cui territorio è stato perfezionato il procedimento di costituzione» e che, in particolare, tale legge regola «le modalità di acquisto e di perdita della qualità di associato o socio nonché i diritti e gli obblighi inerenti a tale qualità; [...] la responsabilità per le obbligazioni dell'ente [e] le conseguenze delle violazioni della legge o dell'atto costitutivo» (co. 2, lett. *g, b, i*). Prima dell'introduzione di tale norma, la dottrina era giunta alla medesima conclusione, sulla base della considerazione che la responsabilità dell'azionista, pur nello schema del *piercing the veil*, attiene alla sua qualifica personale rispetto alla società come ente: v. G. SACERDOTI, *Questions de responsabilité*, cit., p. 985, che conforma la propria opinione a Cass. civ., Sez. Un., 3 maggio 1971, n. 1268, in *Giur. it.*, 1972, I, c. 377 ss.

a prevalere.²⁷⁸ Anche la recente proposta di regolamento comunitario in materia di legge applicabile alle società, avanzata da un eminente gruppo di studiosi, fa propria questa soluzione.²⁷⁹

L'applicazione della *lex incorporationis* alla fattispecie di *veil piercing* assume un preciso significato dal punto di vista economico. Essa, infatti, consente al soggetto che decida di investire in una società straniera di tenere in debita considerazione le norme sulla responsabilità del socio derivanti dalla *lex societatis*.²⁸⁰ In questo modo, vengono valorizzate le grandi potenzialità del principio della responsabilità limitata,²⁸¹ che di fatto cresceranno in maniera inversamente proporzionale al tenore dei requisiti richiesti dalla *lex societatis* in tema di *piercing the veil*. Viceversa, gli operatori, i quali intendano investire in ordinamenti stranieri che consentano ampie deroghe al privilegio della responsabilità limitata, dovranno fare i conti con questo tipo di barriera giuridica.²⁸² Un esempio significativo è costituito, al riguardo, dalla norma espressa nell'art. 2362 c.c., nella sua versione precedente alla riforma del diritto societario. Per quanto qui interessa, detta norma, imponendo la responsabilità illimitata del socio unico, determinava un effetto gius-economico importante perché, presupponendo che nella scelta della tipologia di investimento l'azionista unico avesse inteso internalizzare per intero il rischio d'impresa in capo alla società partecipata, impediva che il rischio di incidente venisse trasferito (attraverso la detenzione della partecipazione sul piano transnazionale)

²⁷⁸ In questo senso M.V. BENEDETTELLI, *La legge regolatrice delle persone giuridiche dopo la riforma del diritto internazionale privato*, in *Riv. soc.*, 1997, p. 39 ss., p. 59 s.

²⁷⁹ Cfr. l'art. 3 co. 1 n. 7 della proposta di regolamento comunitario disciplinante il diritto internazionale privato delle società a livello europeo e nazionale, avanzata dal *Deutsche Rat für Internationales Privatrecht*. Il testo della proposta si legge in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2006, p. 876 ss., con commento di P. KINDLER, *Aspetti essenziali di un futuro regolamento comunitario sulla legge applicabile alle società*, *ivi*, p. 657 ss., spec. p. 669.

²⁸⁰ Così ancora M.V. BENEDETTELLI, *La legge regolatrice*, cit., p. 59, il quale rileva che «nel momento in cui assume una partecipazione in una società retta da una legge diversa l'ente assume anche tutte le obbligazioni a ciò conseguenti, quali definite dalla unica legge competente sul punto».

²⁸¹ V. *supra* § 11.1.

²⁸² Sul ruolo cruciale della legge dello Stato ospite nell'ipotesi di *piercing the veil* della sussidiaria *ivi* localizzata v. K. HOFSTETTER, *Multinational Parent Liability*, cit., p. 323. L'Autore, inoltre (*ivi*, p. 326), afferma che la massima efficienza del sistema si otterrebbe assoggettando sia la società madre, sia la società figlia alla legge di tale Stato: «[i]t is almost uniformly recognized that subsidiary corporations are subject to host country law. Thus, the limited liability principle, as well as its foils – piercing the corporate veil – tend to be treated in accordance with host country law».

dall'ordinamento personale dell'azionista stesso all'ordinamento della sussidiaria.²⁸³ In altre parole, nel caso in cui l'ordinamento della sussidiaria riconosca la responsabilità illimitata dell'azionista unico, il rischio resterà in capo a quest'ultimo e non si porranno questioni rilevanti in merito alle condizioni di asimmetria a carico della comunità locale dello Stato della sussidiaria.

Tuttavia, questa situazione rappresenta un'eccezione. Infatti, da una parte la partecipazione in una società per azioni è il frutto di una libera scelta di natura economica, mentre dall'altra, in conseguenza delle limitazioni di responsabilità proprie del fenomeno societario, risulta decisamente più vantaggioso acquisire una partecipazione di maggioranza piuttosto che totalitaria. A ciò si aggiunga il carattere eccezionale e stretto dei requisiti richiesti solitamente in materia di *veil piercing*: ove le vittime dell'incidente non riescano ad adempiere a detti requisiti, esse potranno rifarsi unicamente sul patrimonio della società, senza poter estendere la garanzia del risarcimento anche all'azionista diverso dal socio unico.²⁸⁴

A nostro giudizio, il richiamo della *lex incorporationis* della sussidiaria non fa altro che riproporre il problema caratteristico del criterio della *lex loci delicti*, cioè la natura patologica del sistema di concorrenza tra ordinamenti. Ove infatti il grado di precauzione imposto dall'ordinamento della sussidiaria in materia di incidenti sia inferiore a quello richiesto nello Stato della capogruppo ed ove il privilegio della responsabilità limitata venga concesso dal primo ordinamento in modo molto ampio, l'effettuazione di un investimento ed il relativo trasferimento del rischio potrebbero generare una

²⁸³ Su questo profilo v. ancora T. SCOVAZZI, *Gli incidenti industriali*, cit., p. 865.

²⁸⁴ Su questo punto, per quanto concerne precisamente l'ordinamento italiano, la dottrina ha sostenuto il carattere unilaterale delle norme italiane in materia di responsabilità del socio unico, che sarebbero così destinate ad applicarsi solo rispetto ai soci stranieri di società italiane e non, invece, ai soci italiani di società straniera. Come spiega R. ALESSI, *La disciplina delle imprese multinazionali nell'ordinamento italiano*, cit., p. 233, norme quali l'art. 2362 c.c. o l'art. 3 co. 10 della Legge 3 aprile 1979 n. 95 «mirano a difendere gli *host-states* dalle pratiche predatorie delle imprese multinazionali a base straniera. Ambedue le norme, infatti, [...] si applicano [...] in ragione della loro funzione e struttura, unicamente alla responsabilità della controllante straniera (o dei suoi amministratori) e non al caso opposto di responsabilità della controllante italiana di impresa di diritto estero. Costituiscono pertanto, disciplina dei soli gruppi multinazionali a base straniera, delineando una normativa comportamentale, mentre omettono di porre a carico dei gruppi multinazionali a base italiana onerose regole di condotta». Per un'interpretazione della seconda norma nell'ambito del caso dell'incidente della *Amoco Cadiz* v. il commento di F. BONELLI, *La responsabilità della società controllante per gli illeciti delle proprie controllate*, in *Dir. comm. int.*, 1987, p. 347 ss., spec. p. 353 s.

race to the bottom a grave danno della comunità locale. Più efficiente sarebbe, allora, applicare al *piercing the veil* una regola di conflitto diversa.²⁸⁵

Insomma, al fine di prevenire gli incidenti industriali transnazionali e regolare in maniera più efficiente il trasferimento del relativo rischio, sarebbe opportuno un superamento del criterio della *lex incorporationis* nel caso di *tort claims*.²⁸⁶ Al riguardo, autorevole dottrina ha ribadito la necessità di escludere la *internal affairs doctrine* dai rapporti tra la società, i suoi azionisti ed i terzi.²⁸⁷ Ma se la legge cui fare riferimento è quella applicabile all'illecito civile, il problema resterebbe tutt'altro che risolto e si produrrebbero esattamente gli stessi effetti distorsivi tipici della *lex loci incorporationis*, dato che quest'ultima e la *lex loci delicti* tenderanno di fatto a coincidere.²⁸⁸ Che dire, tuttavia, dell'applicazione della legge dello Stato della capogruppo? Sarebbe davvero più opportuno che la dottrina del *piercing the veil* seguisse quest'ultima legge piuttosto che quella della sussidiaria? Non ci pare che a questa domanda possa darsi una risposta positiva. Né ci sembra una soluzione plausibile l'applicazione della legge del luogo di *decision-making* relativo all'allocazione del rischio, come pure è stato proposto,²⁸⁹ dal momento che, all'interno dell'impresa multinazionale, e considerate le attuali capacità di mobilità del controllo, le decisioni concernenti il rischio potrebbero essere assunte praticamente ... *ovunque!*

La verità è che il reperimento di una soluzione efficiente in materia di legge applicabile al *piercing the veil* costituisce un problema di difficile

²⁸⁵ Questa conclusione è stata già raggiunta da H. HANSMANN, R. KRAAKMAN, *Toward Unlimited Shareholder Liability*, cit., pp. 1921-1923, i quali propongono pertanto (a p. 1922) che «any state should be able to adopt unlimited shareholder liability for corporate torts, either by legislation or by judicial decision, for application to any tort claim to which the states' tort law applies, regardless of the state of incorporation of the corporate defendant».

²⁸⁶ Ciò dovrebbe avvenire per le medesime ragioni per le quali si è proposto un superamento del principio della *lex loci delicti* in materia di incidenti. V. *supra* § 9.2.2.

²⁸⁷ Sul punto, il *Restatement (Second) on Conflict of Laws*, cit., § 302 n. 2, menzionato nella nota 276, stabilisce, per la responsabilità della società, l'applicazione della *lex incorporationis*, consentendo altresì l'applicazione, in casi particolari, della legge con la quale la controversia presenta il collegamento più stretto; invece, il § 301 prevede per i rapporti tra la società ed i terzi, l'applicazione delle tradizionali regole di conflitto. H. HANSMANN, R. KRAAKMAN, *A Procedural Focus on Unlimited Shareholder Liability*, in 106 *Harvard Law Rev.*, 1992, p. 446 ss., pp. 450-453, evidenziano l'opportunità di applicare, in virtù delle suddette regole, la stessa legge richiamata con riguardo ai *torts*, superando così la *internal affairs doctrine*.

²⁸⁸ Questo punto è già stato sviluppato *supra* § 9.2.2.

²⁸⁹ Così T. SCOVAZZI, *Incidenti industriali*, cit., p. 866 s.

soluzione perché i requisiti per il superamento del velo societario sono ovunque molto stretti. Tutti gli ordinamenti ad ispirazione capitalistica, infatti, tendono a dotare gli azionisti di società di capitali del privilegio della responsabilità limitata al fine di stimolare gli investimenti e ciò, a maggior ragione, avviene nei Paesi in via di sviluppo, che hanno necessità di attirare investimenti stranieri. Quella del *piercing the corporate veil*, in conclusione, si atteggia ad una sorta di normativa uniforme in negativo, adottata trasversalmente da tutti gli ordinamenti, che finisce per imporre alle vittime degli incidenti l'onere di dover dimostrare l'esistenza di specifiche e stringenti ragioni per un superamento del principio della responsabilità limitata. E per comprendere quanto tale onere possa, talvolta, risultare estremamente gravoso è sufficiente ritornare con la mente alla notte di Bhopal, con buona pace delle corti agli occhi delle quali il principio della responsabilità limitata non merita di essere ignorato «merely because [...] justice so requires».²⁹⁰

²⁹⁰ *Adams v. Cape Industries Plc*, [1990] 2 W.L.R. 657 (C.A.), 753.

CAPITOLO QUINTO

IMPRESA MULTINAZIONALE E DIRITTO PENALE DELL'ECONOMIA

SOMMARIO: 12. Il problema dei reati d'impresa tra esigenze di *deterrence* e modelli comportamentali. – 12.1. Spunti di carattere generale. – 12.2. Il «prezzo della legge». – 12.3. L'evoluzione dei modelli comportamentali delle imprese e la loro internazionalizzazione. – 13. Reati d'impresa e scenario globale. – 13.1. Il problema della corruzione internazionale. – 13.2. Il problema del riciclaggio di denaro sporco. – 13.3. Le «multinazionali del terrore». – 14. Le risposte del diritto internazionale. – 14.1. La lotta contro la corruzione. – 14.2. Le norme relative al riciclaggio di denaro. – 14.3. Le misure internazionali di contrasto al finanziamento del terrorismo e la lotta contro le multinazionali del terrore. – 14.4. Conclusioni in punto di normativa internazionale e regime di responsabilità penale degli enti. – 14.5. Il modello italiano. – 14.6. Osservazioni conclusive.

12. Il problema dei reati d'impresa tra *deterrence* e modelli comportamentali.

12.1. Spunti di carattere generale. – Nei capitoli che precedono si è cercato di tracciare un quadro del regime giuridico dell'*accountability* dell'impresa multinazionale, mettendo in luce alcuni aspetti dell'interagire delle imprese multinazionali con il mondo del diritto. Dal settore degli incidenti industriali, riguardante il profilo di responsabilità *civile* dell'impresa multinazionale, si passerà ora all'analisi delle fattispecie di responsabilità *penale* nell'ambito dell'attività dell'impresa medesima.

Il dato dal quale è opportuno partire è rappresentato, ancora, dalla concorrenza tra ordinamenti. Nel diritto penale, cioè nella repressione di particolari comportamenti considerati devianti, ogni ordinamento fissa le proprie regole in modo differente rispetto a quelle degli altri ordinamenti.¹ La diversità di contenuto del precetto penale influisce sul comportamento dell'impresa, che sarà così incentivata ad investire in Paesi caratterizzati dall'inesistenza di determinati precetti penali, dall'insussistenza di adeguati controlli, dall'inefficienza degli apparati repressivi e dall'intensità del rischio di essere scoperta e di subire la pena.² Questo problema non riguarda solamente la necessità di appiattare le differenze legislative esistenti in ambito globale mediante la costruzione di un regime di responsabilità uniforme in

¹ Uno dei settori nei quali è più evidente il rilievo che assumono le differenze tra ordinamenti in ambito penale è rappresentato dai reati di opinione. Alcuni Stati reprimono condotte ritenute lesive di valori diffusi, mentre altri considerano quelle stesse condotte perfettamente lecite. Ad esempio, la Francia ed altri Paesi europei che hanno conosciuto la realtà della dittatura proibiscono, attraverso apposite norme del codice penale, la vendita di oggetti di origine nazista o la negazione dell'Olocausto. Altri Paesi, invece, come gli Stati Uniti, ritengono che la vendita di tali oggetti non possa rappresentare un reato in virtù della sua protezione da parte del I Emendamento, concernente la libertà di espressione. Così è avvenuto che nel 2001 il giudice californiano negasse esecuzione ad una sentenza di condanna resa dal *Tribunal de Grande Instance* di Parigi in ordine alla violazione del codice penale francese da parte di una società, esercente servizio di *Internet Service Provider* con sede in California. Trattasi del celebre caso *Yahoo!*, sul quale v. il commento di H. MUIR WATT, *Yahoo! Cyber-Collision of Cultures: Who Regulates?*, in *24 Michigan Journ. Int'l Law*, 2003, p. 673 ss.

² Secondo R. BAUMBUSCH, *Violation of Norms*, cit., p. 61, «companies not only consider criminal possibilities, but influenced by the various legal situations, the mode of surveillance and control of these regulations, the severity of the criminal prosecution and the administration of justice of the individual countries, seek ways to engage in activities which are not explicitly threatened with penal consequences, or by transferring activities to countries whose legal framework is more generous (e.g. tax shelters), minimize the risk of detection and punishment».

tutti gli Stati – come accade in altri settori della *accountability* dell'impresa³ – ma anche l'opportunità di un sostanziale ripensamento delle dottrine economiche sul comportamento deviante dell'impresa.

Questo risvolto sostanzialista del problema della responsabilità penale dell'impresa apre un ulteriore scenario, che riguarda i limiti all'interno dei quali lo schermo societario può essere utilizzato per realizzare condotte penalmente rilevanti. In altri termini, ci si domanda *come* evitare che la finalità precipua della società come ente, cioè la produzione di profitto per gli azionisti, rappresenti un incentivo per gli amministratori per violare, mediante la società stessa, la legge penale. Nell'ambito dei reati dell'impresa, infatti, «illegality is not pursued for individual benefits but rather for *organizational ends*»,⁴ sicché l'ente assurge non solo a *mezzo* per la commissione del crimine, ma anche a *fine*. Ne deriva la necessità di una responsabilizzazione dell'organizzazione stessa, non limitata cioè agli individui che vi operano, attraverso un'estensione delle norme penali anche al fenomeno dell'organizzazione stessa.

Il dibattito sulla responsabilità penale dell'impresa ha dato spunto ad un'ulteriore riflessione sul contenuto della sanzione penale. *Quale e quanta* pena infliggere alla società-ente che si macchia di un crimine è, da qualche decennio, al centro dell'attenzione degli studiosi. Il problema è stato affrontato di petto non solo negli ordinamenti che (come quello italiano) vietavano, in base a precetti di portata costituzionale, l'affermazione di una responsabilità penale in capo agli enti,⁵ ma anche da quei legislatori i cui ordinamenti (come quelli inglese e statunitense) da molto tempo prevedevano ipotesi di responsabilità di questo tipo.⁶ Mentre nei primi il

³ V. *supra* § 10.4.

⁴ S.S. SIMPSON, *Corporate Crime, Law, and Social Control*, Cambridge, 2002, p. 7.

⁵ L'impossibilità di imputare all'ente una responsabilità «penale» era ricavata dalla dottrina, almeno fino agli sviluppi che si analizzeranno nel prosieguo del testo, dall'art. 27 co. 1 della Costituzione, ai sensi del quale «[l]a responsabilità penale è personale». In difesa del principio di personalità della responsabilità penale v. M. ROMANO, *La responsabilità amministrativa degli enti, società o associazioni: profili generali*, in *Riv. soc.*, 2002, p. 393 ss., p. 400 s.; ID., *Societas delinquere non potest (nel ricordo di Franco Bricola)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, p. 1031 ss., p. 1035 ss.

⁶ Com'è noto, sia negli Stati Uniti, sia in Gran Bretagna la responsabilità penale della società non ha mai rappresentato un problema dogmatico ed anzi è stata affermata senza esitazioni dalle corti e codificata dai legislatori sin dalla metà del XIX secolo (cfr. al riguardo le Secc. X-XIII del codice penale dello Stato di New York del 1882). Negli Stati Uniti in particolare, il *leading case* in materia a livello federale può reperirsi nella decisione relativa alla causa *New York Centr. R.R. v. United*

dibattito ha riguardato l'opportunità e la forma di una sanzione penale diretta agli enti, per i secondi l'attenzione dei legislatori è stata rivolta ai concetti di *deterrence*, *optimal sanction*, *social meaning of crime*,⁷ *alternative sanction*⁸ e *shaming punishment*.⁹

Com'è noto, nel sistema tradizionale di *deterrence* l'agente razionale è indotto a rispettare il precetto penale qualora i benefici apportati dalla condotta criminosa siano minori della sanzione prevista.¹⁰ Maggiori sono la severità, la certezza e la speditezza della sanzione, maggiore è l'effetto deterrente prodotto sia sui potenziali criminali (c.d. «prevenzione speciale»), sia sulla comunità nel suo insieme (c.d. «prevenzione generale»). Un siffatto sistema è destinato a funzionare se la prospettiva di essere scoperto e di subire la sanzione, che rappresenta il cuore della *deterrence*, deriva da una norma di tipo formale, idonea in quanto tale a dirigere l'individuo verso un dato comportamento.

States, 212 U.S. 481, 495 (1909), ove la Corte Suprema statuì che non vi sarebbe «valid objection in law and every reason in public policy why the corporation which profits by the transaction [...] shall be held punishable». Cenni sul punto in K. TIEDEMANN, *La responsabilità penale delle persone giuridiche nel diritto comparato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, p. 615 ss., p. 623 s.; F. BRICOLA, *Il costo del principio «societas delinquere non potest» nell'attuale dimensione del fenomeno societario*, *ivi*, 1970, p. 951 ss., pp. 966-974; per una completa trattazione del regime vigente nel Regno Unito v. A. PINTO, M. EVANS, *Corporate Criminal Liability*, London, 2003, con cenni storici a p. 15 ss.

⁷ Ad esempio, D.M. KAHAN, *Social Meaning and the Economic Analysis of Crime*, in 27 *Journ. Leg. Stud.*, 1998, p. 609 ss., p. 611, sottopone a critica un'analisi economica del crimine che non tenga in debita considerazione il *social meaning* di certi delitti. In particolare, «social meanings are intrinsic to the state of affairs that communities try to maximize through law», sicché «[m]embers of the public expect punishment not just to protect them from crime but also to express their moral condemnation of it». Per queste ragioni, non hanno trovato seguito le proposte di trasformare la sanzione della reclusione in sanzione monetaria: «[i]mprisonment unmistakably expresses moral indignation because of the sacred place of liberty in our culture. The conventional alternatives, in contrast, send a much more ambiguous signal. To the ears of the public, fines seem to say that offenders may buy the privilege of breaking the law; and we can't very well condemn someone for purchasing what we are willing to sell» (*ivi*, p. 615 s.). Su quest'ultimo punto v. *infra* § 12.2.

⁸ Per una panoramica dell'argomento v. A. M. POLINSKY, S. SHAVELL, *The Economic Theory of Public Enforcement of Law*, in 38 *Journ. Econ. Lit.*, 2000, p. 45 ss.

⁹ V. soprattutto S.P. GARVEY, *Can Shaming Punishment Educate?*, in 65 *Univ. Chicago Law Rev.*, 1998, p. 733 ss., che analizza un *range* di sanzioni intermedie tra la reclusione e la *probation* (l'istituto corrispondente al rilascio); D. MARKEL, *Are Shaming Punishments Beautifully Retributive: Retributivism and the Implications for the Alternative Sanctions Debate*, in 54 *Vanderbilt Law Rev.*, 2001, p. 2157 ss., il quale giustamente nota (p. 2170) che «punitive orthodoxy is being challenged»; piuttosto critico, invece, D.A. SKEEL, *Shaming in Corporate Law*, in 149 *Univ. Pennsylvania Law Rev.*, 2000/2001, p. 1811 ss.

¹⁰ Ciò sulla scorta delle dottrine illuministiche avanzate, com'è noto, da Cesare Beccaria e Jeremy Bentham. Cfr. R.A. POSNER, *Economic Analysis of Law*, cit., p. 219.

Il modello della *deterrence* è stato sottoposto a critiche severe sia sotto il profilo econometrico, sia dal punto di vista dei suoi effetti concreti sul comportamento degli individui. In questo secondo ambito, sono state messe in luce forme di deterrenza derivanti da fonti informali, quali la reputazione, i legami sociali, di amicizia e familiari, le prospettive di carriera e di accesso al mercato, rispetto alle quali il diritto penale dovrebbe operare solo come *extrema ratio*. La presenza di fonti informali è particolarmente importante nel settore dei reati d'impresa, ove spesso l'effetto deterrente viene raggiunto più attraverso tali fonti, magari accompagnate da *shaming punishments*,¹¹ piuttosto che mediante il ricorso alla norma penale.¹²

Le critiche testé evidenziate hanno altresì posto in dubbio la possibilità di equiparare, a livello legislativo o di *enforcement*, i reati di tipo convenzionale (*conventional crimes*) con i reati d'impresa (*corporate crimes*). Rispetto ai primi, infatti, i secondi si distinguono per la presenza, all'interno della fase di *decision-making*, di un calcolo di natura economica, all'interno del quale «economic gains are considered against potential losses».¹³ Il punto che i sostenitori di un'equiparazione tra *conventional* e *corporate crimes* sembrano trascurare è rappresentato dall'esistenza di un'organizzazione – l'impresa – che si pone come un diaframma tra le norme di comportamento prescritte dal diritto penale ed il concreto ruolo svolto dall'individuo al suo interno. Sotto un primo profilo, la fase di *decision-making* si atteggia diversamente a seconda del luogo in cui la stessa si svolge, se all'interno ovvero all'esterno dell'organizzazione.¹⁴ In secondo luogo, e di conseguenza, la percezione della deterrenza del precetto penale viene filtrata attraverso la struttura dell'organizzazione medesima e le sue regole interne, esattamente nello

¹¹ V. sul punto D.M. KAHAN, *Social Meaning*, cit., p. 617.

¹² Al riguardo, l'indagine empirica svolta da M.L. BENSON, F.T. CULLEN, *The Special Sensitivity of White-Collar Offenders to Prison: A Critique and Research Agenda*, in 16 *Journ. Crim. Justice*, 1988, p. 207 ss. ha illustrato come la minaccia della sanzione della reclusione produca un effetto deterrente particolarmente incisivo sui «colletti bianchi», in virtù dell'intenso legame con la comunità sociale che questi individui frequentano al di fuori dell'ambiente di lavoro. Più recentemente v. J.S. DUTCHER, *From the Boardroom to the Cellblock: The Justifications for Harsher Punishment of White-Collar and Corporate Crime*, in 37 *Arizona St. Law Journ.*, 2005, p. 1295 ss.

¹³ S.S. SIMPSON, *Corporate Crime*, cit., p. 36. Sempre su questo punto v. il classico G.S. BECKER, *Crime and Punishment: An Economic Approach*, in 76 *Journ. Pol. Econ.*, 1968, p. 169 ss.

¹⁴ Si tratta del fenomeno della «normalizzazione della devianza» all'interno dell'organizzazione, che da qualche tempo è oggetto di indagine da parte della dottrina. Cfr. ora C.A. MOORE, *Taming the Giant Corporation? Some Cautionary Remarks on the Deterrability of Corporate Crime*, in 33 *Crime and Delinquency*, 1987, p. 379 ss., p. 388.

stesso modo in cui si ha una innaturale percezione del rischio di incidente industriale quando si opera all'interno di un'organizzazione complessa.¹⁵

Questo quadro è destinato a complicarsi se ai dati testé indicati si aggiunge l'elemento della multinazionalità proprio delle imprese multinazionali. Anche nel settore della repressione dei reati d'impresa pesano le differenze esistenti tra i diversi ordinamenti. Al riguardo, va ricordato che la legge penale è espressione di valori propri di una determinata comunità, sicché è ben possibile – anzi, ovvio – che certe condotte, vietate in un determinato luogo, siano invece permesse in un altro.¹⁶ La concreta deterrenza rispetto a queste condotte dipende, in ultima analisi, dalla capacità di un determinato ordinamento di imporre le proprie norme di responsabilità (penale) a comportamenti realizzati al di fuori del proprio territorio. Il che, naturalmente, può dare luogo ad aspri conflitti.

Nei paragrafi che seguono si tenterà di mettere a fuoco alcuni aspetti relativi alla responsabilità per reati d'impresa, sotto un profilo dapprima generale, e poi più specifico, riguardante alcuni ambiti dell'attività delle imprese multinazionali, quali la corruzione, il riciclaggio di denaro ed il finanziamento del terrorismo.

12.2. Il «prezzo della legge». – Sotto un profilo generale, merita di essere menzionato un paradosso, che si viene a creare con riferimento alla condotta di enti astratti e che risiede nella circostanza che il crimine commesso dall'ente si attegga quale crimine collettivo, imputabile a più individui che agiscono secondo le regole e la convenienza dell'organizzazione. Si tratta del fenomeno al quale la dottrina ha dato il nome di «normalizzazione della devianza» e che consiste nella mancata o distorta percezione, da parte degli individui che operano all'interno di «organizzazioni complesse» come le imprese, delle regole imposte dall'ordinamento. Queste regole, soprattutto in ambito penale, vengono così assunte dagli individui attraverso lo schermo dell'organizzazione stessa, che ne sfalsa la portata ed il contenuto, sicché

¹⁵ Come si è sommariamente descritto *supra* § 9.1, il rischio di incidenti all'interno della struttura dell'impresa multinazionale viene percepito in un contesto di conflitto di interessi e pretese e di interazione tra elementi a contenuto complesso e tra loro diversi (il nodo del controllo, le differenze legislative tra gli ordinamenti coinvolti, la tensione tra le aspirazioni dei soggetti in gioco) tale che l'esito della fase di *decision-making* dell'impresa concernente il livello di precauzione da adottare nell'uso della tecnologia di riferimento potrebbe effettivamente risultare distorto.

¹⁶ V. *supra* nota 1.

l'individuo che agisce secondo le regole dell'organizzazione viene convinto della legittimità del proprio comportamento anche se all'esterno dell'organizzazione stessa esso risulta vietato. A questo punto, è bene evidenziare alcune conseguenze di questo scenario, avuto riguardo al problema dei reati d'impresa.

Anzitutto, è compito del diritto penale e, dunque, del legislatore, tenere in debita considerazione la presenza dell'organizzazione d'impresa come sede fisiologica della commissione di taluni reati. In questo senso, deve ribadirsi che la finalità di *deterrence* contenuta nelle norme penali viene percepita da chi agisce in nome dell'ente attraverso lo schermo di quest'ultimo, quasi si trattasse di un'immagine riflessa. Poiché il sistema giuridico che determina la natura e le funzioni dell'ente, cioè il diritto societario, è strutturato in modo da garantire il massimo ritorno economico per gli azionisti, può accadere che coloro che agiscono per conto dell'ente diano priorità alla *shareholder value maximization rule* piuttosto che al rispetto della legge.¹⁷ Al riguardo, autorevole dottrina è giunta ad affermare che, se la finalità dell'incarico dell'amministratore di una società è la massimizzazione del profitto per gli azionisti, egli potrebbe o addirittura avrebbe il dovere di violare la legge quando ciò si rivela profittevole per gli azionisti; inoltre, poiché la società non è altro che un *nexus of contracts* tra persone, solo queste risulterebbero obbligate nei confronti della legge.¹⁸

Il diaframma rappresentato dall'ente rispetto alla commissione di reati d'impresa risulta fondamentale all'interno di questo quadro. Pertanto, se nella fase di *decision-making* dell'ente gli amministratori sono tenuti a realizzare il massimo profitto per gli azionisti, può avvenire che questi

¹⁷ In breve, l'ente-società dovrebbe adempiere agli obblighi imposti dalla legge, ovvero comportarsi in tal modo soltanto qualora il costo della relativa sanzione superi i vantaggi previsti conseguenti alla violazione? La domanda è posta da R.A. POSNER, *Economic Analysis of Law*, cit., p. 421.

¹⁸ In questo senso v. F.H. EASTERBROOK, D.R. FISCHER, *Antitrust Suits by Targets of Tender Offers*, in 80 *Michigan Law Rev.*, 1982, p. 1155 ss., p. 1177, anche in nota, secondo i quali l'unico scopo degli amministratori di società è la massimizzazione dei profitti a vantaggio degli azionisti, dal che deriva che saranno questi ultimi, eventualmente, a esercitare la relativa azione di responsabilità nei confronti dei primi. Infatti, «[s]o long as investors lawfully may hire agents to maximise the investors' wealth, the investors have the right to expect that managers will be dedicated to their interests alone. Legislatures may command managers to act in "responsible" ways, and they often do, but then the problem of voluntary responsibility disappears» (*ivi*, p. 1178). Analogamente, sotto il profilo dell'istituto del *trust*, per J.H. LANGBEIN, R.A. POSNER, *Social Investing and the Law of Trusts*, in 79 *Michigan Law Rev.*, 1979/1980, p. 72 ss., p. 96, «a trustee who sacrifices the beneficiary's financial well-being for any other object breaches both his duties of loyalty to the beneficiary and his duty of prudence in investment».

decidano di commettere un reato, in nome e per conto dell'ente medesimo, apportando al patrimonio sociale dei benefici che, in termini economici, superano i costi conseguenti alla realizzazione della condotta vietata. In breve, se l'ente è in grado di assorbire la sanzione massima prevista dalla legge, moltiplicata per le probabilità di *enforcement* giudiziario del reato, allora gli amministratori saranno obbligati, in virtù dei *fiduciary duties* che li legano agli azionisti, a perseguire la condotta vietata. Il vantaggio conseguito dall'impresa attraverso la commissione del reato viene così a rappresentare un beneficio per la comunità.

In base a questa concezione, la legge penale assume la forma di un mero costo. In breve, si tratta di considerare «the law as a price»: il «prezzo della legge» è, in tal modo, rappresentato dal costo della commissione del reato, che si presume pari alla sanzione massima.¹⁹ Secondo questa concezione, «a sanction for doing what is forbidden [can be seen] merely as the price of doing what is permitted».²⁰ Ovviamente, nel calcolo relativo al costo da sostenersi da parte dell'ente, gli amministratori assumeranno anche altre variabili, quali la possibilità di venire scoperti, la probabilità che la pubblica accusa non sia in grado di provare la condotta criminosa e, non da ultimo, l'effettiva applicazione della pena. Tutti questi elementi giocano un ruolo determinante nell'assunzione del rischio da parte dell'impresa, che potrà così valutare di volta in volta il vantaggio economico rappresentato dalla condotta illegale che intende compiere.

I tempi sembrano oggi maturi per una completa revisione di queste teorie. Al riguardo, può anzitutto rilevarsi come l'analisi dell'impatto di una norma penale in termini di *deterrence*, basato su un mero calcolo di costi contro benefici, non può sottrarsi all'impressione che l'autore dell'illecito, alla fine, venga autorizzato dall'ordinamento ad “acquistare” il privilegio di

¹⁹ Come spiega C.A. WILLIAMS, *Corporate Compliance With the Law in the Era of Efficiency*, in 76 *North Carolina Law Rev.*, 1998, p. 1265 ss., p. 1267, «[t]hat view suggests the maximum amount of money a firm should invest in order to comply with the law is determined by the maximum penalty for violations of a particular law, since it would be economically inefficient to invest more in compliance than one risks in fine».

²⁰ Così, in senso critico, R. COOTER, *Prices and Sanctions*, in 83 *Columbia Law Rev.*, 1984, p. 1523 ss., p. 1523.

violare la legge.²¹ In tal modo, questa *law-as-price theory* sembra legittimare il comportamento penalmente rilevante della *corporation*.

Inoltre, ove tale critica sia stata sollevata, i sostenitori della teoria in questione sono arrivati a sostenere la necessità di distinguere tra generi di norme penali, ossia tra norme «vincolanti» e norme di natura «volontaria». Le prime, fondate su particolari valori di ordine morale, costituirebbero vere e proprie disposizioni imperative, mentre le seconde si limiterebbero a «suggerire» al destinatario del precetto determinate condotte, fornendo altresì il prezzo del diritto a non conformarvisi.²² Il comportamento dell'impresa che non si adeguasse alle seconde sarebbe quindi perfettamente lecito, purché essa se ne accollì il prezzo in termini di sanzione.

Neppure con l'aggiunta di tale distinzione la *law-as-price theory* appare convincente. Sotto un profilo generale, infatti, in una democrazia il compito di soppesare costi e benefici delle norme non spetta ai singoli cittadini, bensì al legislatore, sicché una volta che la norma è stata da questo adottata, nessuno, neppure una persona giuridica, possiede il diritto di chiamarsi fuori dalle leggi semplicemente accettando il rischio delle violazioni.²³ Inoltre, dal punto di vista della comunità, vi è una sostanziale differenza tra il beneficio economico prodotto da una condotta conforme alla legge, da un lato, ed il costo sociale del semplice versamento della massima sanzione prevista, dall'altro. La norma penale, infatti, non esprime solamente un prezzo per la sua violazione, ma svolge altresì una «funzione espressiva», che mira a colpire i beni giuridici più cari al destinatario del precetto, quali la libertà, il patrimonio o i legami con la comunità. Ora, la sottrazione di tali beni alla disponibilità del destinatario può non avere un prezzo concretamente monetizzabile. Pertanto, nella fase di *decision-making* dell'ente, gli

²¹ Al riguardo può citarsi la teoria espressa nel lavoro di U. GNEEZY, A. RUSTICHINI, *A Fine is a Price*, in 29 *Journ. Leg. Studies*, 2000, p. 1 ss., che riporta i risultati di uno studio condotto su alcuni asili nello Stato di Israele. In breve, gli Autori hanno convinto i responsabili degli asili ad imporre una multa d'importo minimo per ogni volta in cui i genitori venissero a prendere i figli oltre l'orario di chiusura. Il risultato sorprendente è che la multa non ha in alcun modo influito sul comportamento dei genitori, che anzi ne hanno approfittato per arrivare ancora più in ritardo, accettando di pagare la multa, di fatto come prezzo dell'assistenza effettuata dall'asilo nei confronti dei loro figli.

²² Il più importante esponente della *law-as-price theory* e della distinzione tra *mandatory law* e *voluntary law* descritta nel testo, sostenuta con riguardo al problema della consulenza legale tra avvocato e cliente, è certamente L. PEPPER, *Counseling at the Limits of the Law: An Exercise in the Jurisprudence and Ethics of Lawyering*, in 104 *Yale Law Journ.*, 1995, p. 1545 ss., p. 1576 s.

²³ V. al riguardo C.A. WILLIAMS, *Corporate Compliance*, cit., p. 1282.

amministratori potrebbero non avere una cognizione complessiva del prezzo stesso del reato: da qui, il carattere fallace della *law-as-price theory*.

Le considerazioni che precedono fanno giustizia dei tentativi, effettuati dalla dottrina e dai legislatori, volti al superamento della teoria in questione. Sebbene l'esito di questi tentativi sia ancora tutto da valutare,²⁴ deve mettersi in evidenza che la sanzione penale viene analizzata non solo attraverso un'analisi dei relativi costi e benefici, ma anche mediante un approccio di politica del diritto, che mira a evidenziare il carattere di bene pubblico del comportamento dell'impresa conforme al diritto. Si afferma così la necessità di un intervento esterno, finalizzato al recupero del livello ottimale di comportamento delle imprese, attraverso una responsabilizzazione delle stesse che assume la forma di una *collective action* volta alla creazione di sistemi di controllo interno all'impresa che le impongano l'internalizzazione dei costi sociali delle proprie condotte criminali.²⁵ In questo modo, la repressione delle condotte illecite realizzate all'interno dell'organizzazione assume le vesti di una funzione sostitutiva e complementare rispetto a quella svolta dal diritto penale e dagli apparati dello Stato.

Dal punto di vista giuridico, il momento centrale di questo sistema consiste nella norma che impone all'impresa di sostenere i costi relativi al mantenimento di modelli organizzativi idonei a prevenire la commissione di reati all'interno dell'organizzazione. In ciò può intravedersi la volontà di

²⁴ Nonostante la ampie critiche subite, la *law-as-price theory* esercita ancora oggi un fascino e un'influenza straordinarie. Per esempio, tale teoria è stata formalmente rigettata dai *Principles of Corporate Governance*, elaborati sotto forma di progetto dall'*American Law Institute* (ALI) dal 1978 al 1982 (cfr. l'ultima versione di tale progetto nei due volumi curati dall'ALI, *Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations*, 1994). La Sec. 2.01 di tali *Principles* stabilisce che «even if corporate profit and shareholder gain are not thereby enhanced, the corporation, in the conduct of its business [...] is obliged, to the same extent as a natural person, to act within the boundaries set by law». Tuttavia, poiché nel loro complesso i *Principles* non offrono una chiara teoria delle società – per questa critica v. L.E. MITCHELL, *Private Law, Public Interest?: The ALI Principles of Corporate Governance*, in 61 *George Washington Law Rev.*, 1993, p. 871 ss., in part. p. 872; G. ROSSI, *Le c.d. regole di «corporate governance» sono in grado di incidere sul comportamento degli amministratori?*, in *Riv. soc.*, 2001, p. 6 ss., p. 13 ss. e, ancora, C.A. WILLIAMS, *Corporate Compliance*, cit., p. 1271 s. e 1278 – essi possono offrire solo un modesto aiuto nella compilazione legislativa che a tali progetti dovrebbe seguire.

²⁵ In questa prospettiva, «la grande impresa [...] può essere all'origine di pregiudizi diffusi, scarsamente pronosticabili, di *rischi occulti e opachi* in grado di tradursi in improvvise, inaspettate deflagrazioni, che esasperano le incertezze sociali» (A. ALESSANDRI, *Attività d'impresa e responsabilità penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, p. 534 ss., p. 545, cors. agg.): in tal modo, il compito del diritto penale diventa offrire un paradigma per prevenire tali deflagrazioni e riallocare correttamente i suddetti rischi.

attribuire alle persone giuridiche di diritto privato una funzione pubblicistica o parapubblicistica, di prevenzione dei reati, funzione un tempo monopolio esclusivo dello Stato e oggi distribuita anche tra soggetti privati come le società commerciali. Si tratta dunque di una più ampia distribuzione del rischio, nella quale è veramente difficile non individuare una conseguenza del fenomeno della globalizzazione.²⁶

Sotto il profilo economico, inoltre, la mancata predisposizione di adeguati modelli organizzativi, con tutte le conseguenze che ciò comporta in tema di rischio, renderebbe l'impresa meno appetibile e la porrebbe pertanto al di fuori del mercato. Viceversa, l'impresa dotata di uno statuto e di modelli organizzativi avanzati rappresenterebbe un'occasione di profitto per investitori e creditori e potrebbe perciò attirare su di sé la fiducia del mercato. In questa prospettiva, il sistema sarebbe in grado di consentire la circolazione degli statuti societari e dei modelli organizzativi migliori in un libero «regime di concorrenza tra le regole di *governance* di cui ciascun ente si è dotato», venendosi così a creare «un mercato degli statuti e delle regole di organizzazione dell'impresa tra i quali gli investitori sono chiamati a scegliere».²⁷ Il fenomeno non è da trascurare: esso può collocarsi, infatti, sulla scia della tendenza ad avvicinare l'impresa contemporanea ad un modello di *accountability* che sia fonte di profitto e di benessere non solo per gli azionisti, bensì per l'intera comunità. La valorizzazione del momento collettivo di distribuzione del rischio e la tendenza alla responsabilizzazione interna all'impresa rappresentano, pertanto, le caratteristiche peculiari di questo quadro.

12.3. L'evoluzione dei modelli comportamentali delle imprese e la loro internazionalizzazione. – Storicamente, la prima codificazione della norma che impone all'ente la predisposizione di meccanismi di controllo interni risale alle *Sentencing Guidelines for Organizations*, elaborate dalla *Sentencing*

²⁶ In questa prospettiva, esattamente, A. ZOPPINI, *Imputazione dell'illecito penale e «responsabilità amministrativa» nella teoria della persona giuridica*, in *Riv. soc.*, 2005, p. 1314 ss., p. 1330, che correttamente rileva: «attraverso la sanzione penale si vuole creare un rilevante incentivo sul soggetto collettivo a farsi carico dei costi economici di prevenzione del reato, senza trasferirli sulla collettività (ovvero, come suole dirsi nel gergo economicistico, ad “internalizzare” tali costi)». Attraverso una maggiore responsabilizzazione delle imprese, infatti, si mira a regolare in modo più efficiente l'allocazione del rischio di condotte illegali dell'impresa.

²⁷ A. ZOPPINI, *Ult. loc. cit.*

Commission statunitense e redatte nella loro versione definitiva nel 1991.²⁸ Esse rappresentano il primo esempio di attribuzione di un rilievo giuridico alle regole di comportamento interne all'impresa e, nello spirito di *collective action*, si pongono come fine quello di assistere le corti nell'accertamento del grado di *conscience* degli enti coinvolti in procedimenti penali.²⁹ In questo senso, nel modello statunitense il convincimento del giudice deve formarsi sulla base della *corporate conscience*, data a sua volta dal grado di precauzione effettivamente adottato dall'ente attraverso sistemi di controllo e regole di comportamento concretamente idonei ad assorbire il rischio della commissione di reati.³⁰ Se tali sistemi e regole risultano efficaci, l'ente può vedersi ridotta la pena anche del 95%.³¹

In questo quadro, la norma che impone l'adozione di modelli organizzativi di prevenzione è strettamente connessa all'elemento soggettivo del reato. Questa connessione è importante, perché sottintende un preciso regime di responsabilità dell'ente, che corrisponde alla fattispecie classica di *responsabilità oggettiva relativa*: ove l'ente non sia in grado di dimostrare di aver adottato tutti i sistemi di controllo e le regole di comportamento idonee a prevenire la commissione di reati, esso risponderà per il solo fatto del

²⁸ Iniziati nel 1986, i lavori della *Sentencing Commission* si esaurirono il 26 aprile 1991, con la pubblicazione della versione definitiva delle *Sentencing Guidelines for Organizations*, entrate in vigore il 1° novembre dello stesso anno. Alcune modifiche sono state inserite nel 1993, nel 1995 e nel 2004. V. al riguardo il lavoro di G. CAPECCHI, *Le sentencing guidelines for organizations e i profili di responsabilità delle imprese nell'esperienza statunitense*, in *Dir. comm. int.*, 1998, p. 465 ss.

²⁹ In origine, le *Sentencing Guidelines* furono approvate dai legislatori di alcuni Stati (segnatamente California, Illinois, Colorado e North Carolina) per stabilire dei limiti edittali alla pena, che fino ad allora i giudici erano stati liberi di fissare avendo a mente unicamente un limite massimo. Successivamente, l'idea che il problema potesse essere affrontato a livello legislativo venne superata dalla convinzione che la creazione di un organismo autorevole a livello federale fosse in grado di rimediare alla lentezza e all'atrofia del legislatore. Fu così che venne istituita, con il *Sentencing Reform Act* del 1984, Pub. L. No. 98-473, la già menzionata *Sentencing Commission*, col compito di indicare alle corti i criteri guida per la redazione di sentenze penali più aderenti al caso concreto. Su questo percorso v. G. CAPECCHI, *Le sentencing guidelines*, cit., p. 468 s.; W.W. WILKINS, P.J. NEWTON, J.R. STEER, *The Sentencing Reform Act of 1984: A Bold Approach to the Unwarranted Sentencing Disparity Problem*, in *2 Crim. Law Forum*, 1991, p. 355 ss.

³⁰ Cfr. la Sec. 8C2.5, lett. *f* del *Federal Sentencing Guidelines Manual*, redatto dalla *Sentencing Commission* nel 1991 e menzionato nella nota precedente (leggilo in *Dir. comm. int.*, 1998, p. 479 ss.), che parla di «effective program to prevent and detect violations of law». In generale, lo scopo delle *Sentencing Guidelines for Organizations* è tale che «the sanctions imposed upon organizations and their agents, taken together, will provide just punishment, adequate deterrence, and incentives for organizations to maintain internal mechanisms for preventing, detecting, and reporting criminal conduct» (Chapter 8, *Introductory Commentary*).

³¹ Così F. SANTI, *La responsabilità delle società e degli enti*, Milano, 2004, p. 29.

realizzarsi del fatto tipico previsto dalla norma incriminatrice. La scelta di questo regime deriva da un consolidato orientamento giurisprudenziale che attribuisce all'ente una *vicarious liability* per gli atti dei propri rappresentanti.

In concreto, il sistema delineato dalle *Sentencing Guidelines* in commento funziona in questo modo. Dalla determinazione del grado di *conscience* deriva un punteggio (*culpability score*),³² che si applica ad un importo di *based fine* formato in virtù di quote prefissate.³³ Il possesso, da parte dell'organizzazione, di un «effective compliance and ethics program» comporta, come si evidenziava più sopra, la sottrazione di punti dal risultato così ottenuto.³⁴ Il carattere *effective* dei modelli organizzativi dell'impresa si misura con riguardo non al risultato, bensì alle astratte possibilità di prevenzione ed alle azioni concretamente realizzate dall'organizzazione al fine di darvi seguito.³⁵ In tal modo, il contenuto dei *compliance programs*

³² Il *culpability score* è determinato in base alla Sec. 8C2.5 delle *Sentencing Guidelines*. Si tratta di verificare, da parte del giudice, il numero dei dipendenti dell'organizzazione o dell'unità dell'organizzazione coinvolta nel reato, nonché il ruolo svolto dal personale di alto livello ed il grado di tolleranza da parte del «substantial authority personnel». Sono inoltre previste modalità di calcolo del *culpability score* in caso di recidiva ed *obstruction of justice*.

³³ Il calcolo della *base fine* è stabilito dalla Sec. 8C2.4 delle *Sentencing Guidelines*. I parametri per questo calcolo sono rappresentati da un importo tabellare prestabilito in funzione della tipologia di condotta, del profitto che l'organizzazione ha potuto conseguire grazie al reato (*pecuniary gain*), ovvero della perdita inflitta alle vittime (*pecuniary loss*).

³⁴ Cfr. la Sec. 8C2.5, lett. *f* delle *Sentencing Guidelines*.

³⁵ La norma cruciale è rappresentata dalla Sec. 8B2.1, emendata nel 2003, che considera dotata di «an effective compliance and ethics program» l'organizzazione che:

- «(1) Exercise due diligence to prevent and detect criminal conduct; and
- (2) Otherwise promote an organizational culture that encourages ethical conduct and a commitment to compliance with the law».

Inoltre, «[s]uch compliance and ethics program shall be reasonably designed, implemented, and enforced so that the program is generally effective in preventing and detecting criminal conduct. The failure to prevent or detect the instant offense does not necessarily mean that the program is not generally effective in preventing and detecting criminal conduct». La lett. *b* della stessa disposizione stabilisce che

«[d]ue diligence and the promotion of an organizational culture that encourages ethical conduct and a commitment to compliance with the law [...] minimally require the following:

- (1) The organization shall establish standards and procedures to prevent and detect criminal conduct.
- (2)(A) The organization's governing authority shall be knowledgeable about the content and operation of the compliance and ethics program and shall exercise reasonable oversight with respect to the implementation and effectiveness of the compliance and ethics program.

diventa indicatore sia del livello di monitoraggio potenzialmente svolto dagli amministratori, sia della «colpevolezza» dell'ente ai fini di applicazione della

(B) High-level personnel of the organization shall ensure that the organization has an effective compliance and ethics program, as described in this guideline. Specific individual(s) within high-level personnel shall be assigned overall responsibility for the compliance and ethics program.

(C) Specific individual(s) within the organization shall be delegated day-to-day operational responsibility for the compliance and ethics program. Individual(s) with operational responsibility shall report periodically to high-level personnel and, as appropriate, to the governing authority, or an appropriate subgroup of the governing authority, on the effectiveness of the compliance and ethics program. To carry out such operational responsibility, such individual(s) shall be given adequate resources, appropriate authority, and direct access to the governing authority or an appropriate subgroup of the governing authority.

(3) The organization shall use reasonable efforts not to include within the substantial authority personnel of the organization any individual whom the organization knew, or should have known through the exercise of due diligence, has engaged in illegal activities or other conduct inconsistent with an effective compliance and ethics program.

(4)(A) The organization shall take reasonable steps to communicate periodically and in a practical manner its standards and procedures, and other aspects of the compliance and ethics program, to the individuals referred to in subdivision (B) by conducting effective training programs and otherwise disseminating information appropriate to such individuals' respective roles and responsibilities.

(B) The individuals referred to in subdivision (A) are the members of the governing authority, high-level personnel, substantial authority personnel, the organization's employees, and, as appropriate, the organization's agents.

(5) The organization shall take reasonable steps

(A) To ensure that the organization's compliance and ethics program is followed, including monitoring and auditing to detect criminal conduct;

(B) To evaluate periodically the effectiveness of the organization's compliance and ethics program; and

(C) To have and publicize a system, which may include mechanisms that allow for anonymity or confidentiality, whereby the organization's employees and agents may report or seek guidance regarding potential or actual criminal conduct without fear of retaliation.

(6) The organization's compliance and ethics program shall be promoted and enforced consistently throughout the organization through (A) appropriate incentives to perform in accordance with the compliance and ethics program; and (B) appropriate disciplinary measures for engaging in criminal conduct and for failing to take reasonable steps to prevent or detect criminal conduct.

(7) After criminal conduct has been detected, the organization shall take reasonable steps to respond appropriately to the criminal conduct and to prevent further similar criminal conduct, including making any necessary modifications to the organization's compliance and ethics program».

Infine, «the organization shall periodically assess the risk of criminal conduct and shall take appropriate steps to design, implement, or modify each requirement set forth in subsection (b) to reduce the risk of criminal conduct identified through this process».

relativa ammenda.³⁶ Quanto, infine, alle organizzazioni sorte con fini illeciti, (*criminal purposes organizations*), il giudice è tenuto a privare le stesse di tutti i loro beni.³⁷

Lo schema dei *compliance programs* statunitense è assunto a modello di riferimento, nel panorama comparatistico, per la responsabilizzazione delle imprese sotto il profilo delle condotte penalmente rilevanti.³⁸ Come si vedrà, questo stesso modello ha avuto un impatto notevole sulla fase interna di implementazione delle regole di responsabilità sancite dal diritto internazionale nei confronti degli enti rispetto ai quali viene accertata la commissione di un reato previsto dalle regole stesse. Ciò è, a nostro modesto modo di vedere, una conseguenza della stessa struttura di quel modello, il quale – attraverso un regime di responsabilità oggettiva misurato sulla base dei sistemi di controllo interno – mira ad imporre alle imprese una parziale internalizzazione del rischio di reato, attribuendo alle stesse un'autentica funzione pubblicistica di prevenzione e repressione di comportamenti penalmente rilevanti.³⁹ Lo scopo delle pagine che seguono è comprendere le linee di sviluppo di questa funzione nell'ambito del diritto internazionale concernente la prevenzione e la repressione di taluni reati a rilevanza internazionale.

13. Reati d'impresa e scenario globale.

13.1. Il problema della corruzione transnazionale. – Un primo ambito di attività delle imprese multinazionali al quale si dedicherà attenzione

³⁶ Per un esempio concreto di applicazione delle regole contenute nelle *Sentencing Guidelines* v. R.J. MAURER, *The Federal Sentencing Guidelines for Organizations: How Do They Work and What Are They Supposed to Do?*, in 18 *Univ. Dayton Law Rev.*, 1992/1993, p. 799 ss., p. 811 ss.

³⁷ Le *Sentencing Guidelines* definiscono la *criminal purpose organization* come l'organizzazione che «operated primarily for a criminal purpose or primarily by criminal means» (*ivi*, Sec. 8C1.1). Ai sensi della stessa norma, «[i]f the court determines the organization is a criminal purpose organization, it must set the fine at an amount sufficient to divest the organization of its net assets».

³⁸ Nel senso che, ad eccellere nel panorama comparatistico, sono sicuramente i *compliance programs* statunitensi v. C. DE MAGLIE, *In difesa della responsabilità penale delle persone giuridiche*, in *Legislaz. pen.*, 2003, p. 349 ss., p. 353, che li definisce come «sostanziali protocolli interni alle società, in grado di prevenire la commissione di reati o – quantomeno – di minimizzarne i risultati lesivi».

³⁹ Per una visione parzialmente simile a quella espressa nel testo v. F. STELLA, *Criminalità d'impresa: lotta di sumo e lotta di judo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, p. 459 ss., p. 476.

concerne il problema delle pratiche corruttive realizzate all'estero. Sul punto, va subito evidenziato che le norme penali interne in materia di corruzione sono principalmente ispirate a tutelare l'integrità della funzione svolta dalla pubblica amministrazione. Questa intrinseca *ratio* rappresenta anche un significativo limite: da una parte, infatti, la corruzione perpetrata all'estero contribuisce all'apporto di ricchezza verso lo Stato nel quale si trova l'agente corruttore e, dall'altra, le autorità di questo Stato, non avendo alcun interesse a tutelare la funzione pubblica di uno Stato straniero, non avranno neppure alcun incentivo ad estendere il proprio apparato repressivo alla corruzione di funzionari stranieri.⁴⁰

Per contro, la corruzione quale pratica corrente del commercio internazionale⁴¹ produce inevitabilmente ingenti danni alla comunità globale. Nel Paese in cui l'evento corruttivo ha luogo, infatti, la reale concorrenza tra le imprese viene distorta per effetto dell'evento medesimo, ponendo così un freno alla crescita economica, allo sviluppo sociale ed alla maturazione politica del Paese; viceversa, nel Paese nel quale confluiscano le ricchezze risultate dall'atto corruttivo, è la comunità a farsi carico dei relativi costi, ove le somme versate risultino deducibili a bilancio.⁴²

Fu lo scandalo del Watergate, scoppiato nell'estate del 1974 a Washington, a portare alla ribalta il problema della corruzione dei

⁴⁰ Al riguardo v. B. SEYMOUR, *Illicit Payments*, cit., p. 221. Analogamente, secondo G. SACERDOTI, *La convenzione OCSE del 1997 sulla lotta contro la corruzione dei pubblici funzionari stranieri nelle transazioni commerciali internazionali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, p. 1349 ss., p. 1349, «[n]on vi sono argomenti di tipo mercantilistico che giustificano una estensione del raggio di azione delle norme contro la corruzione in direzione internazionale».

⁴¹ La corruzione appare, in effetti, come un «uso del commercio internazionale», come è stato efficacemente rilevato da B. OPPETIT, *Le paradoxe de la corruption à l'épreuve du droit du commerce international*, in *Journ. dr. int.*, 1987, p. 5 ss.

⁴² In molti casi, infatti, le somme pagate ai funzionari stranieri sono deducibili ai fini fiscali nello Stato di sede dell'impresa corruttrice. V. sul punto il lavoro di V. UCKMAR, *Il settore privato e la corruzione dell'applicazione dei tributi*, in *Dir. prat. trib.*, 1995, p. 1410 ss. In tal modo, però, come è stato efficacemente rilevato da U. DRAETTA, *Spunti per un'azione comunitaria contro la corruzione nel commercio internazionale*, in *Dir. comm. int.*, 1995, p. 333 ss., p. 337, «[i]l costo della commissione illecita, traducendosi in tale minor importo per lo Stato, viene quindi ad essere sopportato dall'intera collettività. E' come se l'intero paese sovvenzionasse le commissioni illecite, rendendosene complice». Come rilevato da G. ACQUAVIVA, *La legislazione statunitense in materia di lotta alla corruzione di fronte agli ultimi sviluppi internazionali*, in *Dir. comm. int.*, 2001, p. 625 ss., p. 628, il Congresso statunitense si è fatto carico del problema sin dal 1956, quando ha provveduto a modificare il proprio codice tributario impedendo la deduzione delle somme versate a funzionari stranieri: v. *Internal Revenue Code*, 26 U.S.C. 162(c) (2005).

funzionari stranieri da parte di imprese multinazionali.⁴³ L'ondata moralizzatrice che ne seguì, sostenuta soprattutto dalla presidenza Carter, condusse in breve tempo all'approvazione da parte del Congresso del celebre *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA), volto a reprimere episodi corruttivi verificatisi all'estero.⁴⁴ Si tratta di una legge complessa, la cui parte principale modifica il *Securities Exchange Act* del 1934, prevedendo obblighi di registrazione contabile⁴⁵ e sanzioni penali a carico di chiunque effettui pagamenti a favore di ufficiali stranieri.⁴⁶ I destinatari della normativa sono

⁴³ Com'è noto, lo scandalo Watergate, che portò nell'agosto 1974 alle dimissioni del Presidente Richard Nixon, provocò una serie di indagini da parte delle autorità inquirenti e della Security Exchange Commission (SEC) in merito a finanziamenti illeciti effettuati da società americane a favore del comitato per la rielezione del Presidente. Le indagini portarono alla scoperta di una rete di finanziamenti a favore di ufficiali stranieri e partiti politici all'estero. Il 12 maggio 1976, la SEC presentava ad una commissione del Senato costituita *ad hoc* un *Report on Questionable and Illegal Corporate Payments and Practices*, ove venivano elencate le diverse tipologie di pratiche corruttive realizzate da imprese americane all'estero. Inoltre, emerse il coinvolgimento di oltre 400 società americane in episodi di corruzione all'estero. Ciò risulta dai lavori preparatori del *Foreign Corrupt Practice Act* (cfr. la nota seguente), nei quali si legge che «[m]ore than 400 corporations have admitted making questionable or illegal payments. The companies, most of them voluntarily, have reported paying out well in excess of \$300 million in corporate funds to foreign government officials, politicians, and political parties. These corporations have included some of the largest and most widely held public companies in the United States; over 117 of them rank in the top Fortune 500 industries. The abuses disclosed run the gamut from bribery of high foreign officials in order to secure some type of favorable action by a foreign government to so-called facilitating payments that allegedly were made to ensure that government functionaries discharge certain ministerial [sic] or clerical duties. Sectors of industry typically involved are: drugs and health care; oil and gas production and services; food products; aerospace, airlines and air services; and chemicals» (H.R. Rep. no. 95-640, 4).

⁴⁴ Pub. L. No. 105-366 (November 10, 1998), leggibile anche in 17 *Int'l Leg. Mat.*, 1978, p. 214 ss. Un interessante commento sull'*iter* che portò all'approvazione della legge in parola, anche con riguardo al dibattito sulla trasparenza contabile e sulla criminalizzazione di talune condotte v. M.B. DARDESS, *The Foreign Corrupt Practices Act of 1977*, in 27 *Univ. Kansas Law Rev.*, 1978/1979, p. 635 ss., spec. pp. 637-640.

⁴⁵ Per un'analisi delle norme del FCPA in materia di contabilità v. la nota *Foreign Corrupt Practices Act of 1977 and the Regulation of Questionable Payments*, in 34 *Bus. Law.*, 1978/1979, p. 623 ss. Come evidenziato nella nota stessa (*ivi*, p. 625), gli obblighi contabili in questione non hanno alcuna attinenza con le pratiche corruttive, ma assumono una portata più generale. Cfr. inoltre, sul medesimo punto, la nota *Practical Implications of the Accounting Provisions of the Foreign Corrupt Practices Act of 1977, and Recent Developments*, in 35 *Bus. Law.*, 1979/1980, p. 1713 ss.

⁴⁶ In particolare, la Sec. 78dd-2(a) della legge in commento stabilisce che:

«[i]t shall be unlawful for any domestic concern, other than an issuer which is subject to section 78dd-1 of this title, or for any officer, director, employee, or agent of such domestic concern or any stockholder thereof acting on behalf of such domestic concern, to make use of the mails or any means or instrumentality of interstate commerce corruptly in furtherance of an offer, payment, promise to pay, or authorization of the payment of any money, or offer, gift, promise to give, or authorization of the giving of anything of value to

(1) any foreign official for purposes of

tutti i cittadini, i residenti, gli enti di qualsiasi tipo aventi un *place of business* nel territorio degli Stati Uniti ovvero organizzati secondo la legge degli Stati Uniti, mentre restano escluse dall'applicazione del FCPA le sussidiarie di società americane.⁴⁷

Per quanto potenzialmente efficace, la normativa statunitense è destinata a scontrarsi con almeno due ordini di problemi. Sotto un primo profilo, trattandosi di una disciplina ad applicazione extraterritoriale, essa è idonea a generare conflitti di giurisdizioni, che divengono tanto più pericolosi in quanto mettono in discussione dinanzi alle corti interne la condotta delle autorità di Stati sovrani stranieri.⁴⁸ Secondariamente, poiché la corruzione assume sempre la forma di un «gioco a due» tra venditore (l'ufficiale straniero) e compratore (la società), difficilmente una seria riduzione del fenomeno potrà essere conseguita agendo in via esclusiva su uno dei due soggetti coinvolti.⁴⁹ In questo senso, una più vasta cooperazione internazionale nella lotta contro la corruzione assume un'importanza fondamentale al fine di garantire un'efficace repressione del fenomeno corruttivo.

(A)(i) influencing any act or decision of such foreign official in his official capacity, (ii) inducing such foreign official to do or omit to do any act in violation of the lawful duty of such official, or (iii) securing any improper advantage; or

(B) inducing such foreign official to use his influence with a foreign government or instrumentality thereof to affect or influence any act or decision of such government or instrumentality,

in order to assist such domestic concern in obtaining or retaining business for or with, or directing business to, any person».

⁴⁷ Questo criterio risulta codificato nella norma di cui a 15 U.S.C. § 78dd-2(d)(1). Sebbene il disegno di legge originario prevedesse l'applicazione della normativa anche alle sussidiarie di società americane, la Camera dei Rappresentanti, in sede di approvazione, ha eliminato tale estensione. Sul punto v. M.B. DARDESS, *The Foreign Corrupt Practices Act*, cit., p. 640 s.; in senso critico, soprattutto con riferimento alle c.d. *Foreign Sale Corporations*, cioè le società costituite in paradisi fiscali al fine di facilitare le esportazioni, v. G. ACQUAVIVA, *La legislazione statunitense*, cit., p. 636.

⁴⁸ Va comunque precisato che il pericolo che la normativa statunitense sia utilizzata per sindacare le condotte di pubblici ufficiali stranieri è stato escluso categoricamente dalla decisione della causa *United States v. Castle*, 925 F.2d 831 (5th Cir. 1991), che rappresenta l'appello del processo *United States v. Blondek*, 741 F.Supp. 116 (N.D. Tex. 1990). In quei procedimenti, i giudici hanno escluso che i funzionari stranieri corrotti potessero essere ricompresi nell'ambito di applicazione del FCPA, neppure in virtù del richiamo alle regole del concorso di reati, come invece la pubblica accusa aveva tentato di dimostrare.

⁴⁹ Sulla corruzione come un «two-sided phenomena» v. S. ROSE-ACKERMAN, *Corruption and the Global Corporation: Ethical Obligations and Workable Strategies*, in M. LIKOSKY (ed.), *Transnational Legal Processes*, cit., p. 148 ss., p. 155.

Al riguardo, le iniziative internazionali in materia di lotta alla corruzione si sono moltiplicate a partire dagli anni Settanta del secolo scorso fino ad oggi. Già nel 1974 l'Assemblea Generale delle Nazioni Unite si era occupata del problema, raccomandando agli Stati di adottare, all'interno delle rispettive giurisdizioni nazionali, le misure idonee a prevenire le pratiche corruttive internazionali.⁵⁰ In seguito, la Camera di Commercio Internazionale (CCI) ha provveduto a redigere una serie di regole, denominate *Rules of Conduct to Combat Extortion and Bribery*, adottate in via definitiva solo nel 1999.⁵¹ Inoltre, un'intera parte delle *Guidelines* dell'OCSE in materia di imprese multinazionali, come si è visto, risulta dedicata alla lotta alla corruzione.⁵²

Gli strumenti da ultimo citati si collocano sulla scia del FCPA statunitense. Da una parte, infatti, essi raccomandano alle imprese di adottare una politica di trasparenza contabile tale da consentire le verifiche necessarie e da assicurare comunque una corrispondenza tra l'operazione concretamente svolta ed il rapporto contrattuale che ne è all'origine. Particolarmente incisive sono le norme che, al fine di fornire una soluzione alle pratiche corruttive poste in essere nell'ambito di contratti formalmente puliti, vietano ogni tipo di «contabilità nera»⁵³ ovvero impongono il rispetto di un adeguato rapporto tra le prestazioni delle parti previste dal contratto stesso.⁵⁴ È importante rilevare che all'impresa è richiesto espressamente di

⁵⁰ V. la risoluzione dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite n. 3514 (XXX) del 15 dicembre 1975, par. 3.

⁵¹ Cfr. il rapporto finale della CCI intitolato *Extortion and Bribery in International Business Transactions*, Paris, 1999. Quest'ultimo è il prodotto di anni di lavori, iniziati con un primo *Report* adottato il 29 novembre 1977 e modificato dal Comitato esecutivo della CCI il 26 marzo 1996. La versione attuale di siffatto codice di condotta, aggiornata da ultimo nel 2005, è divisa in tre parti, dedicate rispettivamente alle regole sostanziali (parte I), all'implementazione delle stesse (parte II) ed al ruolo della CCI con riguardo agli Stati ed alle organizzazioni internazionali coinvolte (parte III).

⁵² V. *supra* § 7.

⁵³ Cfr. gli art. 3 e 4 delle *Rules of Conduct* citate. Il primo di questi articoli stabilisce l'obbligo di tenuta di un *record* con i nomi ed i termini di impiego di tutti gli agenti che si frappongono tra l'impresa e l'ente pubblico parti della transazione; l'art. 4, invece, si occupa in modo più specifico del problema della «contabilità nera», sicché i dati relativi alle transazioni finanziarie devono essere «properly and fairly recorded in appropriate books of account», in funzione dei controlli da parte del consiglio di amministrazione ovvero dei revisori.

⁵⁴ Ci si riferisce, in particolare, a quei rapporti contrattuali più o meno complessi che, pur ineccepibili dal punto di vista formale, in realtà celano dietro di sé transazioni di natura estorsiva o corruttiva. Al riguardo, può dirsi che «[l']inventiva delle parti [...] è senza limiti» (U. DRAETTA,

adottare un sistema di controllo interno, composto eventualmente da organi *ad hoc*, al fine di assicurare che nessun pagamento sfugga al monitoraggio della dirigenza di vertice.⁵⁵ In questo modo, all'impresa viene richiesta una partecipazione *attiva* alla lotta alla corruzione, non solo astenendosi dal porre in essere pratiche corruttive, ma altresì impegnandosi a prevenire tali fenomeni sin dall'interno dell'organizzazione stessa.⁵⁶

13.2. Il problema del riciclaggio di denaro sporco. – Un secondo ambito nel quale il diritto internazionale contempla determinate misure nel settore della criminalità d'impresa è rappresentato dal riciclaggio di denaro. Com'è noto, la fattispecie di riciclaggio inerisce ad una precisa norma incriminatrice, rispetto alla quale svolge la funzione di impedire che il provento del delitto

Spunti, cit., p. 336), sicché i mezzi dei quali l'impresa può giovare per corrompere il funzionario straniero sono i più disparati. A questo proposito, le *Rules of Conduct* della CCI, oltre a vietare in via generale ogni forma di corruzione «at all times and in any form, whether directly or indirectly» (art. 1), stabiliscono, con riferimento soprattutto ai subcontratti ed ai contratti di consulenza (cfr. F. MARRELLA, *La nuova lex mercatoria*, cit., p. 766) che

«[e]nterprises should not (i) kick back any portion of a contract payment to government officials or to employees of the other contracting party, or (ii) utilize intermediaries such as agents, subcontractors, consultants or other third parties, to channel payments to government officials, or to employees of the other contracting party, their relatives, friends or business associates» (art. 1 cit., lett. c).

L'art. 2 lett. a prevede, infine, che il corrispettivo stabilito dal contratto «represents no more than an appropriate remuneration for legitimate services rendered».

⁵⁵ Così, nella versione del 1996, l'art. 5 delle *Rules of Conduct* in esame, non a caso intitolato alla responsabilità dell'impresa, prevede che «[t]he board of directors or other body with ultimate responsibility for the enterprise» assuma le dovute precauzioni, « including the establishment and maintenance of proper systems of control aimed at preventing any payments being made by or on behalf of the enterprise which contravene these Rules of Conduct » (lett. a), nonché «periodically review compliance with these Rules of Conduct and establish procedures for obtaining appropriate reports for the purposes of such review» (lett. b) e, infine, «take appropriate action against any director or employee contravening these Rules of Conduct». L'attuale art. 7, che corrisponde grosso modo al vecchio art. 5, così recita: «[i]n order to prevent bribery and extortion, enterprises should implement comprehensive policies or codes reflecting these Rules of Conduct as well as their particular circumstances and specific business environment. These policies or codes should:

- a) provide guidance and training in identifying and avoiding bribery or extortion in the daily business dealings of the enterprise;
- b) offer confidential channels to raise concerns, seek advice or report violations without having to fear retaliation;
- c) include disciplinary procedures to sanction misconduct; and
- d) apply to all controlled subsidiaries, foreign and domestic».

⁵⁶ Analogamente, l'art. VI, par. 5 delle *Guidelines* dell'OCSE in materia di imprese multinazionali, analizzate *supra* § 7.2.

possa comportare un vantaggio per l'autore o per i terzi. In tal modo, detta fattispecie produce quello che potrebbe chiamarsi un *duplice effetto generalpreventivo*, nel senso che il suo scopo è punire «chi si è arricchito in modo illegale anche senza dover dimostrare compiutamente la sua responsabilità per i reati che hanno prodotto il reddito».⁵⁷

Poiché, pertanto, le norme antiriciclaggio mirano a prevenire lo sfruttamento di canali finanziari allo scopo sia di celare la provenienza illecita del denaro, sia di reprimere la commissione dei reati-base, esse svolgono un ruolo fondamentale nella lotta contro la criminalità organizzata. Infatti, all'interno del gruppo criminale, il riciclaggio del denaro proveniente dai reati commessi in seno al gruppo stesso solitamente serve per rialimentare le casse dell'organizzazione, attraverso ulteriori utilizzi dei proventi del reato che assumono la forma di innocenti investimenti in borsa o in attività commerciali. In questo contesto, le norme antiriciclaggio sono pensate anche con lo scopo di indebolire le organizzazioni criminali.

Inoltre, la finalità repressiva propria delle norme antiriciclaggio si realizza attraverso un'ampia partecipazione di diversi soggetti alla fase repressiva, che altrimenti resterebbe delegata unicamente alle autorità inquirenti. Al fine di garantire la piena efficienza della disciplina antiriciclaggio, è necessario infatti ricostruire *ex post* la c.d. «pista cartacea» (*paper trail*), cioè il percorso concretamente effettuato dal denaro di provenienza illecita. Sotto questo aspetto, «il controllo e la prevenzione delle infiltrazioni di denaro sporco nell'economia lecita non possono essere affidati solo agli strumenti di repressione *a posteriori* da parte della giustizia penale»,⁵⁸ ma devono essere altresì garantiti attraverso un efficace intervento delle istituzioni finanziarie e dei professionisti coinvolti. In questo modo, le misure antiriciclaggio sono destinate a funzionare soprattutto sulla base dei controlli condotti anche dai soggetti operanti nel mercato finanziario, dando luogo ad una cooperazione trasversale tra i settori pubblico e privato.

L'evoluzione del diritto internazionale pattizio in materia di lotta al riciclaggio ha seguito proprio queste due vie, sviluppando cioè sia il profilo di doppia prevenzione, sia l'ambito della cooperazione trasversale cui si è

⁵⁷ M. ZANCHETTI, *Il riciclaggio di denaro*, cit., p. 180; nello stesso senso G. STESSENS, *Money Laundering. A New International Law Enforcement Model*, Cambridge, 2000, p. 121 ss.

⁵⁸ M. ZANCHETTI, *Il riciclaggio di denaro*, cit., p. 216.

fatto cenno. Ciò è avvenuto attraverso una serie di strumenti contenuti in trattati internazionali a carattere settoriale, quali la Convenzione di Vienna contro il traffico di stupefacenti e sostanze psicotrope del 19 dicembre 1988,⁵⁹ la Convenzione del Consiglio d'Europa sul riciclaggio, identificazione, sequestro e confisca dei proventi di reato adottata dell'8 novembre 1990 ed alcune direttive comunitarie. Dal punto di vista oggettivo, infatti, la normativa in questione ha esteso il proprio ambito di applicazione *ratione materiae* dal solo sequestro di persona⁶⁰ al traffico di stupefacenti,⁶¹ fino a ricomprendere *qualsiasi* fattispecie di reato.⁶² Analogamente, sul piano soggettivo, si è tentato di coinvolgere nella fase preventiva dapprima solo gli istituti di credito e gli enti finanziari e, successivamente, anche alcune professioni non finanziarie (notai, avvocati, agenti immobiliari; case da gioco, mercanti d'arte, commercianti di articoli di valore) suscettibili di

⁵⁹ Si tratta della Convenzione promossa dalle Nazioni Unite e adottata a Vienna in data 19 dicembre 1988 contro il traffico di stupefacenti e sostanze psicotrope. Cfr. in proposito A. DE GUTTRY, *La Convenzione delle Nazioni Unite contro il traffico illecito di stupefacenti e sostanze psicotrope del 20 dicembre 1988. Commento*, in A. DE GUTTRY, F. PAGANI (a cura di), *La cooperazione tra gli Stati in materia di confisca dei proventi di reato e lotta al riciclaggio. Raccolta commentata della normativa internazionale e delle misure attuative nazionali*, Padova, 1995, p. 45 ss.; F. ROUCHEREAU, *La Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes*, in *Ann. fr. dr. int.*, 1988, p. 603 ss.

⁶⁰ V. la raccomandazione del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, adottata il 27 giugno 1980.

⁶¹ La Convenzione di Vienna del 1988 cit. *supra* nota 59, stabilisce per gli Stati, all'art. 3, l'obbligo di introdurre negli ordinamenti interni sanzioni appropriate nei confronti del riciclaggio di denaro connesso al traffico di stupefacenti.

⁶² In questo senso, come in generale rileva W.C. GILMORE, *L'attività del Gruppo d'Azione*, cit., p. 137, l'art. 1 lett. e della Convenzione sul riciclaggio, identificazione, sequestro e confisca dei proventi di reato adottata dal Consiglio d'Europa l'8 novembre 1990 (attuata in Italia con la Legge 9 agosto 1993 n. 328), il quale fa corrispondere la definizione di *reato presupposto* ai reati in genere, nonché la direttiva del Consiglio delle Comunità europee n. 91/308/CEE, relativa alla prevenzione dell'uso del sistema finanziario a scopo di riciclaggio dei proventi di attività illecite, la quale ha esteso la fattispecie di riciclaggio a reati base diversi dal traffico di stupefacenti e garantito che tutti i soggetti svolgenti in via professionale attività che implicano trasferimento di denaro, non solo enti finanziari e creditizi, ma anche professionisti autonomi, esigano l'identificazione dei clienti che eseguono operazioni di valore superiore ai 15mila euro. Sulla Convenzione v. H.G. NILSSON, *La Convenzione del Consiglio d'Europa sul riciclaggio, la ricerca, il sequestro e la confisca dei proventi di reato. Commento*, in A. DE GUTTRY, F. PAGANI (a cura di), *La cooperazione tra gli Stati*, cit., p. 231 ss.; sulla direttiva v. invece A. DE GUTTRY, *Commento alla direttiva 91/308/CEE del Consiglio ecc.*, *ivi*, p. 293 ss.; N. PARISI, *Il riciclaggio di denaro "sporco" fra cooperazione intergovernativa e attività istituzionale dell'Unione europea*, in *Jus*, 1999, p. 443 ss., part. p. 446 ss.; per un quadro generale v. L.S. ROSSI, *Libera circolazione dei capitali e ordine pubblico nel diritto comunitario: il caso delle norme antiriciclaggio*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1996, p. 43 ss.

essere utilizzate a scopi di riciclaggio.⁶³ Concretamente, gli obblighi gravanti su tali soggetti erano inizialmente limitati a oneri di collaborazione *passiva*, cioè di documentazione e conservazione,⁶⁴ mentre successivamente essi sono stati estesi fino a comprendere vere e proprie forme di collaborazione *attiva*, espressa da obblighi di segnalazione delle operazioni superiori a una determinata cifra e di segnalazione di operazioni sospette, spesso accompagnati dalla minaccia di pesanti sanzioni penali.⁶⁵

Ulteriore caratteristica delle misure antiriciclaggio è, infine, la predisposizione di appositi strumenti, quali il congelamento, il sequestro e la confisca, a disposizione dei soggetti coinvolti (si noti: autorità inquirenti e privati) al fine di garantire un intervento immediato ed efficace nel blocco dei fondi delle organizzazioni criminali. Tutti e tre gli strumenti menzionati

⁶³ V. in proposito la direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio n. 2001/97/CE, adottata in data 4 dicembre 2001 (in *Gazz. Uff. Com. eur.*, L 344 del 28 dicembre 2001, p. 76 ss.). Come correttamente osserva a questo proposito C. LICINI, *Gli obblighi antiriciclaggio posti a carico del notaio. Decreto Legislativo 20 febbraio 2004 n. 56. Commento*, in *Notariato*, 2004, p. 289 ss., p. 290, «la Direttiva 2001/97/CE prende atto soprattutto che l'evoluzione delle tecniche criminose di riciclaggio impiega oggi, oltre a quelle finanziarie, anche strutture non finanziarie, sfruttando professionisti come avvocati, notai, commercialisti, per pianificare e gestire il riciclaggio». Per un'analisi di diritto penale v. A. MANGIONE, *Mercati finanziari e criminalità organizzata: spunti problematici sui recenti interventi normativi di contrasto al riciclaggio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, p. 1102 ss., p. 1121 ss.

⁶⁴ In questo modo, «le fattispecie di violazione degli obblighi di collaborazione passiva della banca o degli altri intermediari con l'autorità indagante costituiscono il cuore del sistema legislativo antiriciclaggio» (M. ZANCHETTI, *Il riciclaggio di denaro*, cit., p. 219). A tal proposito possono ricordarsi l'obbligo di documentazione delle operazioni superiori a 15.000 ECU, l'obbligo di identificazione della clientela in relazione alle operazioni superiori alla soglia fissata e l'obbligo di conservazione della documentazione di riferimento, sanciti rispettivamente dall'art. 3 co. 2, art. 3 co. 1 e art. 4 della direttiva comunitaria n. 91/308/CEE cit. Similmente, la raccomandazione del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa del 1980 richiede a carico degli istituti di credito l'identificazione di tutte le transazioni di importo superiore ai 10.000 ECU.

⁶⁵ Per una interessante panoramica sulla legislazione degli Stati Uniti v. ancora M. ZANCHETTI, *Il riciclaggio di denaro*, cit., pp. 215-229. Cfr. inoltre l'art. 6 della direttiva comunitaria n. 91/308/CEE. Nel caso dell'obbligo di segnalazione, «la 'rivoluzione copernicana' nel ruolo degli intermediari rispetto alla giustizia penale è evidente. Essa consiste nella richiesta ai professionisti del credito e all'intermediazione finanziaria di farsi parte attiva nella ricerca di elementi che possano servire da prova in un processo penale nei confronti della propria stessa clientela: da fiduciari dei clienti i bancari diventano fiduciari della collettività» (*Ibid.*, p. 230). Per alcune annotazioni sull'applicazione di questo obbligo nell'ordinamento bancario svizzero v. P. BERNASCONI, *Fonti giuridiche riguardanti la diligenza nell'accettazione di fondi da parte della banca*, in AA.VV., *Il sistema bancario svizzero contro il riciclaggio*, Bellinzona, 1993, p. 27 ss.

sono considerati essenziali per una efficiente prevenzione e repressione sia del riciclaggio di denaro, sia dei singoli reati-base.⁶⁶

Come per la lotta contro la corruzione, anche quella contro il riciclaggio richiede la cooperazione attiva dei privati quotidianamente coinvolti nei passaggi di denaro e che quindi potrebbero ritrovarsi ad essere complici, più o meno coscienti, del finanziamento di pericolose organizzazioni criminali. Anche qui, dunque, attraverso quella che si è chiamata «cooperazione trasversale», ha luogo una spartizione dell'apparato repressivo tra settore pubblico e privato, in modo che entrambi possa offrire il proprio contributo alla lotta al crimine organizzato: in tal modo, le imprese possono svolgere una funzione pubblicitica in difesa degli interessi della collettività.

13.3. Le «multinazionali del terrore». – La fattispecie di riciclaggio di denaro, esaminata nel paragrafo precedente, si distingue da un diverso reato, che negli ultimi anni ha conosciuto un notevole sviluppo sia sul piano internazionale, sia su quello interno. Si tratta del reato di «finanziamento del terrorismo».⁶⁷ Rispetto al riciclaggio, quest'ultimo si caratterizza per il fatto che l'esigenza di rintracciare il *paper trail* del denaro si presenta, per così

⁶⁶ Com'è noto, il *congelamento* consiste in una misura temporanea dalla quale deriva la perdita del possesso ma non della proprietà; il *sequestro*, invece, è una misura cautelare reale disposta dall'autorità giudiziaria, la quale provvede altresì all'amministrazione dei beni; infine, a seguito della *confisca* di beni, questi passano definitivamente nella proprietà dello Stato. La confisca ha una duplice funzione: da una parte, intervenendo prima che il processo di collocamento sia iniziato, essa intende prevenire l'occultamento dell'oggetto del reato; dall'altra, collocandosi al termine del circuito di riciclaggio, essa è altresì finalizzata a reprimerlo. Così A. DE GUTTRY, *La Convenzione delle Nazioni Unite*, cit., p. 62. A titolo di esempio, si consideri che l'art. 1 lett. *f* della Convenzione delle Nazioni Unite contro il traffico illecito di stupefacenti definisce la confisca come «the permanent deprivation of property by order of a court or other competent authority»; negli stessi termini si esprime l'art. 1 lett. *d* della Convenzione del Consiglio d'Europa del 1990.

⁶⁷ Non è questa la sede né per offrire una definizione di terrorismo, né per ripercorrere le tappe – come pure sarebbe interessante fare – del cammino che ha portato la Comunità internazionale ad interessarsi del problema della repressione e prevenzione degli atti terroristici. Ci si interesserà in questo lavoro solamente del «finanziamento del terrorismo», senza entrare nel dettaglio con riguardo alle questioni di cui sopra. Va comunque evidenziato che al fenomeno non è estraneo il dibattito sul ruolo che alcuni Stati hanno avuto nel sostegno di atti terroristici commessi all'estero ai danni di altri Stati. Ed in effetti, il terrorismo è un mezzo attraverso il quale lo Stato può stabilire la propria egemonia politica su una comunità estera, dirigendone le scelte politiche verso risultati più confacenti ai propri interessi. Su questo specifico aspetto v. W. LAQUEUR, *Il nuovo terrorismo*, Milano, 2002, p. 193; per un'analisi del terrorismo di matrice comunista, sostenuto dall'Unione Sovietica nel corso della Guerra Fredda, v. R.S. CLINE, Y. ALEXANDER, *Terrorism: The Soviet Connection*, New York, 1984; P. NAPOLEONI, *La nuova economia del terrorismo*, Milano, 2004, p. 100 ss.; per un'analisi del caso dell'Iran, più attuale, v. invece G. BAHGAT, *Iran, the United States, and the War on Terrorism*, in *26 Studies in Conflicts & Terrorism*, 2003, p. 93 ss.

dire, invertita: mentre le norme antiriciclaggio mirano a che gli autori del reato o i terzi non traggano vantaggio dal reato stesso, nel finanziamento del terrorismo l'esigenza primaria risiede nell'impedire che i fondi giungano nelle casse delle organizzazioni terroristiche. Le conseguenze dell'attacco terroristico potrebbero essere tanto catastrofiche da far sorgere la necessità di accrescere in maniera esponenziale l'intensità dei controlli esercitati *a priori* sui movimenti di denaro diretti alle suddette organizzazioni. Pertanto, risulta in questo caso prioritario non tanto identificare *la provenienza* i fondi, quanto invece *la loro destinazione*.⁶⁸ Ne deriva che l'apparato di prevenzione e repressione del finanziamento del terrorismo deve essere tenuto ben distinto da quello predisposto in materia di riciclaggio di denaro, anche se spesso il doppio effetto preventivo di entrambe le discipline contribuisce alla confusione tra i due settori.⁶⁹

Ciò premesso, va osservato che il problema del finanziamento del terrorismo e la moltiplicazione degli interventi degli Stati nel settore

⁶⁸ In questo senso v. A. KERSTEN, *Financing of Terrorism. A Predicate Offence to Money Laundering?*, in M. PIETH (ed.), *Financing Terrorism*, Dordrecht/London/Boston, 2002, p. 49 ss., p. 54, 56; AA.VV., *Suppressing The Financing of Terrorism*, in 16 *Current Issues in Crim. Just.*, 2004, p. 71 ss., *passim*; W.C. GILMORE, *Dirty Money. The Evolution of International Measures to Counter Money Laundering and the Financing of Terrorism*, Strasbourg, 2004, p. 119 ss. Così anche D.S. POLITIS, *Money Laundering, Terrorism Financing and Financial Networks*, in 1 *Isr. Def. Forces Law Rev.*, 2003, p. 211 ss. p. 289, secondo la quale «[w]hile for decades authorities were concentrated in tracing funds illegally obtained, the war on terror financing added the enormous task of also tracing the destination of legal funds. This meant that while money laundering legislation can be used as a base to impose penalties and charge terrorists and their supports, as well as to identify their illegal sources of funds, the new nature of terrorism financing needs to be separately addressed. Governmental agencies, financial institutions and businesses must expect to spend considerable amounts to train their employees to refocus their efforts and not only ascertain the legal origin of funds, but that they are destined to a legal activity». Nello stesso senso E. GOUVIN, *Bringing out the Big Guns: The USA Patriot Act, Money Laundering, and the War on Terrorism*, in 55 *Baylor Law Rev.*, 2003, p. 955 ss., p. 973 ss., il quale definisce il problema della lotta al finanziamento del terrorismo come «almost money laundering on reverse». Analogamente, nel senso dell'insufficiente dei classici strumenti antiriciclaggio v. la completa analisi di S. WARNECK, *A Preemptive Strike: Using RICO and AEDPA to Attack Financial Strength of International Terrorist Organizations*, in *Boston Univ. Law Rev.*, 1998, p. 177 ss., p. 226.

⁶⁹ Come rileva recentemente v. L.K. DONOHUE, *Anti-Terrorist Finance in the United Kingdom and United States*, in 27 *Michigan Journ. Int'l Law*, 2006, p. 303 ss., p. 393, vi sono delle similitudini tra la disciplina di contrasto del riciclaggio di denaro ed il regime di misure contro il finanziamento del terrorismo. Precisamente, «money laundering and terrorist finance make use of similar methods to hide and move money. They depend on a lack of transparency and monitoring. And they make use of the same financial systems – such as wire transfers, alternative remittance systems, bulk currency shipments, money transmitters, money changers, and commodity-based trade». L'A. conclude (*ivi*, p. 396) nel senso dell'inadeguatezza della disciplina antiriciclaggio al fine di poter effettivamente controllare i canali di finanziamento del terrorismo. Il che certamente depone a favore di un'autonomia normativa per quest'ultimo.

evidenziano la preoccupazione della Comunità internazionale nei confronti dello sviluppo delle c.d. «multinazionali del terrore». Queste «imprese di morte», dall'aspetto ed attività molteplici, non sono altro che gruppi criminali dediti al supporto, materiale e/o finanziario, delle organizzazioni terroristiche.⁷⁰

La rete delle «multinazionali del terrore» è la più intricata che si possa immaginare. Al suo vertice si trova la c.d. «golden chain», autentica *holding* del terrore, composta da ricchi uomini d'affari, individuati grazie ad un ormai celebre documento informatico sequestrato dalla polizia bosniaca nel marzo 2002 nel corso di una perquisizione negli uffici della filiale di Sarajevo della *Benevolence International Foundation*.⁷¹ Il documento in questione, oggi nelle mani delle autorità statunitensi, contiene i nomi dei più importanti sostenitori della rete terroristica Al Qaeda⁷² ed annovera personaggi di

⁷⁰ Col venir meno del supporto dell'Unione Sovietica dalla fine della Guerra Fredda, i gruppi terroristici esistenti, specialmente quelli operanti in Medio Oriente, sono stati costretti a rivolgersi altrove per il reperimento delle proprie fonti di sostentamento. V. M.J. MORGAN, *The Origins of the New Terrorism*, in 24 *Parameters*, 2004, p. 29 ss., p. 37, il quale non esclude comunque l'esistenza, ancora oggi, di Stati finanziatori di terroristi. Così J.F. THONY, *De l'argent de la drogue au financement du terrorisme: relations internationales et finance criminelle*, in *Gaz. Pal.*, 19-23 maggio 2002, p. 10 ss.; B. STERN, *Le contexte juridique de 'l'après' 11 septembre 2001*, in AA.VV., *Le droit international face au terrorisme*, Paris, 2002, p. 3 ss., p. 9; S.D. COLLINS, *Dissuading State Support of Terrorism: Strikes or Sanctions? (An Analysis of Dussiasion Measures Employed Against Libya)*, in 27 *Studies in Conflict & Terrorism*, 2004, p. 1 ss.; V. C. HEWITT, *The Cost of Terrorism: a Cross-National Study of Six Countries*, in 11 *Terrorism*, 1988, n. 3. Quanto al supporto attualmente fornito ad Al Qaeda (v. *infra* nota 72) da alcuni Stati, secondo il rapporto stilato dalla Commissione d'inchiesta sugli attacchi dell'11 settembre (*Statement no. 15*, p. 10 s.), «[t]here is no convincing evidence that any government financially supported al Qaeda before 9/11», anche se «[s]ome governments may have turned a blind eye to al Qaeda's fundraising activities ... Saudi Arabia has long been considered the primary source of al Qaeda funding, but there is no evidence that the Saudi government as an institution or senior officials within the Saudi government funded al Qaeda».

⁷¹ Sull'episodio in particolare v. E. HEDIMOVIC, E. SULJAGIC, *Le strade di Al Qaeda in Bosnia Erzegovina*, sul sito <<http://www.osservatoriobalcani.org/article/articleview/5177/1/42/>>, consultato in data 25 febbraio 2006.

⁷² Al Qaeda (letteralmente «La Base») è l'organizzazione terroristica di matrice islamica facente capo a Osama bin Laden. Come rileva in via generale M. BASILE, *Going to the Source: Why Al Qaeda's Financial Network Is Likely to Withstand the Current War on Terrorist Financing*, in 27 *Studies in Conflict & Terrorism*, 2004, p. 169 ss., p. 169, «Al Qaeda's strength is a global financial system of licit and illicit companies, private investors, government sponsors, and religious 'charities' that fund Al Qaeda operations». Si calcola che i fondi a disposizione di Al Qaeda ammontino a oltre 30 milioni di dollari all'anno: per un resoconto recente v. L.K. DONOHUE, *Anti-Terrorist Finance*, cit., pp. 359-367. In generale cfr. M. BASILE, *Going to the Source*, cit., p. 170 s.; D.M. JONES, M.R. SMITH, M. WEEDING, *Looking for the Pattern: Al Qaeda in Southeast Asia – The Genealogy of a Terror Network*, in 27 *Studies in Conflicts & Terrorism*, 2004, p. 443 ss., in particolare lo schema esplicativo a p. 445; B. HOFFMAN, *Al Qaeda, Trends in Terrorism, and Futures*

spicco del mondo islamico, tra cui i fratelli bin Laden, a capo di numerose fondazioni e società commerciali sparse per il mondo, i cui interessi spaziano dal settore edile ai trasporti, dai servizi bancari alla vendita di automobili, dal commercio di miele all'intermediazione finanziaria.⁷³ Né sono escluse da questo quadro associazioni internazionali senza scopo di lucro,⁷⁴ quali ad esempio la celebre *Global Relief Foundation*, oggetto di diverse misure da parte del governo americano⁷⁵ ed il colosso multinazionale *Al-Taqwa*, con sede a Nassau, che si occupa del trasferimento di denaro per conto delle comunità islamiche sparse per il mondo ed il cui azionista di riferimento è rappresentato dal gruppo estremista Al-Islah, la Fratellanza Musulmana del Kuwait. Tra le società commerciali spicca il *Saudi Binladin Group*, la multinazionale fondata dalla famiglia bin Laden e operante nel settore edile, delle comunicazioni e dell'editoria, del quale fanno parte numerose società create dallo stesso Osama Bin Laden dopo il suo esilio dall'Arabia Saudita ed il cui fatturato annuo supera i 5 miliardi di dollari.⁷⁶

Talvolta, queste imprese risultano integrate all'interno delle organizzazioni terroristiche, tanto da non potersi distinguere da esse.⁷⁷

Potentialities: An Assessment, *ivi*, p. 413 ss.; M. ALLAM, *Come funziona la rete di bin Laden*, in *La guerra del terrore*, in *I Quaderni speciali di Limes*, 2001, p. 81 ss., p. 85.

⁷³ Per un resoconto v. A. MORIGI, *Multinazionali del terrore*, Casale Monferrato, 2004, pp. 40-54.

⁷⁴ Cfr. Y. BANIFATEMI, *La lutte contre le financement du terrorisme*, cit., p. 111 ss. Deve anche dirsi che la proliferazione dei suddetti enti è stata promossa dal Governo americano – negli anni Ottanta – con l'intento di fornire ai *mujabeddin* afgani impegnati nella lotta contro l'invasore sovietico. V. E. LICHTBLAU, *US Indicts Head of Islamic Charity in Qaeda Financing*, in *The New York Times*, 10 ottobre 2002, anche con riferimento al finanziamento, tramite questo sistema, dei gruppi armati attivi in Cecenia, Bosnia e Pakistan. V. anche il rapporto pubblicato da Judicial Watch in relazione agli enti non lucrativi che ricevono assistenza finanziaria da parte delle Agenzie del Governo americano mentre in realtà trasmettono fondi all'organizzazione di bin Laden: *Judicial Watch Press*, 28 settembre 2001, in <www.judicialwatch.org/1045.html>.

⁷⁵ Cfr. M. BASILE, *Going to the Source*, cit., p. 173.

⁷⁶ V. in proposito il saggio di A. MORIGI, *Multinazionali del terrore*, cit., p. 37, 40 ss.; per l'esame di alcuni casi analoghi v. N. RAPHAELI, *Financing of Terrorism: Sources, Methods and Channels*, in *15 Terrorism and Political Violence*, 2003, 4, p. 59 ss., p. 66 s.; L. NAPOLEONI, *La nuova economia del terrorismo*, Milano, 2004, p. 221 ss.; J.F. THONY, *De l'argent de la drogue*, cit.

⁷⁷ In base agli studi compiuti in seno al Gruppo internazionale d'Azione Finanziaria (FATF/GAFI), la principale fonte di finanziamento del terrorismo è costituita dal traffico di stupefacenti e da varie tipologie di frodi, nonché dalla movimentazione di fondi clandestini in monete, l'utilizzo di depositi frazionati su conti bancari, gli acquisti di diversi strumenti monetari, l'utilizzo di carte di credito o di debito e di giroconti i cui proventi vengono successivamente riciclati. Cfr. FATF, *Report on Money Laundering Typologies 1999-2000*, 3 febbraio 2000, par. 56 ss.; v. anche Y. BANIFATEMI, *La lutte contre le financement du terrorisme*, in *Ann. fr. dr. int.*, 2002, p. 103 ss., p. 110 s.

Inoltre, molte di esse si dedicano ad attività perfettamente lecite.⁷⁸ In questo caso, dunque, il loro scopo primario è lo svolgimento di attività commerciale, mentre il loro fine secondario resta quello di dirottare fondi, strutture, beni o servizi ad autori, ideatori o organizzatori di attacchi terroristici. In tal modo, la stessa attività, commerciale o solidaristica, diventa occasione di profitto e sostegno per i terroristi.⁷⁹

Le multinazionali del terrore utilizzano anche *canali preferenziali* per il passaggio di denaro verso i propri adepti. Si pensi, anzitutto, alla concessione di prestiti alle c.d. «cellule dormienti», che vengono così fornite del supporto finanziario adeguato alla predisposizione di attentati terroristici.⁸⁰ Si può inoltre fare riferimento al sistema dell'*hawala*, consistente nel «trasferimento» di fondi mediante il deposito di denaro in uno Stato e l'incasso in un altro, attraverso un fiduciario (*hawaladar*): poiché per tradizione non è richiesta l'identità del trasferente né del beneficiario e tutti i dati contabili vengono distrutti, è quasi impossibile individuare i soggetti coinvolti nella transazione e le tracce del denaro.⁸¹ È questo il caso,

⁷⁸ Per un'illustrazione del caso di Yassin Al-Qadi, coinvolto nel riciclaggio di denaro attraverso società legali negli Stati Uniti v. N. RAPHAELI, *Financing of Terrorism: Sources, Methods and Channels*, in *15 Terrorism and political violence*, 2003, 4, p. 59 ss., p. 66 s. Non è inutile ricordare in questa sede che l'impero finanziario di Osama bin Laden è costituito principalmente da attività legali, esercitate sotto forma di società impegnate nel settore edilizio in diversi paesi. V. per tutti J. MINTZ, *Bin Laden's Finance are Moving Target*, in *The Washington Post*, 28 agosto 1998; Y. SHAHAR, *Tracing bin Laden's Money: Easier Said than Done*, 21 settembre 2001, sul sito <www.ict.org>; K. EICHENWALD, *A Nation Challenged: the Money*, in *New York Times*, 10 dicembre 2001.

⁷⁹ Come è facile intuire, in questo ambito risulta estremamente difficile «tracciare una linea di demarcazione tra il settore economico puramente criminale e quello legale» (T. TREVISSON LUPACCHINI, *Strumenti internazionali per il contrasto del riciclaggio di capitali*, in *Giust. pen.*, 2002, III, c. 193 ss.).

⁸⁰ Le c.d. «cellule dormienti» sono formate da individui integrati nelle comunità occidentali, i quali ricevono fondi da parte delle organizzazioni terroristiche al fine di intraprendere attività perfettamente lecite – solitamente piccole imprese artigianali individuali o familiari – in attesa della chiamata alle armi da parte delle organizzazioni stesse (cfr. L. NAPOLEONI, *La nuova economia del terrorismo*, p. 218).

⁸¹ Si calcola che il fatturato annuo del settore ammonti a complessivi 200 miliardi di dollari: S. VAKNIN, *Analysis: Hawala, the Bank that Never Was*, 17 settembre 2001, sul sito della *Un. Press Int.*, <www.upi.com>; cfr anche M. BASILE, *Going to the Sources*, cit., p. 173 s. V. inoltre TREHAN, *Underground and Parallel Banking System*, in *10 Journ. Fin. Crime*, 2002, p. 76 ss.; N. RAPHAELI, *Financing of Terrorism*, cit., p. 70. Cfr inoltre quanto esposto sul sito <<http://www.fbi.gov/congress/congress02/lormel021202.htm>>. Le transazioni degli *hawala* sono gestite in tutto il mondo da due principali società, al-Barakaat e al-Taqwa-Nada Management Group, con sede legale rispettivamente in Somalia e in Nassau; uno degli azionisti principali di questo secondo istituto è costituito da al-Islah, la fratellanza musulmana del Kuwait (L. NAPOLEONI, *La nuova economia del*

per esempio, delle società costituite negli anni Ottanta per raccogliere fondi a favore della lotta dei *mujaheddin* afgiani contro l'invasore sovietico e poi divenute mezzo per l'erogazione di fondi a beneficio di Al Qaeda.⁸² Oggi la maggioranza di tali enti si finanzia attraverso una tassa sulla ricchezza denominata *zakat* e prescritta dal Corano, che viene applicata direttamente dagli istituti di credito nella misura del 2% sul valore di ogni transazione effettuata. Le operazioni concernenti la *zakat* sono destinate a sfuggire ad ogni controllo, dal momento che nessuna di esse viene registrata.⁸³

Come si accennava all'inizio, si tratta di canali di pagamento rispetto ai quali un controllo sulla *paper trail* si rivelerebbe del tutto inutile. Sul punto, il FATF ha raccomandato agli Stati l'adozione di disposizioni specifiche in materia di trasparenza⁸⁴ ed auspicato l'introduzione di più rigidi controlli, normativi ed amministrativi, da parte degli organi di *auditing* e degli amministratori sulla gestione dei fondi raccolti.⁸⁵ Per quanto concerne le transazioni internazionali, il Gruppo stesso ha richiamato la necessità di un'adeguata cooperazione tra gli Stati, in grado di favorire lo scambio di informazioni concernenti gli enti operanti sul piano transnazionale.⁸⁶ Secondo questo organismo, inoltre, potrebbe essere particolarmente vantaggioso a fini dissuasivi che gli istituti bancari condizionino la

terrorismo, cit., p. 219; M. BASILE, *Going to the Sources*, cit., p. 176). Recentemente v. J. WHEATLEY, *Ancient Banking, Modern Crimes: How Hawala Secretly Transfers The Finances of Criminals and Thwarts Existing Laws*, in 26 *Univ. Pennsylvania Journ. Int'l Econ. Law*, 2005, p. 347 ss., p. 353.

⁸² Per un caso v. N. RAPHAELI, *Financing of terrorism*, cit., p. 63 s.; v. inoltre, sempre su questo caso, la sentenza della Court of Appeals del Distretto della Columbia, resa in data 20 giugno 2003 nella causa *Holy Land Foundation for Relief & Development v. John Ashcroft*, 357 U.S. App. D.C. 35 (2003).

⁸³ Cfr. L. NAPOLEONI, *La nuova economia del terrorismo*, cit., pp. 173-177; P.M. GEMELLI, *Integrazione europea e circolazione dei capitali: l'attività bancaria e creditizia alla luce delle norme contro il finanziamento del terrorismo internazionale*, in *Riv. coop. giur. int.*, 2004, p. 67 ss., p. 71 s.

⁸⁴ V. a questo proposito, la raccolta delle *International best practices* redatta in data 11 ottobre 2002 dal FATF sul tema *Combating the abuse of non-profit organizations*, che al par. 7 evidenzia l'esigenza, a carico dell'organizzazione non lucrativa, di presentare un completo programma in relazione all'utilizzo dei fondi a disposizione della stessa e di creare un organo di controllo interno, nonché di servirsi di conti bancari registrati e di mercati finanziari formali. A parere del FATF (*ivi*, parr. 8-10), sarebbe inoltre opportuno adottare criteri di trasparenza dei fini dell'organizzazione, soprattutto nel momento in cui l'organizzazione si pone alla ricerca di finanziatori.

⁸⁵ Su questo punto il FATF (*Combating the abuse*, cit., parr. 13-16) ha stabilito l'opportunità di responsabilizzare gli amministratori degli enti non lucrativi, attraverso sistemi di controllo interno sulla gestione dei fondi.

⁸⁶ Cfr. FATF, *Combating the abuse*, cit., par. 12.

concessione di finanziamenti all'utilizzo, da parte degli enti richiedenti, di canali finanziari formali, registrati e quindi suscettibili di un maggior controllo.⁸⁷

Il coinvolgimento degli istituti finanziari – e più in generale degli enti coinvolti nei passaggi di denaro – ha una spiegazione di carattere economico. Da questo punto di vista, infatti, risulta meno oneroso per gli istituti finanziari individuare la destinazione dei fondi, piuttosto che risalire a ritroso al fine di ricostruire la pista cartacea percorsa da una determinata somma di denaro.⁸⁸ Il presupposto di questo schema è, evidentemente, la certezza in merito all'esatta qualificazione del destinatario: ove quest'ultimo corrisponda ad un soggetto certamente legato ad un'organizzazione terroristica, potrà scattare validamente il congelamento dei suoi beni. Anzi, su questi presupposti si è costruita l'intera normativa in materia di repressione del finanziamento del terrorismo, che funziona pertanto sulla base di precisi elenchi di persone, enti ed organizzazioni terroristiche. Rispetto ai soggetti inseriti in queste *proscription lists*, qualsiasi movimento di fondi o di beni dovrebbe considerarsi finalizzato a supportare attività terroristiche e, dunque, passibile di congelamento.

La formula della *proscription list* deriva dalla disciplina antiterrorismo adottata dagli Stati Uniti d'America all'inizio degli anni Novanta.⁸⁹ Tale disciplina attribuiva al Governo il potere di procedere al congelamento dei beni a disposizione delle persone e degli enti iscritti in un elenco stilato dal Governo stesso. Su quella stessa via, l'*Anti-Terrorism and Effective Death*

⁸⁷ FATF, *Combating the abuse*, cit., par. 21 ss. Come rileva I. BANTEKAS, *The International Law of Financing Terrorism*, cit., p. 322, nella sua *Guidance for Financial Institutions*, cit., allegato 1, par. D, 4, il FATF ha anche raccomandato alle istituzioni finanziarie di porre particolare attenzione alle «financial transactions for which there appears to be no logical economic purpose or in which there appears to be no link between the stated activity of the organisation and the other parties of the transactions».

⁸⁸ Sugli alti costi di cui il sistema finanziario si è fatto carico nella lotta contro il riciclaggio di denaro v. D. ALFORD, *Anti-Money Laundering Regulations: A Burden on Financial Institutions*, in 19 *North Carolina Journ. Int. & Comm. Reg.*, 1993, p. 437 ss.; M. CUELLAR, *The Tenuous Relationship between the Fight against Money Laundering and the Disruption of Criminal Finance*, in 93 *Journ. Crim. Law & Criminology*, 2002, p. 311 ss.; per un prospetto deludente sui risultati della lotta al riciclaggio e le ragioni ad esso sottostanti v. M. DALEY, *Effectiveness of United States and International Efforts to Combat International Money Laundering*, in *St. Louis-Warsaw Transatlantic Law Journ.*, 2000, p. 175 ss., p. 194 ss.

⁸⁹ Cfr. M. MEGLIANI, L. RADICATI DI BROZOLO, *Freezing the Assets of International Terrorist Organizations*, in A. BIANCHI (ed.), *Enforcing International Law Norms against Terrorism*, Oxford, 2004, p. 378 ss.

Penalty Act del 1996, oltre a prevedere apposite fattispecie penali repressive di condotte di «material support», anche finanziario, del terrorismo internazionale, attribuisce al Dipartimento del Tesoro la facoltà di ordinare il congelamento e il blocco di flussi finanziari relativi a capitali riconducibili a gruppi terroristici.⁹⁰ Il meccanismo delle *proscription lists* previsto dalla normativa da ultimo indicata funziona attraverso una procedura di determinazione delle organizzazioni terroristiche da parte del Dipartimento del Tesoro, alla quale segue un'eventuale fase impugnativa di 30 giorni, dopodichè le organizzazioni iscritte si considerano *foreign terrorist organizations* e dal solo fatto dell'iscrizione sorgono a carico delle stesse alcuni effetti, che vanno dal divieto ai loro membri che non siano cittadini americani di entrare nel territorio degli Stati Uniti, al congelamento automatico dei beni, alla punibilità di tutte le persone che forniscono coscientemente supporto o risorse a favore di tali organizzazioni e, infine, all'obbligo per le istituzioni finanziarie che controllano i fondi delle medesime di disporre il congelamento.⁹¹

La formula della *proscription list* rappresenta oggi il modello generale di repressione del finanziamento del terrorismo anche nell'ordinamento internazionale. Anzitutto, detto modello è stato utilizzato per adottare sanzioni nei confronti di Al Qaeda e dei suoi adepti dopo gli attentati di Nairobi e Dar es-Salam del 7 agosto 1998. In quell'occasione, il Consiglio di Sicurezza ha richiesto agli Stati il congelamento di tutti i fondi e delle risorse finanziarie prima dei Talebani,⁹² poi direttamente di Al Qaeda. Con la

⁹⁰ Nell'*Anti-Terrorism Act* del 1990, 18 U.S.C. § 2339A (2000), il concetto di *material support* ad attività terroristiche è esteso a ogni «currency or other financial securities, financial services» e così pure nell'*Anti-Terrorism and Effective Death Penalty Act* del 1996, 28 U.S.C. § 1605(a)(7) (2000). La definizione di *atto terroristico* prevista dalla normativa *de qua* comprende atti di dirottamento aereo, sequestro di persona, omicidio, nonché l'uso di esplosivi o armi da fuoco di qualsiasi genere, «with the intent to endanger, directly or indirectly, the safety of one or more individuals or to cause substantial damage to property» (8 U.S.C. § 1182(a)(3)(B)(ii)). Cfr. sul tema S. WARNECK, *A Preemptive Strike*, cit., p. 213 ss.; J. FURST, *Guilt by Association and the AEDPA's Fund Raising*, in *New York Law School Journ. Hum. Rights*, 1999, p. 475 ss.

⁹¹ Le relative norme si trovano codificate in 8 U.S.C. § 1189(b) (2000) e 18 U.S.C. § 2339(B) (2000). Per un caso di contestazione v. la decisione della District Court del Distretto della Columbia, *Holy Land Foundation for Relief & Development v. John Ashcroft*, cit. *supra*, alla nota 82.

⁹² La risoluzione del 15 ottobre 1999 n. 1267 (1999) dispone, al par. 4 lett. b, a partire dal 14 novembre 1999 (cfr. par. 3) il congelamento di ogni «funds and other financial resources, including funds derived or generated from property owned or controlled directly or indirectly by the Taliban, or by any undertaking owned or controlled by the Taliban», garantendo altresì gli Stati che «neither they nor any other funds or financial resources so designated are made available, by their nationals

risoluzione n. 1267 del 15 ottobre 1999, il Consiglio ha disposto il congelamento di tutti i fondi e le risorse finanziarie dell'organizzazione, nonché il divieto di messa a disposizione degli stessi a favore delle persone, proprietà, entità legate ad Al Qaeda, secondo un elenco stilato da un apposito Comitato Sanzioni;⁹³ con la successiva risoluzione n. 1333 del 19 dicembre 2000, il Consiglio ha imposto agli Stati il congelamento dei beni di Osama bin Laden e delle persone ed entità legate ad Al Qaeda, come stabilito dallo stesso Comitato Sanzioni;⁹⁴ tutte queste misure sono state poi incrementate con risoluzioni successive.⁹⁵ In sostanza, il Comitato Sanzioni canalizza le informazioni contenute nelle *proscription lists* presentate dagli Stati e provvede all'aggiornamento delle stesse.⁹⁶ Le multinazionali del terrore dovrebbero così essere private del sostegno finanziario, da chiunque ricevuto.

Che dire delle organizzazioni terroristiche diverse da Al Qaeda? Per esse è stata stabilita una diversa disciplina, non basata su una *proscription list* a carattere generale, bensì formata sugli obblighi di repressione e cooperazione a carico degli Stati. L'esistenza di questi due sistemi paralleli – uno dedicato appositamente ad Al Qaeda ed uno, diverso, rivolto a tutte le altre organizzazioni – trova la sua ragion d'essere nell'assenza, nel diritto internazionale, di una definizione generale di «atto terroristico». Mentre

or by any persons within their territory, to or for the benefit of Taliban or any undertaking owned or controlled, directly or indirectly, by the Taliban».

⁹³ Il Comitato Sanzioni ha il compito di ottenere dagli Stati informazioni, di predisporre periodiche relazioni al Consiglio, di designare i fondi e le altre risorse finanziarie colpite dalle misure e, infine, di esaminare le richieste di esenzione (risoluzione n. 1267, cit., par. 6).

⁹⁴ Stabilisce infatti la risoluzione n. 1333 (2000) del 19 dicembre 2000, par. 8 lett. c, che tutti gli Stati devono «freeze without delay funds and other financial assets of Usama bin Laden and individuals and entities associated with him as designated by the Committee, including these in the Al-Qaida organization, and including funds derived or generated from property owned or controlled directly or indirectly by Usama bin Laden and individuals and entities associated with him, and to ensure that neither they nor any other funds or financial resources are made available, by their nationals or by any persons with their territory, directly or indirectly, for the benefit of Usama bin Laden, his associated or any entities owned or controlled, directly or indirectly, by Usama bin Laden or individuals and entities associated with him including Al-Qaida organization and request the Committee to maintain an updated list, based on information provided by States and regional organizations, of the individuals and entities designated as being associated with Usama bin Laden, including those in Al-Qaida organization».

⁹⁵ V. le risoluzioni n. 1390 (2002) del 16 gennaio 2002, par. 2 ss. e n. 1455 (2003) del 17 gennaio 2003, par. 3 e 4.

⁹⁶ V. le *Guidelines* del Comitato Sanzioni, emesse il 7 novembre 2002 e modificate in data 10 aprile 2003, reperibili sul sito <http://www.un.org/Docs/sc/committees/1267/1267_guidelines.pdf>.

infatti sembra esservi un sostanziale consenso della Comunità internazionale sul carattere terroristico dell'organizzazione dei talebani e di Al Qaeda, per cui gli Stati si sono trovati concordi nell'adottare, sul piano internazionale, misure dirette a colpire tali organizzazioni, lo stesso non può dirsi con riguardo a tutti gli altri gruppi terroristici, sulla cui identificazione evidentemente pesano le motivazioni politiche dei singoli Stati.⁹⁷ La risposta del diritto internazionale però, anche in questo settore, è stata tutto sommato unitaria, soprattutto in sede europea. Come si vedrà, infatti, sono stati elaborati diversi strumenti per completare la prevenzione e la repressione e responsabilizzare non solo gli organi statali, ma anche i privati a collaborare insieme contro le multinazionali del terrore.

14. Le risposte del diritto internazionale.

È giunto il momento di sottoporre ad esame le norme internazionali concernenti i tre settori sinora analizzati. Per ciascuno di essi si è offerto un quadro generalissimo finalizzato a dare conto dei problemi afferenti l'attività di imprese multinazionali nell'ambito dei reati d'impresa. Ora è opportuno darvi uno sguardo d'insieme, assumendo come punto di partenza le regole di responsabilità penale contenute nei singoli strumenti applicabili. Nelle pagine che seguono, si focalizzerà l'attenzione altresì – e soprattutto – sulle modalità con le quali *le imprese stesse si sono fatte carico di una funzione preventiva nella lotta contro la criminalità d'impresa*, osservando come, nella gran parte dei casi, questo processo ha rappresentato l'esito di una serie di negoziazioni multilaterali sfociate nell'adozione di trattati internazionali.

14.1. La lotta alla corruzione. – Seguendo lo schema sinora utilizzato, si farà riferimento anzitutto alla lotta alla corruzione. Come si ricorderà, il FCPA ha costituito la prima normativa organica in materia di corruzione dei funzionari all'estero; ad esso hanno fatto seguito alcune iniziative internazionali, concretatesi in normative di *soft law* emanate dalle organizzazioni interessate.⁹⁸ L'esperienza del FCPA è significativa onde

⁹⁷ In tal senso M. MEGLIANI, L. RADICATI DI BROZOLO, *Freezing Assets*, cit., p. 397.

⁹⁸ V. *supra* § 13.1.

comprendere l'atteggiamento assunto dalle imprese multinazionali con base negli Stati Uniti negli anni successivi all'approvazione di quella legge. Al riguardo, le imprese hanno iniziato ad adottare codici di comportamento interni al fine di precostituirsi un sistema idoneo, ai sensi delle *Sentencing Guidelines for Organizations*, a sottrarsi alle sanzioni conseguenti ai giudizi di corruzione.⁹⁹ Tra gli elementi caratteristici di questi codici possono ricordarsi la presenza di incentivi alla segnalazione di operazioni sospette da parte dei dipendenti, l'obbligo a carico del personale di presentare un rapporto periodico sul rispetto delle norme federali, l'esclusione dagli avanzamenti di carriera per quei dipendenti che hanno violato quelle stesse norme.

Un particolare incentivo è costituito dall'estensione delle norme del FCPA fino a ricomprendere, nelle maglie della responsabilità penale ivi prevista, anche le condotte corruttive poste in essere da terzi. Infatti, può incorrere in responsabilità anche chi, semplicemente, effettua un pagamento a favore di «any person, while *knowing* that all or a portion of such money or thing of value will be offered, given, or promised, directly or indirectly, to any foreign official» per fini di corruzione.¹⁰⁰ Questa disposizione è in grado di imporre al datore della somma di denaro l'internalizzazione dei costi di monitoraggio non soltanto dell'agente ricevente, ma anche del terzo ricevente finale della somma o della cosa, sicché in sede processuale la circostanza di aver sostenuto tali costi si atteggia quale causa esimente della responsabilità del primo datore.¹⁰¹

⁹⁹ Sul punto v. G. ACQUAVIVA, *La legislazione statunitense*, cit., p. 642 ss. Rileva in particolare l'A. (*ivi*, p. 633 alla nota 31) che questo meccanismo di combinazione tra le norme del FCPA ed i codici di condotta interni basati sullo schema delle *Sentencing Guidelines for Organizations* «'privatizza' in parte il controllo che le autorità pubbliche solitamente eseguono sull'elemento soggettivo della condotta criminale; il fatto che uno schema di controllo interno *di per sé* funzioni come circostanza attenuante comporta, in un certo qual modo, un alto livello di fiducia del pubblico nella capacità di autoregolamentazione da parte dei soggetti privati».

¹⁰⁰ 15 U.S.C. § 78dd-2(3), cors. agg. Nella versione originale del FCPA, la norma citata prevedeva che il soggetto avesse una qualche «reason to know» che il pagamento da lui effettuato ad un terzo intermediario finisse nelle tasche di un ufficiale corrotto. Nel 1988, la disposizione in parola fu modificata, attraverso il *Trade Act* del 23 agosto 1988, Pub. L. No. 100-418, 102 Stat. 1419, che sostituì l'espressione menzionata con l'avverbio «*knowingly*». Sul punto v. J.E. IMPERT, *A Program for Compliance with the Foreign Corrupt Practices Act and Foreign Law Restrictions on the Use of Sales Agents*, in 24 *Int'l Lawyer*, 1990, p. 1009 ss., spec. p. 1013 ss.

¹⁰¹ Secondo G. ACQUAVIVA, *La legislazione statunitense*, cit., p. 646, «lo *standard* della conoscenza (*knowingly*) è stato interpretato come un obbligo in capo alla società di controllare, ove dia

Questo schema è rimasto alla base degli sviluppi successivi in materia di corruzione. Sotto questo profilo, era chiaro a tutti gli operatori, *in primis* al governo americano, che la normativa contenuta nel FCPA non sarebbe stata pienamente efficace finché anche altri Stati non avessero assunto lo stesso atteggiamento nella lotta alla corruzione internazionale.¹⁰² Anzi, giustamente le imprese americane in più occasioni denunciarono che l'applicazione di una normativa anticorruzione ai soli cittadini statunitensi aveva prodotto degli svantaggi nella competizione con imprese estere che, invece, avevano mano libera nella corruzione dei funzionari stranieri.¹⁰³ Così, si moltiplicarono negli anni le pressioni diplomatiche degli Stati Uniti al fine dell'adozione di una Convenzione internazionale sul tema, che vide la luce il 17 dicembre 1997 in sede OCSE.¹⁰⁴

La norma centrale di questa Convenzione è rappresentata dall'art. 1, che definisce il reato di corruzione di un funzionario straniero, che gli Stati firmatari sono tenuti ad introdurre nei propri ordinamenti interni. Al riguardo, deve evidenziarsi che le norme della Convenzione sono destinate ad applicarsi con riferimento alle ipotesi di corruzione coinvolgenti un *foreign public official*, indipendentemente dallo Stato di appartenenza – firmatario o meno della Convenzione – dello stesso.¹⁰⁵

È altresì importante sottolineare che la Convenzione non impone agli Stati l'introduzione di una normativa *ad hoc* in materia di responsabilità penale delle persone giuridiche. L'art. 2 si limita infatti a stabilire che gli Stati si impegnino, «as may be necessary, in accordance with its legal

ragionevolmente possibile, le attività commerciali dei terzi intermediari coinvolti in un pagamento a funzionari pubblici stranieri».

¹⁰² Cfr. E.C. LASHBROOKE, *The Foreign Corrupt Practices Act of 1977: A Unilateral Solution to an International Problem*, in 12 *Cornell Int'l Law Journ.*, 1979, p. 227 ss.

¹⁰³ Su questo punto v. C.L. HALL, *The Foreign Corrupt Practice Act: A Competitive Disadvantage, But For How Long*, in 2 *Tulane Journ. Int'l & Comp. Law*, 1994, p. 289 ss.

¹⁰⁴ La Convenzione sulla lotta alla corruzione dei funzionari stranieri nelle transazioni commerciali internazionali, firmata a Parigi il 17 dicembre 1997, può leggersi in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, p. 1358 ss. ed in *Dir. comm. int.*, 1998, p. 985 ss. Si vedano i commenti di U. DRAETTA, *La nuova Convenzione OECD e la lotta alla corruzione nelle operazioni commerciali internazionali*, in *Dir. comm. int.*, 1998, p. 969 ss., p. 973 ss.; G. SACERDOTI, *La Convenzione OCSE del 1997*, cit., p. 1354 ss.

¹⁰⁵ L'art. 1 co. 4 lett. a della Convenzione di Parigi definisce il «foreign public official» come «any person holding a legislative, administrative or judicial office of a foreign country, whether appointed or elected; any person exercising a public function for a foreign country, including for a public agency or public enterprise; and any official or agent of a public international organization».

principles, to establish the liability of legal persons for the bribery of a foreign public official» (cors. agg.). Ciò significa che, mentre gli Stati che sono già dotati di tale normativa dovranno implementarla rispetto al reato previsto dall'art. 1, quelli che non la prevedono non saranno obbligati ad introdurla.¹⁰⁶ Questa soluzione è frutto evidente di un compromesso: piuttosto che vedersi opporre ostacoli alla ratifica in punto di responsabilità delle persone giuridiche da parte degli Stati che ancora non la contemplino, i redattori della Convenzione hanno preferito utilizzare una formula piuttosto generica, che fa salvi comunque i principi interni in materia di responsabilità.

A nostro modo di vedere, vi sarebbero altre norme della Convenzione apparentemente incompatibili con l'assenza di una responsabilità penale delle persone giuridiche per il delitto di corruzione. Si tratterebbe, precisamente, dell'art. 3 co 1, che impone che le sanzioni stabilite per il delitto di corruzione *ex art. 1* siano «effective, proportionate and dissuasive»; l'art. 3 co. 2, che richiede che gli Stati i cui ordinamenti non prevedono la responsabilità penale degli enti assicurino, comunque, che gli stessi siano assoggettati a sanzioni «effective, proporzionate and dissuasive»;¹⁰⁷ l'art. 3 co. 3, che, imponendo agli Stati di prevedere misure di sequestro e confisca dei proventi della corruzione, si riferisce evidentemente a misure d'impianto penalistico;¹⁰⁸ l'art. 8 che, dedicato alla trasparenza

¹⁰⁶ Sul problema v. U. DRAETTA, *La Convenzione OECD*, cit., p. 975 s.; G. SACERDOTI, *La Convenzione OCSE del 1997*, cit., p. 1354 s., il quale (a p. 1355) nota che «il regime complessivo nei paesi in cui le società sono soggette al diritto penale rispetto a quelle in cui esse non lo sono rischia di divergere anche notevolmente. Organizzare un sistema di repressione ed applicazione di sanzioni non penali a carico di società, dove questo schema non esiste in via generale, può non essere agevole».

¹⁰⁷ Dispone infatti l'art. 3 della Convenzione di Parigi che «[i]n the event that, under the legal system of a Party, criminal responsibility is not applicable to legal persons, that Party shall ensure that legal persons shall be subject to effective, proportionate and dissuasive non-criminal sanctions, including monetary sanctions, for bribery of foreign public officials».

¹⁰⁸ L'art. 3 co. 3 della Convenzione di Parigi stabilisce che «[e]ach Party shall take such measures as may be necessary to provide that the bribe and the proceeds of the bribery of a foreign public official, or property the value of which corresponds to that of such proceeds, are subject to seizure and confiscation or that monetary sanctions of comparable effect are applicable». Per alcune osservazioni in merito al legame tra l'istituto della confisca prevista dall'attuale art. 19 del D.Lgs. n. 231/2001 e il panorama internazionale e comparato in materia v. L. FORNARI, *La confisca del profitto nei confronti dell'ente responsabile di corruzione: profili problematici*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2005, p. 63 ss., p. 75 ss.

contabile, ricorda la relativa normativa, di natura strettamente penale, del FCPA statunitense.¹⁰⁹

Ma non è solo dal contenuto delle norme della Convenzione che si desume l'inadeguatezza degli ordinamenti privi di regimi di responsabilità penale dell'impresa. Anzitutto, la Convenzione stessa deve coordinarsi con gli altri strumenti internazionali relativi alla lotta al riciclaggio, come stabilito espressamente dal suo art. 7.¹¹⁰ Di questi strumenti, alcuni impongono agli Stati firmatari l'adozione di una responsabilità penale delle persone giuridiche, al fine di consentire un'adeguata repressione dei fenomeni di criminalità d'impresa di volta in volta rilevanti. Precisamente, l'art. 3 del Secondo Protocollo della Convenzione del 26 luglio 1995 relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee, firmato il 19 giugno 1997, stabilisce la responsabilità delle persone giuridiche per frode, corruzione attiva e riciclaggio di denaro, qualora uno di tali delitti sia commesso da una persona che ricopre un «posto dominante» all'interno della persona giuridica,¹¹¹ disegnando altresì una serie di sanzioni tipiche per tale forma di

¹⁰⁹ Recita l'art. 8 della Convenzione in esame:

«1. In order to combat bribery of foreign public officials effectively, each Party shall take such measures as may be necessary, within the framework of its laws and regulations regarding the maintenance of books and records, financial statement disclosures, and accounting and auditing standards, to prohibit the establishment of off-the-books accounts, the making of off-the-books or inadequately identified transactions, the recording of non-existent expenditures, the entry of liabilities with incorrect identification of their object, as well as the use of false documents, by companies subject to those laws and regulations, for the purpose of bribing foreign public officials or of hiding such bribery.

2. Each Party shall provide effective, proportionate and dissuasive civil, administrative or criminal penalties for such omissions and falsifications in respect of the books, records, accounts and financial statements of such companies».

¹¹⁰ L'art. 7 della Convenzione stabilisce infatti che «[e]ach Party which has made bribery of its own public official a predicate offence for the purpose of the application of its money laundering legislation shall do so on the same terms for the bribery of a foreign public official, without regard to the place where the bribery occurred».

¹¹¹ V. il Secondo Protocollo della Convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee, firmato in data 19 giugno 1997 (v. *G.U.C.E.*, C221 del 19 luglio 1997), che accede alla relativa Convenzione del 26 luglio 1995 (v. *G.U.C.E.*, C316 del 27 novembre 1995), entrata in vigore in data 17 ottobre 2002 e ad un Primo Protocollo del 27 settembre 1996 (in *G.U.C.E.*, C313 del 23 ottobre 1996). Cfr. in generale F. LAURIA, *Tutela degli interessi finanziari e lotta alla corruzione nell'Unione europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1999, p. 432 ss.; S. BALDI, *La protezione degli interessi finanziari delle Comunità europee e gli strumenti adottati nell'ambito del Titolo VI del Trattato sull'Unione europea*, in *Dir. com. sc. int.*, 1997, p. 243 ss. Sulla base giuridica di questi strumenti v. P. FIMIANI, *Il sistema di tutela degli interessi finanziari della Comunità nel nuovo art. 209 A (Commento all'art. 209 A Trattato CE)*, in *Dir. Un. eur.*, 1998, p. 581 ss. Come si accennava nel testo, l'art. 3 del Secondo Protocollo impone a ciascuno Stato membro di adottare

responsabilità.¹¹² Del tutto simili sono gli art. 5 e 6 della decisione quadro dell'Unione europea in materia di corruzione privata.¹¹³ Analogamente, l'art. 18 della Convenzione penale sulla corruzione, firmata in seno al Consiglio d'Europa in data 27 gennaio 1999 prevede in capo agli Stati l'obbligo di stabilire la responsabilità delle persone giuridiche con riferimento ai reati di corruzione attiva, traffico d'influenza e riciclaggio di denaro sporco.¹¹⁴ Nello stesso senso, infine, si pronunciano l'art. 10 della Convenzione di Palermo del 2 novembre 2000 contro il crimine organizzato transnazionale¹¹⁵ e l'art. 26 della Convenzione contro la corruzione stipulata in seno alle Nazioni Unite il 31 ottobre 2003.

È bene precisare che queste norme non hanno unicamente una finalità repressiva. In altri termini, esse non vogliono solo esprimere la necessità di

«le misure necessarie affinché le persone giuridiche possano essere dichiarate responsabili della frode, della corruzione attiva e del riciclaggio di denaro commessi a loro beneficio da qualsiasi persona che agisca individualmente o in quanto parte di un organo della persona giuridica, che detenga un posto dominante in seno alla persona giuridica», a condizione che la menzionata persona goda di un potere di rappresentanza, dell'autorità decisionale o del semplice controllo in seno alla persona giuridica. Una seconda forma di responsabilità è descritta dal co. 2, con riguardo ai casi in cui «la carenza di sorveglianza o controllo da parte di uno dei soggetti di cui al paragrafo 1 abbia reso possibile la perpetrazione di una frode, di un atto di corruzione attiva o di riciclaggio di denaro a beneficio della persona giuridica da parte di una persona soggetta alla sua autorità».

¹¹² Così, l'art. 4 del Secondo Protocollo cit., prevede quali forme di sanzione per la persona giuridica, comunque «effettive, proporzionate e dissuasive», l'esclusione dal godimento di un vantaggio o aiuto pubblico, il divieto temporaneo o permanente di esercitare un'attività commerciale, l'assoggettamento a sorveglianza giudiziaria e lo scioglimento dell'ente, cioè la sua morte giuridica.

¹¹³ V. la Decisione quadro 2003/568/GAI del Consiglio del 22 luglio 2003 relativa alla lotta contro la corruzione nel settore privato (che sostituisce la precedente azione comune 98/742/GAI, in *G.U.C.E.*, L192/54 del 31 luglio 2003), in particolare gli art. 5 e 6, che hanno tenore molto simile agli art. 3 e 4 del Secondo Protocollo menzionato nelle note precedenti.

¹¹⁴ L'art. 18 della Convenzione penale sulla corruzione, stipulata in seno al Consiglio d'Europa in data 27 gennaio 1999, stabilisce – similmente all'art. 3 del Secondo Protocollo della Convenzione sulla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee, analizzato nelle note precedenti – che gli Stati devono prevedere ipotesi di responsabilità delle persone giuridiche qualora il reato sia commesso per loro conto da ogni persona fisica «agissant soit individuellement, soit en tant que membre d'un organe de la personne morale, qui exerce un pouvoir de direction en son sein» in virtù di un potere di rappresentanza, di un'autorità nell'assunzione delle decisioni o nell'esercizio di un controllo di fatto sulla persona giuridica. Inoltre, al co. 2 della medesima norma è previsto che «chaque Partie prend les mesures nécessaires pour s'assurer qu'une personne morale puisse être tenue pour responsable lorsque l'absence de surveillance ou de contrôle de la part d'une personne physique visée au paragraphe 1 a rendu possible la commission des infractions mentionnées au paragraphe 1 pour le compte de ladite personne morale par une personne physique soumise à son autorité».

¹¹⁵ Sulla Convenzione di Palermo, il cui testo è reperibile sul sito Internet alla stessa dedicato, <www.unodc.org/palermo>, v. S. BETTI, *New Prospects for Inter-State Co-operation in Criminal Matters: The Palermo Convention*, in 3 *Int'l Crim. Law Rev.*, 2003, p. 151 ss.

un superamento del principio *societas delinquere non potest* da parte degli ordinamenti degli Stati firmatari, sì da estendere la responsabilità per specifici reati anche alle persone giuridiche.¹¹⁶ In queste disposizioni è altresì presente una finalità preventiva, che si dirige direttamente in capo all'ente, ogniqualvolta la persona che esercita un potere di rappresentanza o controllo dell'ente non abbia effettuato i controlli necessari per impedire la commissione del reato. Stabilendo la responsabilità *dell'ente* per la mancanza di controllo *da parte del soggetto rappresentante* dello stesso,¹¹⁷ si genera un incentivo, in capo a detto soggetto, ad alimentare la struttura interna dell'ente in modo da garantire adeguati controlli, che si estenderanno a tutta l'impresa e si distribuiranno di livello in livello a seconda degli individui ivi coinvolti. Viene così riprodotto lo schema di responsabilità originariamente previsto dalla normativa del FCPA statunitense e dalle *Sentencing Guidelines*.

14.2. Le norme relative al riciclaggio di denaro. – Si è già avuto modo di menzionare in precedenza le caratteristiche generali del sistema internazionale di lotta al riciclaggio. Ora è opportuno evidenziare che le prime convenzioni internazionali in materia – segnatamente la Convenzione delle Nazioni Unite sul traffico di stupefacenti e la Convenzione del Consiglio d'Europa del 1990 – non dedicavano alcuna disposizione alla responsabilità penale delle persone giuridiche. Col tempo, tuttavia, è nata l'esigenza di dotare anche il settore del riciclaggio di previsioni apposite su questo punto.

Così, l'art. 10 della già citata Convenzione di Palermo del 2000, che all'art. 6 contempla il reato di riciclaggio di denaro “sporco”, impone agli Stati firmatari l'emanazione di un regime di responsabilità penale delle persone giuridiche, con riguardo all'ipotesi di *participation* ad

¹¹⁶ In questo senso M.F. FONTANELLA, *Corruzione e superamento del principio societas delinquere non potest nel quadro internazionale*, in *Dir. comm. int.*, 2000, p. 941 ss., spec. pp. 943-949; B. HUBER, *La lotta alla corruzione in prospettiva sopranazionale*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2001/2002, p. 483, secondo la quale «[t]utte le convenzioni concordano nell'ammettere come soggetto punibile anche la persona giuridica».

¹¹⁷ Naturalmente, la responsabilità dell'ente non esclude una responsabilità penale dell'individuo reale autore del reato. V. a proposito l'art. 3 co. 3 del Secondo Protocollo della Convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europea.

un'organizzazione criminale.¹¹⁸ Con tale norma si è voluto, evidentemente, sanzionare gli enti la cui attività risulta incastonata teleologicamente all'interno dell'organizzazione criminale.

Più di recente, la Convenzione di Varsavia del 16 maggio 2005, firmata in seno al Consiglio d'Europa e relativa al riciclaggio, la ricerca, il sequestro e la confisca dei proventi di reato e sul finanziamento del terrorismo, ha contemplato una norma,¹¹⁹ all'art. 10, riguardante la responsabilità delle persone giuridiche.¹²⁰ La responsabilità dell'ente deriva da una condotta di chi ha la rappresentanza o il potere all'interno dell'ente medesimo, ovvero dall'assenza di supervisione e controllo da parte di tali soggetti.¹²¹ A questa forma di responsabilità dovranno accompagnarsi sanzioni «effective, proportionate and dissuasive».¹²²

Queste norme si pongono, a nostro giudizio, nella medesima logica di cooperazione trasversale e distribuzione dei poteri di prevenzione cui si è

¹¹⁸ L'art. 10 della Convenzione di Palermo impone dunque a ciascuno Stato firmatario l'adozione di tutte le misure necessarie, compatibilmente con i principi normativi interni, «to establish the liability of legal persons for participation in serious crimes involving an organized criminal group and for the offences established in accordance with articles 5, 6, 8 and 23 of this Convention» (co. 1). Per inciso, gli articoli richiamati dalla norma in questione si riferiscono rispettivamente ai reati di «participation in an organized criminal group», riciclaggio di denaro proveniente da reato, corruzione e ostacolo alla giustizia. Inoltre, tale forma di responsabilità «may be criminal, civil or administrative» (co. 2) e «shall be without prejudice to the criminal liability of the natural persons who have committed the offences» (co. 3). Infine, le sanzioni destinate ad accompagnare la responsabilità delle persone giuridiche dovranno essere «effective, proportionate and dissuasive» ed includere «criminal or non-criminal sanctions, including monetary sanctions» (co. 4).

¹¹⁹ Convenzione n. 191 del Consiglio d'Europa sul riciclaggio, la ricerca, il sequestro e la confisca dei proventi di reato e sul finanziamento del terrorismo, firmata a Varsavia il 16 maggio 2005.

¹²⁰ L'art. 10 co. 1 della Convenzione di Varsavia del 16 maggio 2005 prevede in capo agli Stati – con la medesima formula già inserita negli strumenti internazionali in materia di corruzione – l'obbligo di adozione di tutte le misure necessarie al fine di «ensure that legal persons can be held liable for the criminal offences of money laundering established in accordance with this Convention». La responsabilità è, pertanto, limitata al delitto di riciclaggio di denaro contemplato dalla Convenzione in parola. Esso deve essere commesso nell'interesse della persona giuridica «by any natural person, acting either individually or as part of an organ of the legal person, who has a leading position within the legal person». Tale *leading position*, onde dare luogo a ipotesi di responsabilità dell'ente, deve essere basata o sul potere di rappresentanza dell'ente, o sul potere di assumere decisioni per conto dell'ente, ovvero, infine, sull'autorità di controllo esercitata all'interno dell'ente medesimo (co. 1).

¹²¹ In virtù dell'art. 10 co. 2 della Convenzione di Varsavia citata, «[a]part from the cases already provided for in paragraph 1, each Party shall take the necessary measures to ensure that a legal person can be held liable where the lack of supervision or control by a natural person referred to in paragraph 1 has made possible the commission of the criminal offences mentioned in paragraph 1 for the benefit of that legal person by a natural person under its authority».

¹²² Così è previsto dall'art. 10 co. 4 della Convenzione di Varsavia.

fatto cenno in più occasioni nel corso del presente lavoro. Si tratta dunque di raggiungere un grado ottimale, sotto il profilo della prevenzione e della repressione del fenomeno del riciclaggio di denaro, di condivisione dei compiti tra i soggetti coinvolti in piena collaborazione con le autorità degli Stati tradizionalmente deputate allo svolgimento della funzione repressiva. In questo ambito, un'adeguata responsabilizzazione delle persone giuridiche, accompagnata da appropriate sanzioni, appare essenziale per la costruzione di un sistema idoneo a fronteggiare la criminalità d'impresa in questo specifico settore.¹²³

14.3. Le misure internazionali di contrasto al finanziamento del terrorismo e la lotta contro le multinazionali del terrore. – Analogo disegno si ritrova nella Convenzione relativa alla prevenzione e repressione del finanziamento del terrorismo, firmata in seno all'Assemblea Generale delle Nazioni Unite in data 10 dicembre 1999.¹²⁴ La Convenzione segue l'impostazione teorica e la struttura dei precedenti trattati internazionali in materia di terrorismo internazionale e risulta pertanto incentrata sugli obblighi di repressione penale, estradizione e collaborazione tra gli Stati contraenti.¹²⁵

¹²³ Sull'aspetto delle sanzioni all'interno del sistema di *compliance* in materia di riciclaggio di denaro v. J. BROOME, *Anti-Money Laundering. International Practices and Policies*, Hong Kong/Singapore, 2005, p. 351 s.

¹²⁴ La Convenzione è stata adottata a New York dall'Assemblea Generale in data 9 dicembre 1999 ed è entrata in vigore il 10 aprile 2002. Il testo della stessa è leggibile in 39 *Int'l Leg. Mat.*, 2000, p. 368 ss. La necessità di introdurre un simile strumento fu presa in considerazione dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite sin dalla seconda metà degli anni Novanta: cfr. le risoluzioni dell'Assemblea Generale n. 50/6 del 24 ottobre 1995, n. 49/60 del 9 dicembre 1994, con allegata la Dichiarazione sulle misure per eliminare il terrorismo internazionale; la risoluzione n. 51/210 del 17 dicembre 1996, che al par. 3 lett. *f* invita gli Stati ad adottare provvedimenti volti a prevenire e neutralizzare con misure interne adeguate il finanziamento (diretto o indiretto) di terroristi ed organizzazioni terroristiche; la risoluzione n. 52/162 del 15 dicembre 1997, che raccomanda l'attuazione, da parte degli Stati, della disposizione della precedente risoluzione n. 51/210. Per un riassunto dell'*iter* di adozione della Convenzione v. P.M. GEMELLI, *Integrazione europea e circolazione dei capitali*, cit., p. 73 s.

¹²⁵ A questo proposito, si può fare riferimento alla *Legislative Guide to the Universal Anti-Terrorism Conventions and Protocols* (testo reperibile sul sito dell'ONU), redatta dall'Ufficio delle Nazioni Unite sulla droga e il crimine, nella quale vengono svolte alcune considerazioni interessanti in tema di disposizioni *trasversali* rispetto a tutte le convenzioni di settore. V. anche A GIOIA, *Terrorismo internazionale, crimini di guerra e crimini contro l'umanità*, in *Riv. dir. int.*, 2004, p. 5 ss., p. 16 s.; A.F. PANZERA, voce *Terrorismo internazionale*, in *Enc. dir.*, XLIV, Milano, 1992, p. 370 ss., spec. p. 374 ss.; J.-M. SOREL, *Some Questions*, cit., p. 372 s., il quale definisce la Convenzione in esame «a framework convention which is to be added to the 'collection' of the existing conventions on terrorism».

Quanto a specificità, il reato considerato dalla Convenzione inerisce alla condotta di messa a disposizione di beni – precisamente, l'erogazione o raccolta di «fondi»¹²⁶ – finalizzata a compiere uno degli atti terroristici disciplinati dagli altri strumenti convenzionali in vigore e indicati in una lista allegata,¹²⁷ ovvero, se non ricompreso in questi, «intended to cause death or serious bodily injury to a civilian, or to any other person not taking an active part in the hostilities in a situation of armed conflict, when the purpose of such act, by its nature or context, is to intimidate a population, or to compel a government or an international organization to do or to abstain from doing any act».

Con riguardo alle persone fisiche, gli Stati sono tenuti ad introdurre negli ordinamenti interni fattispecie penali *ad hoc*, riferite alle condotte di erogazione o raccolta di fondi, accompagnate da sanzioni penali adeguate,

¹²⁶ E' altresì specificato il significato del termine «fondi»: ai sensi dell'art. 1 co. 1, infatti, ad essi corrisponde ogni genere di beni, «tangibili o intangibili, mobili o immobili, in qualsiasi modo siano acquisiti», ovvero «documenti, che in qualsiasi forma, compresa quella elettronica o digitale, evidenzino chiaramente l'entità o l'interesse in tali beni», inclusi (a titolo esemplificativo) crediti bancari, *travellers cheque*, assegni bancari, ordini di pagamento, azioni, titoli, obbligazioni, cambiali, lettere di credito. Secondo questa disposizione, gli elementi richiesti perché il soggetto membro di un'organizzazione possa considerarsi finanziatore ai sensi della Convenzione paiono essere lo *scopo comune* e la *conoscenza* dell'attività criminosa *ex art. 2*. A proposito della fattispecie di concorso, deve rilevarsi che ai sensi dell'art. 2 co. 5 della Convenzione è punibile l'individuo che sia «complice», «organizzi o dia ordine ad altri» di compiere un'infrazione ovvero «contribuisca a far compiere una o più infrazioni ... da un gruppo di persone che agisce per uno scopo comune», purché il contributo sia prestato «allo scopo di favorire le attività o le finalità criminali del gruppo» ovvero «essendo a conoscenza dell'intenzione del gruppo di commettere una delle offese di cui al par. 1» dell'art. 2.

¹²⁷ Cfr. l'art. 2 co. 1 lett. *a* della Convenzione di New York. Gli strumenti indicati nell'allegato alla Convenzione sono: la Convenzione dell'Aja del 16 dicembre 1970 per la repressione della cattura illecita di aeromobili (in *Riv. dir. int.*, 1975, p. 613 ss., entrata in vigore in data 14 ottobre 1971); la Convenzione di Montreal del 23 settembre 1971 sulla repressione di illeciti contro la sicurezza dell'aviazione civile (in *Riv. dir. int.*, 1975, p. 618 ss.; in vigore dal 26 gennaio 1973); la Convenzione sulla prevenzione e la repressione di reati contro persone che godono di protezione internazionale, compresi gli agenti diplomatici, adottata dall'Assemblea Generale in data 14 dicembre 1973 (in *Riv. dir. int.*, 1974, p. 407 ss.; entrata in vigore in data 20 febbraio 1977); la convenzione sulla protezione fisica del materiale nucleare, adottata a Vienna il 3 marzo 1980; il Protocollo per la repressione di atti di violenza illeciti presso gli aeroporti in servizio per l'aviazione civile internazionale, complementare alla Convenzione di Montréal del 1971, firmato a Montréal in data 24 febbraio 1988; la Convenzione di Roma del 10 marzo 1988 sulla repressione degli atti illeciti contro la sicurezza della navigazione marittima, nonché il relativo Protocollo per la repressione di atti illeciti contrari alla sicurezza delle piattaforme fisse situate nella piattaforma continentale; infine, la Convenzione per la repressione degli attentati terroristici dinamitardi, adottata in data 15 dicembre 1997.

«which take into account the grave nature of the offences» (art. 4),¹²⁸ con riguardo invece alle persone giuridiche, l'art. 5 impone agli Stati di garantire la responsabilità «criminal, civil or administrative» delle stesse, quando una persona incaricata della gestione o del controllo abbia commesso, nell'interesse dell'ente stesso, una delle infrazioni indicate dall'art. 2. Questa forma di responsabilità sarà indipendente dalla responsabilità penale della suddetta persona e le sanzioni irrogate dovranno essere «effective, proportionate and dissuasive».¹²⁹

La norma non è precisa come quella corrispondente contenuta nelle altre convenzioni in materia di corruzione. Essa si limita, infatti, a stabilire una qualche forma di responsabilità, senza indicare però se sia obbligatoria una vera e propria responsabilità *penale* degli enti. Che si tratti di una responsabilità penale o, almeno, amministrativa, può desumersi dagli strumenti che gli art. 8 e 18 attribuiscono agli Stati al fine di garantire la repressione del finanziamento del terrorismo. In particolare, l'art. 8 contempla le misure della confisca e del congelamento dei beni dei finanziatori di terroristi, mentre l'art. 18 indica alcune misure generali aventi come destinatari gli individui e volte a prevenire l'utilizzo di fondi da parte di gruppi terroristici, adottando in particolare quelle volte a «prohibit [...] illegal activities of persons and organizations that knowingly encourage, instigate, organize or engage in the commission of offences set forth in article 2;», nonché a imporre agli istituti finanziari e ai professionisti coinvolti in transazioni finanziarie «to utilize the most efficient measures available for the identification of their usual or occasional customers, as well as customers in whose interest accounts are opened, and to pay special attention to unusual or suspicious transactions and report transactions

¹²⁸ La norma riproduce identiche disposizioni di precedenti convenzioni: v. l'art. 4 della Convenzione per la repressione degli attentati mediante esplosivo del 1997, l'art. 5 della Convenzione per la repressione degli atti illeciti contro la navigazione marittima, l'art. 2 della Convenzione contro la presa di ostaggi e infine l'art. 2 co. 2 della Convenzione sulla prevenzione e la repressione dei reati contro persone protette internazionalmente.

¹²⁹ In base all'art. 5 della Convenzione di New York citata, gli Stati parte sono tenuti, «in accordance with its domestic legal principles», a «take the necessary measures to enable a legal entity located in its territory or organized under its laws to be held liable when a person responsible for the management or control of that legal entity has, in that capacity, committed an offence set forth in article 2». Viene precisato, sempre al co. 1 della norma in esame, che «[s]uch liability may be criminal, civil or administrative». Il co. 3 aggiunge che «legal entities liable in accordance with paragraph 1 above are subject to effective, proportionate and dissuasive criminal, civil or administrative sanctions. Such sanctions may include monetary sanctions».

suspected of stemming from a criminal activity», prestando altresì attenzione a transazioni insolite o sospette e riferendone all'Autorità.¹³⁰

Queste norme devono essere coordinate con altri strumenti applicabili, adottati in particolare dopo gli attacchi dell'11 settembre 2001.¹³¹ Negli Stati Uniti, il primo intervento normativo di portata generale è costituito dall'*Executive Order* presidenziale n. 13224 del 24 settembre 2001,¹³² il quale, integrando le normative precedenti, vieta qualsiasi genere di supporto alle organizzazioni terroristiche elencate dal Segretario di Stato in un'apposita *proscription list*.¹³³ Inoltre, il citato *Order* si propone di esercitare pressioni sulle banche estere affinché si adeguino ai divieti stabiliti dall'ordinamento statunitense, attraverso il blocco dei conti accesi o detenuti da istituti finanziari esteri presso banche statunitensi (*correspondent accounts*), se i primi mantengono conti a beneficio di persone o organizzazioni terroristiche e anche se i suddetti conti non hanno alcun legame concreto con dette persone o organizzazioni.¹³⁴

¹³⁰ In particolare, ai sensi dell'art. 18 cit., tali misure potranno consistere nel divieto di apertura di conti i cui titolari o beneficiari non sono identificati o identificabili; nell'obbligo per gli istituti finanziari di verificare l'identità dei reali intestatari delle transazioni finanziarie; nella verifica, da parte degli istituti finanziari, dell'esistenza e della struttura delle persone giuridiche, con la facoltà di richiedere e ottenere le relative informazioni dall'ufficio del registro o dal cliente medesimo; nell'obbligo per le istituzioni finanziarie di riferire tempestivamente all'Autorità in relazione a tutte le transazioni di ampie proporzioni, complesse e insolite, nonché a modalità insolite di transazioni non aventi finalità economiche o legittime apparenti, senza timore di incorrere in responsabilità civile o penale, nel caso in cui riferiscano in buona fede; infine, nell'obbligo di conservare per 5 anni le registrazioni delle transazioni nazionali e internazionali.

¹³¹ Come ricorda I. BANTEKAS, *The International Law of Terrorist Financing*, in *Am. Journ. Int'l Law*, 2003, p. 316 ss., p. 327 s., la Francia, la Russia, la Cina e Panama hanno introdotto quasi subito nuove normative repressive in materia. Per la disciplina francese v. la Legge n. 2001-1062 del 15 novembre 2001, in *Journ. Off.*, 16 novembre 2001, p. 18; per le altre legislazioni v. UN Doc. S/2001/1284, 1270 e UN Doc. S/2002/76.

¹³² Leggilo in 66 Fed. Reg. 49079 e in 40 *Int. Leg. Mat.*, 2001, p. 1283 ss. V. l'esposizione svolta da M. KANTOR, *The War on Terrorism and The End of Banking Neutrality*, in *Banking Law Journ.*, 2001, p. 891 ss.

¹³³ L'*Executive Order* (Sec. 1, b, c e d) cit. si applica a tutte le persone e organizzazioni terroristiche «to have committed, or to pose a significant risk of committing, acts of terrorism that threatened the security of U.S. nationals or the national security, foreign policy, or economy of the United States», elencate dal Dipartimento del Tesoro in ragione della circostanza «to have assisted in, sponsored, or provided financial material, or technological support for, or financial, or other services to or in support of» atti terroristici, nonché alle persone che siano «owned or controlled by, or to act for or on behalf of» persone colpite dall'ordinanza.

¹³⁴ V. M. KANTOR, *The War on Terrorism*, cit., p. 893 ss. Secondo questo A. (*ivi*, p. 896 ss.), la normativa *de qua* avrebbe anticipato le disposizioni della risoluzione del Consiglio di Sicurezza n. 1373 (2001), la quale al par. 1 richiederebbe agli Stati di congelare i fondi relativi a «persons and

Un secondo intervento regolamentare è stato effettuato a mezzo dell'*International Money Laundering Abatement and Anti-Terrorist Financing Act* (IMLA), racchiuso nel titolo III del famigerato *PATRIOT Act*.¹³⁵ Tale complesso di norme autorizza le Agenzie governative ad adottare misure coercitive nei confronti di istituti finanziari stranieri nel caso in cui ricorra la fattispecie di riciclaggio e l'istituto possieda un conto bancario presso un istituto avente sede negli Stati Uniti, a prescindere dalla circostanza che l'intera transazione si sia svolta all'estero.¹³⁶ Attraverso una estensione della nozione di «financial institution» fino a ricomprendere agenzie immobiliari e turistiche, concessionari d'auto, compagnie di assicurazione e, soprattutto, qualsiasi banca estera,¹³⁷ le Agenzie governative degli Stati Uniti hanno oggi la possibilità di reprimere le condotte di finanziamento del terrorismo commesse anche *attraverso banche estere*. A questo proposito, la normativa *de qua* vieta le relazioni con le *shell banks*, cioè le banche prive di presenza fisica e, al riguardo, gli istituti finanziari statunitensi sono obbligati a compiere quanto necessario per garantire che il mantenimento di conti corrispondenti con banche estere non vada a beneficio di *shell banks*.¹³⁸

entities acting on behalf of, or at the direction of such persons and entities, including funds derived from or generated from property owned or controlled directly or indirectly by such persons and associated persons and entities», di modo che tra tali *entities* dovrebbero senz'altro ricomprendersi le banche estere attraverso le quali transita il denaro destinato ai terroristi.

¹³⁵ L'acronimo *PATRIOT Act* sta per *Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism Act*, Public Law no. 107-56 del 26 ottobre 2001, 115 Stat. 272.

¹³⁶ Come spiegano J.J. NORTON, H. SHAMS, *Money Laundering and Terrorist Financing: : Post-September 11 Responses - Let Us Step Back and Take a Deep Breath*, in 36 *Int'l Lawyer*, 2002, p. 103 ss., p. 108, «the district court have adjudicative and enforcement jurisdiction over foreign financial institutions with respect to violations of 18 U.S.C. § 1956, which concerns laundering monetary instruments when foreign financial institutions maintain a bank account at a financial institution in the United States. This means that if a foreign financial institution engages in a financial transaction proscribed by this section, this institution may become subject to the jurisdiction of the United States district courts even if the transaction was conducted entirely outside the United States. This is based merely on the fact that the foreign financial institution holds an account at a U.S. financial institution».

¹³⁷ Cfr 31 U.S.C., § 5312; v. AA.VV., *The Money Laundering Abatement and Anti-Terrorist Financing Act of 2001*, in *Banking Law Journ.*, 2002, p. 1 ss., p. 4. In base alle Regole Finali emanate dal Dipartimento del Tesoro in data 9 maggio 2003 (68 Fed. Reg. 25090) la nozione di *financial institution* comprende altresì i venditori di metalli preziosi, i casinò e le compagnie telegrafiche. Su questa regolamentazione di secondo grado v. V.F. DIGIORGIO, *New PATRIOT Act Compliance Requirements Apply to Depository Institutions*, in *Banking Law Journ.*, 2003, p. 783 ss.

¹³⁸ La Sec. 313 dell'*IMLA* infatti proibisce alle banche degli Stati Uniti il mantenimento di *correspondence accounts* con banche prive di presenza fisica: cfr sul punto AA.VV., *The Money*

Inoltre, gli istituti finanziari aventi legami con talune categorie di enti, giurisdizioni straniere o classi di transazioni internazionali indicate dal Segretario del Tesoro secondo la classica formula delle *proscription lists* sono tenuti a registrare e segnalare l'identità e la qualifica di tutti i partecipanti e beneficiari dei relativi conti, nonché l'identità e gli assetti proprietari delle banche estere con le quali mantengono *correspondent accounts*.¹³⁹ A tutti questi soggetti l'IMLA impone determinati obblighi di identificazione della clientela, di conservazione della documentazione e di segnalazione delle operazioni sospette.¹⁴⁰

Sotto il profilo internazionalistico, potrebbe dirsi che tutti questi interventi estendono vistosamente la giurisdizione statunitense, attraverso i controlli esercitati dalle autorità all'interno del sistema bancario, tanto che si è parlato, in dottrina, di «aggressive extraterritoriality».¹⁴¹ Ma dai punti di vista preventivo e repressivo, l'intento sotteso a dette normative è quello di responsabilizzare le imprese del settore che vogliono fare affari, anche attraverso banche intermediatrici, negli Stati Uniti: anche a loro toccherà adeguarsi agli *standards* statunitensi in materia di lotta al riciclaggio ed al finanziamento del terrorismo.

Laundering Abatement, cit., p. 7; I. BANTEKAS, *The International Law of Financing Terrorism*, cit., p. 329; J.J. NORTON, H. SHAMS, *Money Laundering Law and Terrorist Financing*, cit., p. 109.

¹³⁹ J.J. NORTON, H. SHAMS, *Money Laundering Law and Terrorist Financing*, ult. loc. cit.

¹⁴⁰ Su questi obblighi v. R.M. TAYLOR, *Anti-Money Laundering and Anti-Terrorist Financing Requirements Applicable to Financial Institutions*, in *Banking Law Journ.*, 2003, p. 497 ss.; V.F. DIGIORGIO, *New PATRIOT Act Compliance Requirements*, cit., p. 783 ss.

¹⁴¹ Così, desumendo tale natura dal preambolo della Legge, nel quale si parla di «deter and punish terrorist acts in the United States and around the world», J.J. NORTON, H. SHAMS, *Money Laundering Law and Terrorist Financing*, cit. p. 107 s.; F.N. BALDWIN, *Organized Crimes, Terrorism and Money Laundering in the Americas*, in *15 Florida Law Rev.*, 2002, p. 3 ss., spec. 6 ss. Nonostante la suddetta qualificazione, a nostro giudizio l'estensione extraterritoriale dell'applicazione delle leggi statunitensi trova la propria legittimazione nella Convenzione di New York del 1999. Ai sensi dell'art. 3 di tale Convenzione, infatti, l'assenza di elementi di internazionalità non esclude l'esercizio della giurisdizione penale in virtù dei criteri stabiliti nell'art. 7, né l'adozione delle misure previste dall'art. 18. Ai sensi della citata norma, la Convenzione «non si applicherà quando l'infrazione viene commessa all'interno di un solo Stato, il presunto colpevole è cittadino di quello Stato e si trova nel territorio di quello Stato e nessun altro Stato ha facoltà, ai sensi dell'art. 7, par. 1 o dell'art. 7, par. 2, di esercitare la giurisdizione, ad eccezione delle disposizioni di cui agli art. da 12 a 18, che si applicheranno opportunamente a detti casi». Inoltre, in base all'art. 18 co. 1, queste ultime devono essere pensate ed applicate dagli Stati al fine di prevenire e reprimere il finanziamento del terrorismo «sia all'interno che al di fuori del loro territorio». Ciò significa, esattamente, che *in virtù di espresse disposizioni di natura pattizia* dall'estraneità di una determinata transazione finanziaria all'ordinamento di uno Stato non deriva l'improcedibilità di misure coercitive extraterritoriali.

A nostro giudizio, il preciso significato assunto dalle normative in parola in termini di *accountability* dell'impresa multinazionale risiede in ciò, che anche quest'ultima, al pari delle autorità inquirenti degli Stati, è chiamata a partecipare alla fase di prevenzione del reato, esercitando i dovuti controlli sui fondi in transito attraverso le proprie strutture e tenendosi aggiornata sull'identità delle organizzazioni terroristiche iscritte nelle relative *proscription lists*. A questo riguardo, la forma di responsabilità da applicare non può che essere quella penale degli enti. Non vi è spazio, in altre parole, per una conservazione del principio *societas delinquere non potest* nel settore in esame, come del resto ha stabilito il Consiglio di Sicurezza in una celebre risoluzione – la n. 1373 (2001) – adottata nei giorni immediatamente successivi agli attacchi dell'11 settembre.¹⁴² In questa risoluzione, il Consiglio richiama gli Stati ad emanare disposizioni interne finalizzate a privare *gli enti* controllati o comunque riconducibili a terroristi delle risorse economiche a loro disposizione,¹⁴³ a vietare *agli enti* operanti all'interno del loro territorio di mettere a disposizione fondi a favore di gruppi terroristici¹⁴⁴ e ad intensificare gli sforzi nel combattere la criminalità organizzata, in particolare nel settore del riciclaggio di denaro e nel traffico di armi.¹⁴⁵ Per tutte queste ragioni, vi è da concludere che il diritto internazionale imponga agli Stati di stabilire, perlomeno nei settori evidenziati, un regime di responsabilità dell'ente autonomo rispetto a quello vigente per gli individui.

14.4. Conclusioni in punto di normativa internazionale e regime di responsabilità penale degli enti. – Nelle pagine che precedono si è tentato di

¹⁴² Si tratta della risoluzione del Consiglio di Sicurezza n. 1373 (2001) del 28 settembre 2001.

¹⁴³ Si tratta quindi di una sanzione diretta all'ente. V. l'art. 1 lett. *c* della risoluzione citata, che dispone il congelamento senza ritardo dei «funds and other financial assets or economic resources [...] of entities owned or controlled directly or indirectly by such persons; and of persons and entities acting on behalf of, or at the direction of such persons and entities, including funds derived or generated from property owned or controlled directly or indirectly by such persons and associated persons and entities».

¹⁴⁴ Così l'art. 1 lett. *c* della risoluzione citata, che obbliga gli Stati a proibire ai propri cittadini «or any persons *and entities* within their territories from making any funds, financial assets or economic resources or financial or other related services available, directly or indirectly, for the benefit of persons who commit or attempt to commit or facilitate or participate in the commission of terrorist acts, of entities owned or controlled, directly or indirectly, by such persons and of persons and entities acting on behalf of or at the direction of such persons» (cors. agg.).

¹⁴⁵ Cfr. l'art. 4 della risoluzione menzionata.

mettere in luce gli aspetti internazionalistici della responsabilità degli enti. Il fine di questa trattazione è illustrare due aspetti complementari del sistema internazionale relativo alla repressione di talune condotte. Un primo profilo attiene alla responsabilità in senso stretto, come elemento normativo disincentivante rispetto a determinate condotte. Qui, le norme internazionali impongono agli Stati un preciso regime di responsabilità, le cui caratteristiche vanno brevemente illustrate.

Da questo punto di vista, la responsabilità dell'ente viene affermata, sempre più spesso, con riguardo a condotte criminose realizzate da soggetti svolgenti ruoli apicali all'interno dell'organizzazione, di rappresentanza dell'ente ovvero di controllo, comunque esercenti dei *poteri* all'interno dell'impresa. In questo senso può spiegarsi il «doppio volto» delle regole di responsabilità degli enti previste dal diritto internazionale: un volto negativo, rappresentato dalle *condotte vietate* ai suddetti soggetti, ed un volto positivo, formato sulla base dell'*assenza di controllo* da parte dei soggetti medesimi, che ha contribuito alla lesione del bene giuridico tutelato.¹⁴⁶

Un secondo aspetto concerne invece le regole di responsabilità dal punto di vista della distribuzione del rischio dell'illecito penale. Qui, come si è più volte ribadito nel corso del presente lavoro, la funzione di tali regole è quella di rendere gli enti *compartecipi* della funzione repressiva internazionale del fenomeno criminoso. Nel mondo globalizzato, infatti, l'apparato repressivo degli Stati non è più in grado di fare fronte alle minacce avanzate dal crimine organizzato transnazionale,¹⁴⁷ sicché è parso necessario reagire, da parte degli Stati, non solo ponendo in essere formule cooperazione internazionale in materia penale, ma anche imponendo ai privati una qualche forma di controllo sui canali dei quali le organizzazioni criminali si servono abitualmente per il perseguimento dei propri scopi. Così, in materia di riciclaggio si sono estesi alle istituzioni finanziarie e, successivamente, ai

¹⁴⁶ Tale «doppio volto» delle regole di responsabilità si riscontra in alcune delle norme internazionali in materia di responsabilità degli enti. Si tratta, infatti, di norme eterogenee, ma aventi in comune l'affermazione di una responsabilità dell'ente per la condotta di un determinato soggetto. È su quest'ultima che si riflette la differenza tra i due volti: nel volto negativo, la norma vieta la realizzazione di una certa condotta; nel volto positivo, viene invece sanzionata la mancanza di controllo, cioè una condotta di tipo omissivo che però non ha portata generale, bensì deve essere realizzata all'interno dell'organizzazione.

¹⁴⁷ Sul punto v. M. PISANI, *Criminalità organizzata e cooperazione internazionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, p. 703 ss., p. 704.

liberi professionisti, alcuni oneri di controllo ed azione nei confronti di passaggi di denaro sospetti. È importante sottolineare che queste spinte si sono realizzate grazie all'intervento del diritto internazionale, il quale ha perciò funto da incentivo alle modifiche legislative necessarie per implementare questo modello.

Questi sviluppi, pur apparendo come una rivoluzione giuridica per gli Stati che non conoscevano ipotesi di responsabilità penale delle persone giuridiche, sono in realtà perfettamente in sintonia con la globalizzazione dell'economia. La crisi dello Stato e dei suoi apparati repressivi ha comportato infatti la necessità di ridistribuire le funzioni pubbliche, tradizionalmente esercitate dallo Stato, su una base più ampia di destinatari. Grazie al diritto internazionale, pertanto, gli enti vengono ad esercitare una vera e propria *funzione pubblica*, rendendosi destinatari di una serie di precetti e, nel contempo, soggetti attivi di una serie di misure assunte nei confronti di terzi. Non si tratta per gli enti, infatti, di astenersi da una certa condotta ovvero di porne in essere qualcuna al fine di evitare le relative sanzioni: qui gli enti sono tenuti a *monitorare anche il comportamento dei terzi* con i quali hanno rapporti commerciali. L'ordinamento internazionale impone pertanto che questi *monitoring costs* siano sostenuti direttamente – dunque interiorizzati – dagli enti stessi, che vengono così a tutelare interessi della collettività.

Ne deriva che soltanto attraverso un regime di responsabilità adeguato, lo Stato può adempiere ai propri obblighi internazionali nel settore della criminalità organizzata, in particolare della criminalità d'impresa.

14.5. Il modello italiano. – L'esempio dell'ordinamento italiano illustra chiaramente un caso di superamento del principio *societas delinquere non potest* a seguito delle pressioni esercitate dalle esigenze di cooperazione internazionale nel settore della criminalità d'impresa.

Come si è già accennato, l'ordinamento italiano non conosceva ipotesi di responsabilità penale degli enti. Le due fattispecie esistenti – l'art. 6 co. 3 e 4 della Legge 24 novembre 1981 n. 689¹⁴⁸ e l'art. 197 c.p.¹⁴⁹ – erano

¹⁴⁸ L'art. 3 co. 3 della Legge 24 novembre 1981 n. 689 dispone che «[s]e la violazione è commessa dal rappresentante o dal dipendente di una persona giuridica o di un ente privo di personalità giuridica o, comunque, di un imprenditore nell'esercizio delle proprie funzioni o incombenze, la persona giuridica o l'ente o l'imprenditore è obbligato in solido con l'autore della violazione per il

assolutamente inefficaci rispetto ad una reale repressione del fenomeno della criminalità d'impresa, limitandosi a sancire una *vicarious liability*, peraltro con funzione di mera garanzia, in capo alla persona giuridica per gli atti compiuti dal rappresentante o dal dipendente, senza alcuna finalità specialpreventiva nei confronti dei comportamenti futuri dell'ente.¹⁵⁰ Per il resto, un regime di responsabilità penale degli enti restava sconosciuto in Italia, almeno fino alla «svolta epocale»¹⁵¹ costituita dal D.Lgs. 8 giugno 2001 n. 231.¹⁵²

La spinta verso la codificazione di nuove forme di responsabilità dell'impresa rispondeva all'esigenza di colmare un vuoto legislativo,¹⁵³ generato da una assolutizzazione del principio della «personalità» della responsabilità penale¹⁵⁴ e ha consentito di raggiungere oggi una piena affermazione della potenziale responsabilità di natura penale dell'ente.¹⁵⁵ A

pagamento della somma da questo dovuta». Il co. 4 della stessa norma stabilisce invece che «chi ha pagato ha diritto di regresso per l'intero nei confronti dell'autore di una violazione».

¹⁴⁹ Stabilisce l'art. 197 c.p. che «[g]li enti forniti di personalità giuridica, eccettuati lo Stato, le regioni, le province ed i comuni, qualora sia stata pronunciata condanna per reato contro chi ne abbia la rappresentanza, o l'amministrazione, o sia con essi in rapporto di dipendenza, e si tratti di reato che costituisca violazione degli obblighi inerenti alla qualità rivestita dal colpevole, ovvero sia commesso nell'interesse di una persona giuridica, sono obbligati al pagamento, in caso di insolubilità del condannato, di una somma pari all'ammontare della multa o dell'ammenda inflitta».

¹⁵⁰ In questo senso v. L. FORNARI, *Criminalità del profitto e tecniche sanzionatorie. Confisca e sanzioni pecuniarie nel diritto penale "moderno"*, Padova, 1997, p. 265 s.

¹⁵¹ G. DE SIMONE, *La responsabilità da reato degli enti nel sistema sanzionatorio italiano: alcuni aspetti problematici*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2004, p. 657 ss., p. 657.

¹⁵² Cfr. D.Lgs. 8 giugno 2001, n. 231 (in *Gazz. Uff.*, n. 140 del 19 giugno 2001), concernente «la disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni prive di personalità giuridica». V. il commento di M. ROBERTI, *La responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni prive di personalità giuridica e le vicende modificative*, in *Le nuove leggi civ. comm.*, 2001, p. 1127 ss.; G. DE VERO, *I reati societari nella dinamica evolutiva della responsabilità ex crimine degli enti collettivi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, p. 720 ss.

¹⁵³ Tale vuoto era originato da una concezione antropocentrica diffusasi nel corso dell'Illuminismo e della Rivoluzione francese, che aveva generato nel principio *societas delinquere non potest* un autentico mito giuridico. Cfr. G. AMARELLI, *Mito giuridico ed evoluzione della realtà: il crollo del principio societas delinquere non potest*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2003, p. 941 ss., spec. p. 950. Anzi, l'assenza di un principio di responsabilità delle persone giuridiche in ambito penale aveva dato luogo a un declino dell'efficienza dell'apparato repressivo dello Stato: così M. PELISSERO, *La responsabilizzazione degli enti alla ricerca di un difficile equilibrio tra modelli "punitivi" e prospettive di efficienza*, in *Legislaz. pen.*, 2003, p. 363 ss., pp. 363-364.

¹⁵⁴ V. *supra* nota 5.

¹⁵⁵ Sull'introduzione di una vera e propria responsabilità «in realtà penale a tutti gli effetti» fa leva, con riguardo al D.Lgs. 231/2001 cit., C.E. PALIERO, *Il d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231: da ora in poi, societas delinquere (et puniri) potest*, in *Corr. giur.*, 2001, p. 845 ss.; A. TRAVI, *La responsabilità*

colmare quel vuoto hanno certamente contribuito gli strumenti internazionali in materia di reati d'impresa sommariamente descritti nelle pagine che precedono. La Legge 29 settembre 2000 n. 300, infatti, che delega al Governo l'emanazione di una disciplina della responsabilità «amministrativa» delle persone giuridiche, altro non è che una legge di ratifica delle convenzioni internazionali in materia di corruzione.¹⁵⁶ Ma la necessità di un'apposita legge in materia era altresì dettata dall'esigenza di collocare all'interno dell'apparato repressivo domestico alcune norme di origine comunitaria, come il Regolamento n. 2988/95, che già imponevano una responsabilità in capo alle persone giuridiche e che, tuttavia, restavano prive di implementazione in Italia a causa dell'assenza di un sistema repressivo adeguato.¹⁵⁷

Occorre ora domandarsi se il regime previsto dal diritto italiano sia conforme a quanto stabilito dalle convenzioni in parola. Anzitutto, in base al Decreto sopra citato, la società è chiamata a rispondere della commissione di un reato da parte di un individuo collegato alla stessa da un rapporto funzionale ovvero di gestione e controllo, purché il reato stesso presenti una connessione teleologica rispetto agli interessi sociali.¹⁵⁸ Inoltre, qualora detto

della persona giuridica nel D.Lgs. n. 231/2001, in *Le società*, p. 1305 ss., p. 1305; *contra* M. ROMANO, *La responsabilità*, cit., p. 403 s.

¹⁵⁶ La rubrica della Legge 29 novembre 2000 n. 300, infatti, corrisponde a «Ratifica ed esecuzione dei seguenti Atti internazionali elaborati in base all'articolo K.3 del Trattato dell'Unione europea: Convenzione sulla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee, fatta a Bruxelles il 26 luglio 1995, del suo primo Protocollo fatto a Dublino il 27 settembre 1996, del Protocollo concernente l'interpretazione in via pregiudiziale, da parte della Corte di Giustizia delle Comunità europee di detta Convenzione, con annessa dichiarazione, fatto a Bruxelles il 29 novembre 1996, nonché della Convenzione relativa alla lotta contro la corruzione nella quale sono coinvolti funzionari delle Comunità europee o degli Stati membri dell'Unione europea, fatta a Bruxelles il 26 maggio 1997 e della Convenzione OCSE sulla lotta alla corruzione di pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali, con annesso, fatta a Parigi il 17 dicembre 1997. Delega al Governo per la disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche e degli enti privi di personalità giuridica». Sulla connessione tra gli strumenti internazionali e l'art. 11 della Legge delega v. C.R. CALDERONE, *Lotta alla corruzione in campo comunitario ed internazionale*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2000/2001, p. 607 ss., p. 616.

¹⁵⁷ Sul punto v. A.M. MAUGERI, *Il Regolamento n. 2988/95: un modello di disciplina del potere punitivo comunitario. II. I principi fondamentali delle sanzioni comunitarie*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1999, p. 929 ss., pp. 981-987, in part. p. 987.

¹⁵⁸ Secondo l'art. 5 co. 1 del D.Lgs. 231/2001, infatti, l'ente risulta responsabile soltanto «per i reati commessi nel suo interesse o a suo vantaggio (a) da persone che rivestono funzioni di rappresentanza, di amministrazione o di direzione dell'ente o di una sua unità organizzativa dotata di autonomia finanziaria e funzionale nonché da persone che esercitano, anche di fatto, la gestione e il controllo dello stesso; (b) da persone sottoposte alla direzione o alla vigilanza di uno dei soggetti di cui alla lettera a)».

individuo ricopra una posizione apicale, la responsabilità sarà diretta, salva la prova di aver adottato ed efficacemente attuato modelli di organizzazione idonei a prevenire reati.¹⁵⁹ Si tratta, insomma, di una *responsabilità oggettiva relativa per fatto altrui*.

Evidentemente, il nuovo sistema punitivo destinato agli enti presuppone la possibilità di determinare un livello di *accountability* in capo ai medesimi, poiché soltanto efficaci strumenti di sanzione, penale o amministrativa, consentono all'ordinamento non solo di sottrarre all'ente il vantaggio economico conseguito grazie all'operazione illecita, ma anche, più propriamente, di «punirlo» a fini generali o specialpreventivi.¹⁶⁰ Al riguardo, non devono trarre in inganno le perplessità sollevate da dottrina anche recente in merito alla possibilità che una persona giuridica possa essere «rieducata» dalla pena: in verità, una responsabilità di tipo penale o affine mira a imputare all'impresa un «rischio da organizzazione», rendendola responsabile «in base al criterio dell'interesse o del vantaggio».¹⁶¹ Da un lato, il richiamo al concetto di *accountability* – in sostituzione del termine, altrimenti improprio, di «colpevolezza» – implica qui un riferimento alla

¹⁵⁹ Cfr. l'art. 6 del D.Lgs. 231/2001, ai sensi del quale «[s]e il reato è stato commesso dalle persone indicate nell'articolo 5, comma 1, lettera a), l'ente non risponde se prova che: (a) l'organo dirigente ha adottato ed efficacemente attuato, prima della commissione del fatto, modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi; (b) il compito di vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli di curare il loro aggiornamento è stato affidato a un organismo dell'ente dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo; (c) le persone hanno commesso il reato eludendo fraudolentemente i modelli di organizzazione e di gestione; (d) non vi è stata omessa o insufficiente vigilanza da parte dell'organismo di cui alla lettera b)». Per la fattispecie relativa agli individui indicati nell'art. 5 co. 1 lett. b, sottoposti all'altrui vigilanza, v. l'art. 7.

¹⁶⁰ Nel senso che alla sanzione penale/amministrativa consegue la «rieducazione» dell'ente v. M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale*, Milano, 2004, p. 46; G. DE SIMONE, *La responsabilità*, cit., p. 661.

¹⁶¹ Così N. IRTI, *Due temi di governo societario (responsabilità «amministrativa» - codici di autodisciplina)*, in *Giur. comm.*, 2003, I, p. 693 ss., p. 694. Va rilevato inoltre che, anche ove tale responsabilità non consegua alla commissione di un reato a vantaggio dell'ente, ma semplicemente realizzato da un soggetto *pour compte* dell'ente medesimo – come avviene ai sensi dell'art. 121-2 del *code pénal* francese del 1994, che nell'opinione di M. ROMANO, *La responsabilità amministrativa*, cit., p. 405, darebbe luogo, diversamente dalla normativa italiana, a una responsabilità propriamente penale –, la soluzione prospettata nel testo non è destinata ad essere smentita. In tale ipotesi, infatti, pur difettando il requisito del vantaggio, permane comunque il nesso tra il reato del singolo e l'imputazione di riflesso all'ente. Può altresì osservarsi che i requisiti dell'interesse e del vantaggio, richiesti dall'art. 5 co. 1 del Decreto sopra menzionato, si riferiscono alla circostanza che, mentre l'atto criminoso è un atto di un privato, esso fa parte di una politica d'impresa (per così dire) imposta all'individuo dall'ente medesimo. In tal senso A. ASTROLOGO, *“Interesse” e “vantaggio” quali criteri di attribuzione della responsabilità dell'ente nel D.Lgs. 231/2001*, in *Indice penale*, 2003, p. 649 ss., spec. p. 660 s.

struttura e ai rapporti di gestione interni all'impresa e, per tale ragione, diventa essenziale un'analisi della concreta «idoneità» dei modelli organizzativi interni a prevenire efficacemente la commissione di reati.¹⁶² Dall'altro lato, l'evidenziazione, sotto il profilo punitivo, della struttura dell'organizzazione nel suo elemento «impersonale» è perfettamente compatibile con le norme internazionali in materia di reati d'impresa, che come si è visto mirano a trasferire in capo all'ente stesso l'onere della prevenzione, avvalendosi della «forza investigativa interna all'azienda, per evitare in futuro la commissione di illeciti».¹⁶³

Il ruolo dei modelli organizzativi è dunque centrale nel sistema della responsabilità penale degli enti. Tale importanza non si spiega soltanto col fatto che dalla efficacia di quei modelli dipenderebbe la concreta inflizione della pena.¹⁶⁴ Piuttosto, una forma di responsabilità oggettiva, quale è quella prevista in Italia dall'art. 5 co. 1 del D.Lgs. n. 231/2001, che ammette come prova liberatoria l'astratta idoneità preventiva dei suddetti modelli, rappresenta un incentivo, per l'ente, ad assicurare un livello di precauzione idoneo ad evitare del tutto la commissione di reati da parte dei *managers* o dei dipendenti. In termini di efficienza, pertanto, il costo dei modelli in tanto sarà compensato da benefici, in quanto effettivamente esso sarà in grado di scongiurare il realizzarsi di condotte criminose. Ecco che l'internalizzazione dei *monitoring costs* a carico dell'impresa, sintomo della nuova funzione

¹⁶² Come spiega C. DE MAGLIE, *In difesa della responsabilità penale*, cit., p. 353, «[i]l modello della *colpa di organizzazione* trova fondamento nella concezione che vede il reato d'impresa come l'indicatore dell'esistenza di una patologia nei processi di gestione interna, la spia della presenza di un "difetto" dell'organizzazione: per individuare dove sta la lacuna, è necessario calarsi nella profondità della struttura delle imprese, scandagliandone i processi organizzativi interni».

¹⁶³ A. MANNA, *La responsabilità delle persone giuridiche: il problema delle sanzioni*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1999, p. 919 ss., p. 920.

¹⁶⁴ Si parla, al riguardo, di «colpevolezza di organizzazione» (v. *supra* nota 161), costruita «negativamente», cioè come inversione dell'onere della prova a fini di scusante (così G. DE SIMONE, *La responsabilità*, cit., p. 675). L'art. 6 del D.Lgs. n. 231/2001 cit. stabilisce, infatti, che l'ente non risponde del reato commesso dai soggetti individuati nell'art. 5 co. 1 – dunque rappresentanti, amministratori o dirigenti – se fornisce la prova che (lett. *a*) «l'organo dirigente ha adottato ed efficacemente attuato, prima della commissione del fatto, modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi» e quando (lett. *b*) «il compito di vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli, di curare il loro aggiornamento è stato affidato a un organismo dell'ente dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo», (lett. *c*) gli autori del reato hanno eluso fraudolentemente i modelli di organizzazione e di gestione e (lett. *d*) gli organi agli stessi preposti hanno esercitato una vigilanza sufficiente.

preventiva a questa delegata, si manifesta in modo evidente anche nell'ordinamento italiano.¹⁶⁵

È altresì significativo – e del resto non poteva essere altrimenti – che il D.Lgs. n. 231/2001 rappresenti una sorta di “scatola” all'interno della quale il legislatore inserisce, di volta in volta, le norme incriminatrici che ritiene meritevoli di essere rispettate anche da parte degli enti. E non è un caso che siano proprio gli strumenti internazionali rilevanti a rappresentare la base di questi inserimenti. Così è avvenuto, infatti, tanto per citare qualche esempio, per la Convenzione del 1999 sul finanziamento del terrorismo¹⁶⁶ e per la direttiva comunitaria n. 2003/6/CE relativa all'abuso di informazioni privilegiate e alla manipolazione del mercato.¹⁶⁷ Insomma, nell'ordinamento italiano la responsabilità penale-amministrativa delle persone giuridiche è divenuta, sotto la spinta delle norme internazionali, un autentico paradigma di responsabilità.

Un'ultima annotazione concerne la questione se la forma di responsabilità sancita nel modello italiano rappresenti o meno un modello dominante. Ad esempio, l'ordinamento francese, che conosce fattispecie di responsabilità penale degli enti sin dal 1994, non contempla alcuna ipotesi di meccanismo interno di controllo, sicché l'ente è chiamato a rispondere semplicemente per il reato commesso per suo conto dai suoi organi o rappresentanti. Si tratta, chiaramente, di una forma di responsabilità

¹⁶⁵ Come rileva al riguardo A. COSSEDDU, *Responsabilità da reato degli enti collettivi: criteri di imputazione e tipologia delle sanzioni*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2005, p. 1 ss., p. 29, «la responsabilità ai sensi del d. lgs. n. 231/2001 risulta, nella struttura, per sé svincolata dai contenuti ‘noti’ di una responsabilità penale personale, per essere piuttosto ancorata a *standard organizzativi – e parametri di efficacia – propri*, come tali, *di una condotta sostanzialmente antecedente alla commissione del fatto di reato* e, pertanto, di sapore squisitamente preventivo. La logica, del resto, dell'impianto normativo è quella volta ad introdurre un sistema che, nella complessità dell'organizzazione aziendale o gestionale, offra soluzioni idonee a *prevenire* quelle forme di illegalità diffusa, che potrebbero trovare nella “frantumazione dei poteri decisionali dell'ente” il proprio terreno di coltura».

¹⁶⁶ Cfr. gli art. 25 *quater* e 25 *quinqes* del D.Lgs. n. 231/2001, dedicati ai delitti con finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico, aggiunti dalla Legge 14 gennaio 2003 n. 7 di ratifica della Convenzione di New York del 1999.

¹⁶⁷ Cfr. l'art. 9 della Legge 18 aprile 2005 n. 62, che recepisce la Direttiva 2003/6/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 28 gennaio 2003, relativa all'abuso di informazioni privilegiate e alla manipolazione del mercato (abusi di mercato) e delle direttive della Commissione di attuazione 2003/124/CE, 2003/125/CE e 2004/72/CE, sulla quale legge v. F. DE SANTIS, *La responsabilità delle «persone giuridiche» per illeciti penali e per illeciti amministrativi di abuso di informazioni privilegiate e di manipolazione del mercato*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2006, p. 81 ss.

oggettiva assoluta.¹⁶⁸ Non ci pare che questa forma di responsabilità sia incompatibile con il modello tracciato dalle norme internazionali sopra esaminate, le quali sembrano richiedere esclusivamente un regime di responsabilità e nulla dicono sull'elemento soggettivo del reato. Tuttavia, una qualche perplessità può nascere dal fatto che in un sistema preventivo privo di *compliance programs* interni all'organizzazione, i soggetti diversi dal potenziale autore del reato – cioè, nella disciplina francese, l'organo o il rappresentante dell'ente – non hanno alcun potere di offrire il proprio contributo alla condotta legale dell'impresa, ma subiranno le conseguenze negative di eventuali condotte illegali degli organi o dei rappresentanti dell'impresa.¹⁶⁹ L'esistenza di *compliance programs*, quale indizio della colpevolezza dell'ente in funzione di riduzione della pena, invece, dota detti soggetti di un ruolo di incentivo alla legalità dell'organizzazione, distribuendo in maniera più omogenea la missione preventiva che le norme internazionali mirano ad alimentare ed estendendo le misure di precauzione in capo ad un maggior numero di soggetti in funzione solidaristica.

14.6. Osservazioni conclusive. – In conclusione, le fattispecie di responsabilità penale degli enti sono destinate a ripercuotersi sull'attività globale delle imprese multinazionali.

Sotto il profilo della concorrenza tra ordinamenti, l'esistenza di norme volte alla repressione di reati quali la corruzione, il riciclaggio di denaro ed il finanziamento del terrorismo svolge la funzione di impedire la scelta, da parte dell'impresa, di ordinamenti più lassisti dal punto di vista preventivo o repressivo. Ove il diritto interno abbia dato esecuzione alle norme internazionali in materia, infatti, la controllante estera sarà indotta, nella fase di costituzione della propria sussidiaria, a predisporre adeguati meccanismi di controllo interno e, nelle fasi successive, ad esercitare la dovuta

¹⁶⁸ V. al riguardo S. GIAVAZZI, *La responsabilità delle persone giuridiche: dieci anni di esperienza francese (Parte prima)*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2005, p. 593, p. 608 s. In generale v. P. CONTE, *Il riconoscimento della responsabilità penale delle persone giuridiche nella legislazione francese*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1994, p. 93 ss.

¹⁶⁹ Infatti, nell'ipotesi in cui l'ente sia chiamato a rispondere per un reato commesso da un suo dirigente, l'applicazione della relativa sanzione pecuniaria o cautelare potrebbe generare un danno a carico degli azionisti o dei creditori. Tutti i soggetti interessati alla salute finanziaria dell'ente sarebbero lesi dalla perdita subita dall'ente per effetto della sanzione. Evidentemente, la prospettiva di subire le conseguenze della sanzione incentiva i soggetti menzionati a predisporre meccanismi di controllo sulla condotta dei dirigenti e degli amministratori dell'ente stesso.

precauzione nell'ambito della prevenzione dei reati. La messa in opera di questo comportamento sarà la conseguenza diretta del sistema di responsabilità penale dell'impresa vigente nello Stato della sussidiaria.¹⁷⁰

Le distorsioni conseguenti alla concorrenza tra ordinamenti potrebbero comunque verificarsi ove lo Stato della sussidiaria non abbia ratificato gli strumenti internazionali in vigore, né abbia adottato alcuna normativa in materia di responsabilità penale degli enti. Qui la questione rilevante è se, pur in questa situazione, la controllante possieda concretamente qualche incentivo ad esercitare sulla sussidiaria i controlli pertinenti affinché questa non commetta reati.¹⁷¹ Al riguardo, si può ricordare che lo Stato della capogruppo, che nell'esempio qui accennato contemplerebbe una normativa sulla responsabilità delle persone giuridiche, dovrebbe essersi adeguato ad una serie di norme internazionali la cui portata è senz'altro estensibile anche alle attività compiute dalla sussidiaria estera. Ci si riferisce qui sia, da un lato, alle ipotesi di responsabilità per la corruzione realizzata anche attraverso intermediari, alle norme in materia di *complicity* o *aiding and abetting* e allo scopo di effettiva dissuasività che dovrebbe caratterizzare le sanzioni approntate dagli Stati,¹⁷² sia, dall'altro, al criterio del vantaggio o interesse, quale requisito oggettivo per l'affermazione della responsabilità dell'ente.¹⁷³

¹⁷⁰ Come si è osservato nei paragrafi precedenti, il sistema di responsabilità penale dell'ente si basa sulla determinazione di un grado di *corporate conscience* idoneo a rendere l'ente esente da responsabilità. L'eventuale accertamento della responsabilità della sussidiaria e l'imposizione di sanzioni monetarie e/o interdittive, inoltre, comportano come conseguenza un danno in capo all'azionista di controllo, sia in termini di immagine, sia sotto forma di perdita di profitto e competitività. Per evitare tali effetti, la controllante sarà incentivata a dotare l'impresa di meccanismi di controllo adeguati.

¹⁷¹ «The issue is essentially whether authorities of one of the signatory countries can take actions against a corporation established in that country, or against its officers/employees, if its controlled subsidiary established in a non-signatory country bribes a foreign public official» (U. DRAETTA, *The OECD Convention on Bribery of Foreign Public Official and the Bribes Paid by Foreign Subsidiaries*, in *Dir. comm. int.*, 2003, p. 649 ss., p. 649 s.).

¹⁷² V. rispettivamente, limitatamente al settore della corruzione, gli art. 1 co. 1 (corruzione perpetrata «directly or through intermediaries»), 1 co. 2 (*complicity* e *aiding and abetting*) e 3 co. 2 (sanzioni «effective, proportionate and dissuasive») e della Convenzione OCSE sulla lotta alla corruzione di pubblici funzionari stranieri del 1997.

¹⁷³ Sotto questo profilo, la dottrina ha rilevato il venir meno del principio di separazione tra società partecipante e partecipata, pur garantito – come più volte si è osservato nel corso del presente lavoro – dai diritti societari di tutti gli Stati. Con riguardo specifico al FCPA, quest'ultimo, «particularly the accounting and controls provisions, mandates a degree of parental involvement in the subsidiary's operations that may be viewed as being antithetical to the corporate separateness necessary to insulate the parent from liability arising from the crimes of the subsidiary» (H.L.

Secondo autorevole dottrina, ogni reato commesso dalla sussidiaria si riverbererebbe, in termini di vantaggio, a favore della controllante, la quale così potrebbe essere ritenuta responsabile per il reato stesso qualora, in aggiunta, tra l'autore del reato e l'ente-*holding* estera sussista una relazione di natura funzionale.¹⁷⁴

Ovviamente, questa relazione funzionale presuppone una valorizzazione del fattore del controllo. In tanto, infatti, può dirsi che l'amministratore della sussidiaria sia il rappresentante della partecipante in quanto lo stesso, sebbene formalmente alle dipendenze della sussidiaria, sia soggetto alla direzione o al controllo da parte della partecipante medesima. Ciò può avvenire semplicemente perché, nella dinamica del controllo transnazionale, la nomina del *management* della sussidiaria passa attraverso decisioni assunte nell'ambito della *holding*.¹⁷⁵ In questo senso, lo Stato di quest'ultima possiede la giurisdizione per procedere all'apertura del relativo procedimento penale, atteso che tutte le convenzioni in materia di diritto penale dell'impresa prevedono che lo Stato firmatario stabilisca la propria giurisdizione anche qualora solo una parte (peraltro non necessariamente fisica) della condotta criminale sia stata perpetrata sul territorio dello Stato.¹⁷⁶

A questo punto vale la pena di effettuare alcune considerazioni conclusive. Sotto il profilo interno all'impresa, le norme sulla responsabilità degli enti promosse dal diritto internazionale mirano, come si è visto, ad attribuire alle imprese una funzione repressiva globale, cioè a imporre a queste ultime di farsi carico dei costi sociali delle condotte devianti poste in essere dai propri rappresentanti o dipendenti nell'ambito dell'organizzazione d'impresa. Nella struttura dell'impresa multinazionale, inoltre, ciò produce l'effetto di ridurre il margine di *regulatory arbitrage* nella scelta dell'ordinamento più favorevole per creare le condizioni per la commissione di reati d'impresa. Anche qui, come altrove, l'estensione dell'effetto

BROWN, *Parent-Subsidiary Liability under the Foreign Corrupt Practices Act*, in 50 *Baylor Law Rev.*, 1998, p. 1 ss., p. 18).

¹⁷⁴ In questo senso U. DRAETTA, *The OECD Convention*, cit., p. 654.

¹⁷⁵ Così U. DRAETTA, *The OECD Convention*, cit., p. 655; H.L. BROWN, *Parent-Subsidiary Liability*, cit., p. 18 s.

¹⁷⁶ Cfr. l'art. 4 co. 1 della Convenzione dell'OCSE del 1997 sulla lotta alla corruzione dei pubblici ufficiali stranieri.

deterrente derivante dal sistema di repressione finora analizzato dipenderà dal numero delle ratifiche dei trattati internazionali in materia e dalla qualità degli strumenti di implementazione sviluppati sul piano interno. È anche vero, però, che l'evoluzione recente della normativa *de qua* dimostra che l'adozione universale del modello di responsabilità penale degli enti non è più un'ipotesi remota.

Dal punto di vista esterno, infine, le imprese assurgono a soggetto penalmente rilevante nello scenario globale grazie alla spinta solidaristica esercitata dalle relative norme del diritto internazionale. Come già si è visto nel corso dell'analisi concernente i codici di condotta, le imprese multinazionali vengono così a ricoprire una funzione semipubblica, che nel settore penalistico qui in commento raggiunge il punto più importante. A questi soggetti, infatti, non viene richiesto tanto di fornire un ristoro alle vittime del reato, quasi si trattasse di una semplice responsabilità civile, ma piuttosto di farsi carico dei costi di prevenzione e repressione dei reati.¹⁷⁷ Come ha recentemente rilevato un giudice italiano nel sanzionare la condotta criminale di un'impresa multinazionale, il sistema in questione va ben al di là della mera esigenza di ristoro delle vittime, sicché ove l'impresa non sviluppi i modelli di comportamento richiesti dalla norma penale, essa risulterà parimenti responsabile. In questo modo, le imprese multinazionali si trovano

¹⁷⁷ L'implementazione di modelli di prevenzione interni all'ente va infatti al di là del semplice ristoro dei danni cagionati dal crimine. Uno schema di responsabilità all'interno del quale l'ente potesse scagionarsi semplicemente pagando un risarcimento alle vittime non realizzerebbe perciò alcuna finalità preventiva ed anzi limiterebbe la funzione della legge penale all'imposizione di un mero prezzo (*law-as-price theory*, v. *supra* § 12.2). Così è stato deciso, per esempio, dal G.I.P. presso il Tribunale di Milano, 27 aprile 2004, in *Dir. comm. int.*, 2004, p. 225 ss., il quale ha ritenuto insufficiente il versamento, da parte dell'imputata Siemens AG, della somma di 180 milioni di euro a titolo di risarcimento offerto alla controparte Enel S.p.A. In particolare, il G.I.P. ha considerato invece necessario, al fine di evitare l'applicazione della sanzione interdittiva a carico dell'imputata, l'implementazione dei modelli di comportamento richiesti dal D. Lgs. 231/2001. Spiega il giudice che «la normativa [*ex* D. Lgs. 231/2001] introdotta in ossequio agli impegni internazionali assunti è molto rigida e prevede l'istituzione di organi di controllo dotati di autonomo potere di iniziativa, l'approntamento di specifici protocolli diretti a programmare la formazione e l'attuazione delle decisioni dell'ente in relazione ai reati da prevenire, l'individuazione delle modalità di gestione delle risorse finanziarie idonee ad impedire la commissione di reati [...], l'adozione di un efficace sistema di veicolazione delle informazioni all'interno della società, l'introduzione infine di un sistema disciplinare idoneo a sanzionare seriamente il mancato rispetto dei comportamenti e delle misure indicate. Nulla di ciò sembra essere avvenuto nonostante il tempo trascorso dall'esplosione del caso Siemens-Enelpower». Sul punto v. il commento di U. DRAETTA, *Prime sanzioni interdittive in Italia a carico di persone giuridiche per corruzione di pubblici ufficiali*, *ivi*, p. 241 ss., p. 243. Per una rassegna dei casi v. L. BORLINI, *La lotta alla corruzione internazionale: le Convenzioni dell'OCSE e delle Nazioni Unite, il caso Enelpower, la "tangentopoli" irachena*, in *Com. int.*, 2005, p. 75 ss., spec. p. 82 ss.

a sostituire lo Stato in uno dei settori tradizionalmente oggetto del monopolio di quest'ultimo, cioè quello del controllo del crimine. Si conferma dunque che il processo di globalizzazione e di crisi dello Stato sta tracciando un profondo sentiero giuridico, i cui sviluppi sembrano diretti verso una maggiore solidarietà tra tutti i soggetti coinvolti in quel medesimo processo.

CAPITOLO SESTO

IMPRESE MULTINAZIONALI E DIRITTI UMANI

SOMMARIO: 15. Imprese multinazionali e diritti umani. – 15.1. Diritto ai dividendi e diritti umani: conflitto o prevalenza? – 15.2. Lo stato (carente) del diritto internazionale. – 16. L'*Alien Tort Claims Act* e la sua giurisprudenza applicativa. – 16.1. Contenuto e struttura. – 16.2. L'utilizzo dell'ATCA nei confronti degli individui. Gli sviluppi. – 16.3. Il caso *Doe v. Unocal*. – 16.4. Spunti critici. – 16.5. Un'analisi economica del diritto internazionale alla luce della giurisprudenza applicativa dell'*Alien Tort Claims Act*: «a strange tort system».

15. Imprese multinazionali e diritti umani.

15.1. Diritto ai dividendi e diritti umani: conflitto o prevalenza? – Nello svolgimento della propria attività, l'impresa multinazionale è in grado di influenzare notevolmente il grado di protezione dei diritti dell'uomo riconosciuto dagli Stati coinvolti.¹ Questa influenza ha luogo con intensità diverse, in funzione del contenuto dei diritti stessi² e della tipologia di attività esercitata.

Alcune attività, quali ad esempio lo sfruttamento di risorse naturali e l'industria in genere, sono in grado di influire sul libero godimento, da parte della comunità locale, del diritto ad un ambiente sano e ad una vita in salute. Questo diritto risulta universalmente garantito dall'art. 12 co. 1 del Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali del 1966, che riconosce a ciascun individuo il diritto a un «enjoyment of the highest attainable standard of physical and mental health».³ Si pensi, inoltre, al caso della

¹ La questione è stata oggetto di recenti indagini da parte della dottrina. Sul problema v. L.M. BREED, *Regulating Our 21st-Century Ambassadors: A New Approach to Corporate Liability for Human Rights Violations abroad*, in 42 *Virginia Journ. Int. Law*, 2001/2002, p. 1005 ss., spec. p. 1011 ss.; R. KAPUR, *From Human Tragedy to Human Rights: Multinational Corporate Accountability for Human Rights Violations*, in 10 *Boston Coll. Third World Law Journ.*, 1990, p. 1 ss.; S. UDWADIA, *Corporate Responsibility for International Human Rights Violations*, in 13 *South. Calif. Interdisc. Law Journ.*, 2003/2004, p. 359 ss.; S.R. RATNER, *Corporations and Human Rights: A Theory of Responsibility*, in 111 *Yale Law Journ.*, 2001, p. 443 ss.; P.Z. THADHANI, *Regulating Corporate Human Rights Abuses: Is Unocal the Answer*, in 42 *William & Mary Law Rev.*, 2000/2001, p. 619 ss.

² Per una descrizione delle varie ipotesi di coinvolgimento dell'impresa multinazionale (diretto, indiretto e silente) nelle violazioni dei diritti dell'uomo perpetrate da uno Stato v. A. CLAPHAM, S. JERBI, *Categories of Corporate Complicity in Human Rights Abuses*, in 24 *Hastings Int. & Comp. Law Rev.*, 2000, p. 339 ss.; J.J. PAUST, *Human Rights Responsibilities of Private Corporations*, in 35 *Vanderbilt Journ. Transn. Law*, 2002, p. 801 ss., spec. p. 817 ss.

³ Tale è la formula utilizzata dall'art. 12 co. 1 del Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali, stipulato in seno all'Assemblea Generale delle Nazioni Unite in data 16 dicembre 1966 ed entrato in vigore il 3 gennaio 1976. Il co. 2 della medesima norma prevede che gli Stati firmatari promuovano «[t]he improvement of all aspects of environmental and industrial hygiene» (lett. b). Al riguardo, nel caso *Jota v. Texaco Inc.*, 157 F.3d 153, 155 (2d Cir. 1998) veniva in rilievo l'inquinamento prodotto dalla costruzione, da parte della sussidiaria di Texaco Inc., Texaco Petroleum Company, di un oleodotto che attraversava la regione orientale dell'Ecuador. L'oleodotto era stato progettato e costruito sin dal 1964 da un consorzio formato, tra l'altro, dal Governo ecuadoriano e dalla stessa Texaco Petroleum. Gli attori, cittadini ecuadoriani residenti nella zona adiacente l'oleodotto, citarono in giudizio la capogruppo americana, Texaco, per inquinamento ambientale, responsabilità oggettiva e *negligence* in relazione all'attività industriale svolta dalla multinazionale. La causa è stata dichiarata estinta in appello nel 2002, dopo alterne vicende, in virtù della dottrina del *forum non conveniens*: cfr. *Aguinda v. Texaco, Inc.*, 303 F.3d 470 (2d Cir. 2002).

distruzione, nel corso dell'estrazione di metalli preziosi, dei luoghi di culto di una tribù indigena, con conseguente lesione del diritto, riconosciuto dall'art. 1 co. 1 del Patto testé menzionato, al libero perseguimento dello sviluppo economico, sociale e culturale attraverso la conservazione dell'*habitat*.⁴ Vi sono poi ipotesi di complicità tra l'impresa multinazionale ed il governo locale, soprattutto quando tra i due soggetti si instaura un rapporto di affinità politica. Senza arrivare a citare il ben noto caso del coinvolgimento di ben note multinazionali americane nel *putsch* realizzato da Augusto Pinochet a Santiago del Chile nel 1973, può semplicemente farsi riferimento al processo che, negli Stati Uniti, ha coinvolto la Royal Dutch Petroleum Co., con riguardo alle attività svolte in Nigeria. In quell'occasione, infatti, la società fu accusata di complicità col governo nigeriano nella tortura e nella detenzione illegale di due *leaders* del partito di opposizione.⁵ Infine, si pensi alla fornitura di armi a governi accusati di genocidio, all'addestramento di gruppi paramilitari, al riciclaggio dei proventi derivanti da espropriazioni discriminatorie o da deportazioni massicce.⁶ E l'elenco, purtroppo, non si esaurisce con questi pochi casi.

In tutte le ipotesi ricordate, la condotta dell'impresa multinazionale è idonea a generare esternalità negative a carico della popolazione locale. Il contesto di violazione dei diritti umani, infatti, comporta a beneficio dell'impresa un notevole risparmio in termini di costi, che si riverbera positivamente sul flusso di profitti a favore degli azionisti nell'*Home Country* dell'impresa. Tuttavia, questo flusso di ricchezza altro non è che la contropartita per la condizione di spregio dei diritti umani che colpisce la

⁴ L'art. 1 co. 1 del Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali stabilisce che «[a]ll peoples have the right of self-determination. By virtue of that right they freely determine their political status and freely pursue their economic, social and cultural development». V. A. FODELLA, *La tutela dei diritti collettivi: popoli, minoranze, popoli indigeni*, in L. PINESCHI (a cura di), *La tutela internazionale dei diritti umani. Norme, garanzie, prassi*, Milano, 2006, p. 711 ss., spec. p. 719 s. V. al riguardo il caso *Beanal v. Freeport-McMoRan, Inc.*, 197 F.3d 161 (5th Cir. 1999), nel quale gli attori lamentavano la commissione di diverse violazioni dei diritti umani e di genocidio culturale da parte della convenuta. La Corte federale d'Appello ha confermato la sentenza di primo grado – 969 F. Supp. 362 (D. La., 1997) – e dichiarato il caso estinto sulla base della circostanza che l'attore non aveva prospettato alcun fatto concreto, né indicato i nomi degli autori dei crimini ascritti.

⁵ Si fa riferimento alla causa *Wiwa v. Royal Dutch Petroleum Co.*, 226 F.3d 88 (2d Cir. 2000).

⁶ Cfr. *Corporate Liability for Violations of International Human Rights*, in 114 *Harvard Law Rev.*, 2000, p. 2025 ss., p. 2029, anche in nota. Sull'ipotesi dell'addestramento di gruppi paramilitari, è noto che attualmente esistono diversi enti e società dediti a tale attività: in proposito v. C. ZARATE, *The Emergence of a New Dog of War: Private International Security Companies, International Law, and the New World Disorder*, in 34 *Stanford Journ. Int'l Law*, 1998, p. 75 ss.

comunità dello Stato ospite, sicché in un certo senso il benessere dei Paesi industrializzati potrebbe apparire il prezzo delle suddette violazioni. Ciò è tanto più verosimile ove si consideri che, molto spesso, il sostegno delle imprese multinazionali contribuisce al sostentamento economico del regime politico esistente nello Stato ospite e concorre pertanto al perdurare delle violazioni.

A volte, addirittura, il mero svolgimento di un'attività economica, soprattutto nei settori ad alto rischio tecnologico, può mettere in pericolo la vita e la sicurezza dei lavoratori, il benessere dei consumatori e l'ambiente circostante.⁷ Viene qui in rilievo un aspetto che non è stato affrontato nella parte del presente lavoro dedicata agli incidenti industriali,⁸ cioè il profilo di violazione dei diritti umani insito nel trasferimento del rischio di incidente da uno Stato ad un altro. In questo caso, infatti, il pericolo connesso al rischio di impresa da un lato e l'impossibilità per la comunità locale di influenzare il processo di *decision-making* relativo all'allocazione del rischio dall'altro difficilmente potrebbero considerarsi compatibili con il diritto dei popoli all'autodeterminazione, con il diritto fondamentale dei singoli ad un «adequate standard of living for himself and his family»⁹ e, infine, col diritto, altrettanto fondamentale, a godere dei risultati del progresso scientifico.¹⁰ Alla luce di queste osservazioni, vi è da chiedersi se anche il semplice investimento in un Paese poco rispettoso dei diritti umani costituisca una forma di partecipazione a una violazione del diritto internazionale.

⁷ Infatti, il novero delle attività delle imprese multinazionali in grado di configurare violazioni dei diritti dell'uomo è potenzialmente infinito. Al riguardo, correttamente C. SCOTT, *Multinational Enterprises and Emergent Jurisprudence on Violations of Economic, Social and Cultural Rights*, in A. EIDE, C. KRAUSE, A. ROSAS (eds.), *Economic, Social and Cultural Rights. A Textbook*, 2° ed., Dordrecht/Boston/London, 2001, p. 563 ss., p. 565, parla di «seemingly infinite variety of possible corporate activities which could negatively affect human rights and which are at least candidates for being juridically sanctioned as *actual violations* of human rights». Con riferimento, ad es., al Patto internazionale sui diritti sociali, economici e culturali, firmato il 16 dicembre 1966, l'Autore cita l'art. 1 co. 2, che stabilisce il diritto di ogni persona a usufruire dei propri mezzi di sussistenza, all'art. 10 co. 2, riguardante il periodo di maternità dal lavoro, l'art. 10 co. 3 in materia di protezione dallo sfruttamento sociale ed economico, l'art. 13 co. 2 lett. a in materia di disponibilità, per tutti, dell'educazione primaria, oppure l'art. 12 co. 1, che riconosce a ciascuno il diritto alla salute fisica e mentale; con riguardo invece al Patto internazionale sui diritti civili e politici, l'Autore ricorda le norme che vietano la schiavitù (art. 8 co. 1) e il lavoro forzato (art. 8 co. 3) o proteggono la libertà di associazione (art. 22).

⁸ *Supra* cap. IV.

⁹ Così l'art. 11 co. 1 del Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali del 1966.

¹⁰ Cfr. l'art. 15 co. 1 lett. b del Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali del 1966.

Ci pare che nel quadro testé tracciato vengano in rilievo due elementi in contrapposizione tra loro. Da un lato, vi è il diritto dell'azionista percepire i dividendi delle imprese nelle quali ha deciso di investire. Questo diritto è riconosciuto dalle legislazioni di pressoché tutti gli Stati ad ispirazione capitalistica e deriva dal principio per cui l'aumento del benessere di una comunità è commisurato alla possibilità di sfruttamento massimo del capitale investito. Se l'attività economica destinataria dell'investimento è remunerativa, risulta economicamente efficiente che l'investitore percepisca un adeguato ritorno economico. Dall'altro lato, però, vi è l'esigenza di tutelare i diritti umani fondamentali, che sono espressione delle tendenze solidaristiche tra i popoli e dell'identità del mondo contemporaneo nato dalle ceneri della seconda guerra mondiale.¹¹

L'ordinamento internazionale riconosce entrambi questi diritti. Una serie di strumenti multilaterali e bilaterali, infatti, attribuiscono all'investitore un diritto di trasferire i profitti dallo Stato nel quale l'investimento è stato effettuato al proprio Stato nazionale.¹² Per converso, i diritti dell'uomo rappresentano un limite cogente alla sovranità di tutti i soggetti facenti parte della Comunità internazionale. Per riprendere un concetto di derivazione gius-economica, vi è un conflitto di interessi tra più soggetti – nel caso, l'azionista e la comunità locale – che può essere risolto attraverso l'assegnazione di un *entitlement* a favore di uno di questi.¹³ Come procedere dunque a questa assegnazione?

Al riguardo, una soluzione potrebbe essere quella di considerare i diritti umani come parte integrante del c.d. *ius cogens*.¹⁴ La protezione dei diritti

¹¹ V. per tutti A. CASSESE, *I diritti umani nel mondo contemporaneo*, Roma-Bari, 1994, p. 26 ss.

¹² La protezione del trasferimento dei capitali e degli utili nel quadro degli accordi internazionali sugli investimenti ha senso in quanto «solo se ha la garanzia che il capitale investito e gli utili che ne derivano potranno essere rimpatriati o trasferiti l'investitore straniero avrà in linea di principio convenienza ad investire in quel determinato Stato», sicché «[l']incertezza del quadro giuridico degli Stati tradizionalmente importatori di capitali induce gli Stati esportatori di capitali a pretendere l'inserimento negli accordi bilaterali sugli investimenti di clausole che garantiscano il libero trasferimento dei capitali e degli utili» (L. MIGLIORINO, *Gli accordi internazionali sugli investimenti*, cit., p. 91 s.). Nello stesso senso (ma con qualche osservazione in merito al problema della sovranità dello Stato ospite in materia monetaria) v. M.R. MAURO, *Gli accordi bilaterali sulla promozione e la protezione degli investimenti*, Torino, 2003, p. 218 ss.

¹³ Si richiama qui la celebre analisi di G. CALABRESI, D. MELAMED, *Property Rules*, cit.

¹⁴ Sul punto non vi sono dubbi da parte degli internazionalisti, che sembrano concordare unanimemente sul fatto che le norme di diritto internazionale concernenti i diritti umani appartengono alla categoria denominata *ius cogens*. Com'è noto, l'art. 53 della Convenzione di

umani dovrebbe prevalere sull'interesse degli azionisti stranieri perché gli effetti delle violazioni dei diritti umani, almeno nel lungo periodo, sono, in termini sia economici, sia di giustizia sostanziale, gravemente dannosi pur a fronte di una crescita dei profitti derivanti dagli investimenti globali. Ne deriva che le norme sul diritto dell'investitore al profitto, contenute nei trattati internazionali o stabilite dalla prassi in materia, non potrebbero mai essere interpretate nel senso di prevalere sul rispetto dei diritti umani.¹⁵

Se ne potrebbe dedurre, in via del tutto astratta, che il diritto dell'impresa all'incasso dei dividendi, eventualmente riconosciuti da un trattato internazionale o da una legge interna, dovrebbe cedere dinanzi alle violazioni dei diritti umani perpetrate dall'impresa stessa. Poiché solitamente i diritti contemplati nei trattati in materia di protezione degli investimenti vengono invocati all'interno di un procedimento arbitrale, toccherà agli arbitri eventualmente negare all'attore il diritto ai dividendi qualora questo abbia agito in spregio delle norme internazionali sui diritti umani. Mentre non risulta che questa soluzione sia mai stata adottata dalla prassi arbitrale, sembra ben difficile altresì prospettare la realizzazione in concreto: sarebbe onere dello Stato convenuto, infatti, giustificare il proprio diniego dei benefici in materia di investimenti sulla base di condotte rispetto alle quali, il più delle volte, lo Stato stesso è complice consapevole.

Al di là delle fantasie processuali che possono accompagnare una simile impostazione, resta il fatto che il problema della violazione dei diritti umani continua a presentarsi in maniera grave in ogni parte del mondo.¹⁶ Lo scopo delle pagine che seguono è esaminare l'atteggiamento della prassi, specialmente statunitense, con riguardo al rapporto tra imprese multinazionali e diritti umani dal punto di vista dell'*accountability*. Sarà nostro compito, allora, verificare se, in un mondo globalizzato, la profonda interazione tra gli attori dello scenario internazionale non richieda una revisione delle norme relative alla protezione dei diritti umani nel senso di una loro estensione dagli Stati alle stesse imprese multinazionali.

Vienna del 23 maggio 1969 stabilisce che sono nulli i trattati internazionali «in conflitto con una norma imperativa del diritto internazionale generale».

¹⁵ Nella mente di G. CALABRESI, D. MELAMED, *Property Rules*, cit., p. 1093, si dovrebbe parlare, nel caso in esame, di *inalienability rule*, cioè di un *entitlement* non cedibile da parte del soggetto titolare e non acquistabile da parte di un diverso soggetto. Infatti, i diritti umani non sono alienabili. Di essi godono gli individui per il solo fatto della loro esistenza.

¹⁶ Per una rassegna v. A. CASSESE, *I diritti umani oggi*, Roma-Bari, 2005, p. 145 ss.

15.2. Lo stato (carente) del diritto internazionale. – Dal punto di vista dell'ordinamento internazionale, non sono mancati i tentativi di affrontare il problema del rispetto dei diritti umani fondamentali da parte delle imprese multinazionali. Al riguardo, non si può dire che il dibattito abbia prodotto risultati soddisfacenti.

Un primo ostacolo che si è posto ha natura dialettica e riguarda la circostanza che le norme in materia di protezione dei diritti umani si rivolgono agli Stati e si applicano nei confronti degli individui. Al riguardo, potrebbe assumersi che, poiché le imprese multinazionali non sono soggetti di diritto internazionale, ad esse non sarebbe addebitabile alcuna responsabilità per violazione dei diritti dell'uomo.¹⁷ In base a tale impostazione, «corporations thus remain immune to liability, and victims remain without redress».¹⁸

Secondariamente, non può trascurarsi che da un punto di vista economico né lo Stato nazionale della capogruppo, né lo Stato ospite hanno

¹⁷ Sul punto v. D.J. KARET, *Taming the Leviathans: Multinational Enterprises and Human Rights*, in 46 *Netherlands Int'l Law Rev.*, 1999, p. 171 ss., p. 175.

¹⁸ *Corporate Liability for Violations of International Human Rights*, cit., p. 2026; v. anche P. MUCHLINSKI, *The Development of Human Rights Responsibilities for Multinational Enterprises*, in R. SULLIVAN (ed.), *Business and Human Rights. Dilemmas and Solutions*, Sheffield, 2003, p. 33 ss., il quale a p. 35 s. riporta le ragioni per le quali le norme internazionali in materia di diritti umani non sarebbero logicamente applicabili alle imprese multinazionali: 1) l'unica responsabilità dell'impresa è generare profitti per gli azionisti; 2) i privati non hanno alcun obbligo positivo di rispettare i diritti umani, in quanto il loro unico onere è adempiere a quanto prescritto dalla legge; 3) non sarebbe possibile per le imprese multinazionali garantire tutti i diritti dell'uomo, essendo esclusi dal loro ambito d'azione, ad es., i diritti civili e politici; 4) l'estensione dei suddetti obblighi ad attori non statali rappresenta un costo e dunque uno svantaggio competitivo per l'impresa. Come l'A. stesso si premura di precisare, nessuno di questi argomenti ha pregio: 1) esiste la c.d. responsabilità sociale dell'impresa, cui anche le multinazionali sono tenute a conformarsi; 2) l'evidente incremento del potere delle imprese multinazionali richiede un aumento della responsabilità in capo alle stesse e nulla impedisce all'ordinamento internazionale di prendere posizione sulla questione; 3) l'influenza che l'impresa multinazionale può esercitare sul potere politico e dunque sulla garanzia (anche) dei diritti civili e politici non può essere sottovalutata; 4) il rispetto dei diritti dell'uomo crea dei benefici economici anche all'impresa multinazionale, soprattutto in termini di immagine. Sulla responsabilità sociale delle imprese la bibliografia è sterminata, ma per quanto qui interessa si può citare il lavoro di J. PARKINSON, *The Socially Responsible Company*, in M.K. ADDO (ed.), *Human Rights Standards and the Responsibility of Transnational Corporations*, The Hague/London/Boston, 1999, p. 49 ss.; sul dibattito in tema di responsabilità dell'impresa multinazionale nel diritto internazionale v. per ora A. CLAPHAMS, *Human Rights in the Private Sphere*, Oxford, 1993, p. 147; sui benefici economici per l'impresa v. – oltre a *infra* nota 101 – D. COLES, *What is the Attitude of Investment Markets to Corporate Performance on Human Rights?*, in R. SULLIVAN, (ed.), *Op. cit.*, p. 92 ss.; S. WILLIAMS, *How Principles Benefit the Bottom Line: The Experience of the Co-operative Bank*, in M.K. ADDO, *Op. cit.*, p. 63 ss.

interesse, in assenza di norme internazionali, a estendere le disposizioni a tutela dei diritti umani all'attività svolta dalle imprese multinazionali, perché entrambi ottengono un beneficio economico dall'espansione degli investimenti esteri. Anche ove siffatte disposizioni esistano, la potenza economica dell'impresa può renderle di fatto inoperanti.¹⁹

Per effetto di questa situazione, attualmente nell'ordinamento internazionale non esistono norme generali in materia di responsabilità dell'impresa multinazionale per violazione dei diritti umani. Esistono tuttavia alcuni strumenti a carattere esortativo, come già si è avuto modo di rilevare in altra parte del presente lavoro.²⁰ La Dichiarazione Tripartita dell'ILO del 1977, ad esempio, si limita a sollecitare, con formula condizionale, che le multinazionali rispettino la Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo e i vari Patti conclusi in materia sotto l'egida delle Nazioni Unite.²¹

Inoltre, il *Codice di Regole sulla responsabilità delle imprese multinazionali e delle altre entità commerciali in materia di diritti umani*, approvato in seno alle Nazioni Unite nel 2003, contiene in proposito alcune significative raccomandazioni. Tuttavia esso rappresenta soltanto un pregevole tentativo di codificare, (forse troppo pionieristicamente) una materia indubbiamente complessa, da sempre prerogativa esclusiva degli Stati.²²

¹⁹ Su questo problema v. D.J. KARET, *Taming the Leviathans*, cit., p. 176, secondo la quale l'inferiorità dello Stato dinanzi all'impresa multinazionale potrebbe derivare da fattori diversi, quali il grado di necessità, per lo Stato, di attrarre capitali dall'estero, ovvero la mera impossibilità di assicurare, da parte dello Stato ospite, l'applicazione delle norme in materia di diritti umani, in particolare nel settore della protezione ambientale.

²⁰ Cfr. *supra* § 7.

²¹ Cfr il principio n. 8 della Dichiarazione Tripartita dell'ILO in materia di imprese multinazionali, adottata nel 1977 e leggibile in 17 *Int'l Leg. Mat.*, 1978, p. 422 ss. Come si ricorderà, la Dichiarazione si dirige, oltre che agli Stati membri dell'ILO, ai datori di lavoro e ai lavoratori, anche alle imprese multinazionali.

²² Le citate Regole (*Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Regard to Human Rights*) nascono sotto forma di progetto nel 1998, in conseguenza di una richiesta della Sottocommissione delle Nazioni Unite sui Diritti Umani (risoluzione n. 1998/8 del 20 agosto 1998) rivolta al Gruppo di Lavoro sui metodi di lavoro e le attività delle società transnazionali. Il Gruppo di Lavoro, con la risoluzione n. 2003/16 del 13 agosto 2003, U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/2003/L.11 at 52 (2003), ha presentato la versione definitiva di tali Regole, che risultano composte da 23 articoli, concernenti nell'ordine: il diritto all'eguaglianza e alla non discriminazione, il diritto alla sicurezza delle persone, i diritti dei lavoratori, il rispetto della sovranità nazionale, la protezione del consumatore e dell'ambiente. Può ricordarsi che, al fine di evitare il fenomeno del c.d. *free riding*, l'art. 1 stabilisce che le Regole non

Da parte sua, la dottrina ha prospettato l'opportunità di redigere una convenzione multilaterale in materia. Si tratta senz'altro di un'idea positiva, che però si scontra almeno con due ordini di problemi. Da un lato, infatti, è chiaro che le norme di questa ipotetica convenzione dovrebbero stabilire un obbligo, per gli Stati, di riconoscere la responsabilità in capo alle società facenti parte di un'impresa multinazionale, qualora queste commettano atti in violazione dei diritti umani. Solo in questo modo tale strumento potrebbe davvero costituire un disincentivo per le imprese multinazionali a cooperare con gli Stati che non rispettano i diritti umani. Nessuno ha però sinora indicato quali condizioni dovrebbero concretamente porsi alla sfera di applicazione delle norme relative alla responsabilità²³ e, oltretutto, ci pare che le difficoltà riscontrate ad oggi nella creazione di appropriate regole di responsabilità in diversi settori (come nel caso degli incidenti industriali o della repressione dei crimini d'impresa) investano altresì l'ambito dei diritti umani. Da un altro lato, come sopra si accennava, la ricchezza apportata dall'impresa sia allo Stato della capogruppo, sia allo Stato ospite rappresentano sempre un freno alla predisposizione di strumenti idonei a punire le imprese multinazionali.

Si assiste, in breve, ad un eclatante paradosso. L'ordinamento internazionale, infatti, protegge i diritti umani, anzi li annovera tra le norme di *ius cogens* che vincolano inderogabilmente tutti i soggetti appartenenti alla comunità internazionale. Tuttavia, esso non è in grado di fornire agli individui uno strumento idoneo ad attivarli direttamente nei confronti di soggetti diversi dallo Stato, cioè delle imprese multinazionali. Una vistosa eccezione a questo stato di cose è rappresentata dal celebre *Alien Tort Claims Act* statunitense e dalla sua giurisprudenza applicativa, che

possono rappresentare per gli Stati una giustificazione per venire meno alle obbligazioni stabilite dal diritto internazionale in materia di diritti umani. Per un commento v. D. WEISSBRODT, M. KRUGER, *Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Regard to Human Rights*, in 97 *Am. Journ. Int. Law*, 2003, p. 901 ss., p. 907 ss.

²³ Su questa prospettiva v. *Corporate Liability for Violations of International Human Rights*, cit., p. 2046 ss. Così, se i limiti di responsabilità si estenderanno al semplice fatto di fornire un supporto finanziario allo Stato che viola i diritti umani, le imprese multinazionali saranno disincentivate a investire del tutto in quello Stato. Deve ammettersi che, in questo caso, non potranno adottarsi norme generiche in materia di complicità, come invece si ritrovano in tutti i trattati di diritto penale internazionale. Norme generiche, infatti, provocherebbero senza dubbio sia un'inflazione dei procedimenti penali rivolti contro società facenti parte di imprese multinazionali, sia una incertezza del diritto in merito alla questione se investire o meno in determinati paesi, situazione che certamente non giova all'effetto preventivo e repressivo che le norme sulla responsabilità dovrebbero assumere.

rappresentano ad oggi l'unico pregevole tentativo, nel panorama internazionale, di garanzia dei diritti dell'uomo anche nei confronti delle imprese multinazionali.

16. L'*Alien Tort Claims Act* e la sua giurisprudenza applicativa.

16.1. Contenuto e struttura. – L'*Alien Tort Claims Act* (ATCA)²⁴ è stato approvato nel 1789 dal primo Congresso statunitense ed è strutturalmente inserito nel primo *Judiciary Act* della neonata Unione. Esso è costituito da un'unica norma, che così recita:

«[t]he district courts shall have original jurisdiction of any civil action by an alien for a tort only, committed in violation of the law of nations or a treaty of the United States».

L'origine dell'ATCA è squisitamente politica. A quell'epoca il Congresso si era trovato nella necessità di adottare una disposizione apposita in materia di protezione dei diplomatici stranieri, dal momento che nel territorio federale erano occorsi diversi incidenti che avevano coinvolto agenti nell'esercizio delle loro funzioni. Gli incidenti si erano risolti con pronunce di condanna degli autori da parte delle corti sulla base delle norme di diritto internazionale allora vigenti,²⁵ ma il Congresso era ugualmente preoccupato che l'inadeguatezza dei diversi ordinamenti statali nel punire tali offese recasse danno alle relazioni internazionali che i giovani Stati Uniti stavano tessendo con gli Stati europei.²⁶ Per tale ragione, l'ATCA entrò a far parte della prima legge sull'ordinamento giudiziario federale.

²⁴ 28 U.S.C. § 1350 (2005). La norma è anche nota come *Alien Torts Statute* (ATS).

²⁵ In particolare, nel 1784, il console generale di Francia a Philadelphia era stato aggredito da un cittadino francese; nel 1788, un ufficiale era penetrato nella residenza dell'ambasciatore olandese e aveva proceduto all'arresto di uno dei suoi inservienti. Cfr. per il primo caso *Respublica v. De Longchamps*, 1 U.S. (1 Dall.) 111 (1784); il secondo caso è citato da W.R. CASTO, *The Federal Court's Protective Jurisdiction over Torts Committed in Violations of the Law of Nations*, in 18 *Connecticut Law Rev.*, 1986, p. 467 ss., p. 494, nota 151.

²⁶ In relazione alle preoccupazioni del Congresso, sull'adozione dell'ATCA pesarono non soltanto la volontà di sottrarre ai singoli Stati federati la competenza in materia di violazione del diritto internazionale, ma anche e soprattutto il desiderio di evitare che soltanto alcuni Stati ammettessero azioni giudiziarie promosse da stranieri: cfr. in proposito W.R. CASTO, *The Federal Court's Protective Jurisdiction*, cit., p. 495 ss.; W.S. DODGE, *The Historical Origins of the Alien Tort Statute: A Response to the "Originalists"*, in 19 *Hastings Int. & Comp. Law Rev.*, 1996, p. 221 ss., p. 234 ss.; A.-M. BURLEY, *The Alien Tort Statute and the Judiciary Act of 1789: A Badge of Honor*, in 83 *Am.*

Molto semplicemente, l'ATCA attribuisce alle corti federali giurisdizione in materia di illecito civile conseguente a una violazione del diritto internazionale.²⁷ La disposizione è rimasta sostanzialmente inapplicata per quasi due secoli, fino a quando, nel 1980, la Corte federale d'Appello del Secondo Circuito si pronunciò in merito ad una controversia instaurata da Dolly e Joe Filartiga, due cittadini paraguayani, nei confronti di un ufficiale di polizia paraguayano, Americo Peña-Irala. Quest'ultimo, reperito dagli attori negli Stati Uniti, aveva sottoposto a tortura e portato alla morte il giovane Joelito Filartiga, per ritorsione nei confronti del padre di questo che militava in un partito di opposizione al regime militare al potere ad Asunción. Il celebre caso *Filartiga v. Peña-Irala*²⁸ costituisce pertanto il primo procedimento basato sull'ATCA nell'ambito del quale una corte federale ha avuto modo di descrivere la struttura e la sfera di applicazione di questo strumento. La Corte ha anzitutto accertato che la tortura costituisce una violazione del diritto internazionale e ha inoltre affermato che l'ATCA garantisce agli attori la possibilità di un processo contro il torturatore soggetto alla giurisdizione delle corti federali.²⁹ Il convenuto fu

Journ. Int. Law, 1989, p. 461 ss., la quale focalizza l'attenzione anche sulle origini dell'ATCA e sul suo precipuo fine di evitare il diniego di giustizia per gli stranieri che avessero subito una violazione del diritto delle genti.

²⁷ B. STEPHENS, *Translating Filartiga: A Comparative and International Law Analysis of Domestic Remedies for International Human Rights Violations*, in 27 *Yale Journ. Int. Law*, 2002, p. 1 ss. L'origine storica dell'ATCA resta oggi sconosciuta. Si ritiene che tale norma sia stata inserita nel progetto di *Judiciary Act* dall'ispiratore del medesimo, Oliver Ellsworth, ma non se ne conosce l'autentica ragione. Per un'analisi storica v. G.E. BILLHEIMER, *The Loneliness of the Long Distance Statute, the Alien Tort Claims Act*, 28 U.S.C. 1350, in 37 *Washington & Lee Law Rev.*, 1980, p. 1263 ss.

²⁸ *Dolly M.E. Filartiga and Joe Filartiga v. Americo Norberto Pena-Irala*, 630 F.2d 876 (2d Cir. 1980). Per un commento v. la nota *Federal Jurisdiction, Human Rights, and the Law of Nations: Essays on Filartiga v. Pena-Irala*, in 11 *Georgia Journ. Int. & Comp. Law*, 1981, p. 305 ss.; *Enforcement of International Human Rights in the Federal Courts after Filartiga v. Pena-Irala*, in 67 *Virginia Law Rev.*, 1981, p. 1379 ss.; *The Alien Tort Statute: Implications of Filartiga v. Pena-Irala*, in 15 *Georgia Law Rev.*, 1980, p. 504 ss.; J.M. BLUM, R.G. STEINHARDT, *Federal Jurisdiction over International Human Rights Claims: The Alien Tort Claims Act after Filartiga v. Pena-Irala*, in 22 *Harvard Int. Law Journ.*, 1981, p. 53 ss.; L.A. RICKARD, *Filartiga v. Pena-Irala: A New Forum for Violations of International Human Rights*, in 30 *Am. Univ. Law Rev.*, 1980-81, p. 807; D. RUSK, *A Comment on Filartiga v. Pena-Irala*, in 11 *Georgia Journ. Int. & Comp. Law*, 1981, p. 311 ss.; J.H. WORKS, *Filartiga v. Pena-Irala: Providing Federal Jurisdiction for Human Rights Violations through the Alien Tort Statute*, in 10 *Denver Journ. Int. Law & Policy*, 1980-81, p. 355 ss.

²⁹ Il convenuto deve essere «found and served with process by an alien within our borders», secondo le regole generali della giurisdizione in materia civile (*Filartiga v. Pena-Irala*, 630 F.2d at 878).

successivamente condannato al pagamento di 10 milioni di dollari, inclusi i *punitive damages*.³⁰

Com'era prevedibile, la sentenza in parola aprì un vivace dibattito, sia in dottrina, sia in giurisprudenza, sui limiti di operatività dell'ATCA.³¹ Soprattutto, essa formò la base giuridica per una serie di controversie, instaurate dinanzi alle corti statunitensi dalle vittime di violazioni dei diritti dell'uomo.

Al riguardo, un primo filone giurisprudenziale riguarda le cause di risarcimento dei danni promosse negli Stati Uniti da cittadini stranieri *nei confronti del proprio Stato nazionale*. In tale ambito, un limite significativo è costituito dal principio dell'immunità degli Stati stranieri in materia civile: sul punto, la Corte Suprema ha precisato che l'ATCA non può costituire la base per la giurisdizione nei confronti di Stati stranieri e che dunque le tradizionali immunità sono destinate a operare anche per le azioni basate sull'ATCA.³² Ulteriori difficoltà di ordine processuale derivano dalla possibilità, da parte del convenuto, di sollevare le tradizionali eccezioni dell'*Act of State* e della *political question*, eccezioni che hanno prodotto, in non pochi casi, il rigetto delle domande.³³

³⁰ *Filartiga v. Pena-Irala*, 577 F. Supp. 860 (D.N.Y., 1984).

³¹ A favore di un'interpretazione liberale dell'ATCA, nel senso di legittimare qualsiasi azione di risarcimento da parte di vittime di violazioni dei diritti umani v. A.-M. BURLEY, *The Alien Tort Statute*, cit. Per l'opposta interpretazione restrittiva v. J.M. SWEENEY, *A Tort Only in Violation of the Law of Nations*, in 18 *Hastings Int. & Comp. Law Rev.*, 1995, p. 445 ss., spec. p. 447 ss.; *Tel-Oren v. Libyan Arab Republic*, 726 F.2d 774 (D.C. Cir. 1984), che costituisce il precedente più citato dinanzi alle corti per sostenere che le violazioni del diritto internazionale possono riguardare soltanto gli Stati e non anche gli individui. Da parte sua, il Congresso dimostrò di aver apprezzato l'interpretazione dell'ATCA resa dalla Corte federale nel caso *Filartiga* quando, nel 1991, approvò il *Torture Victim Protection Act*, che consente alle vittime di tortura o di *extrajudicial killing* di adire le corti americane per ottenere il risarcimento dei danni subiti. V. Pub. L. No. 102-256, 106 Stat. 73 (1992), ora in 28 U.S.C. § 1350 (2005).

³² *Argentine Republic v. Amerada Hess Shipping Corp.*, 488 U.S. 428, 433 (1989). La base per la giurisdizione nei confronti di Stati stranieri risiede dunque, anche nel caso di *tort claims* promosse da stranieri, nel *Foreign Sovereign Immunities Act*, che, com'è noto, prevede una generale presunzione di immunità a meno che ricorra una delle condizioni previste dalla normativa stessa. Sul problema v. K.E. STITCHER, *Amerada Hess and Foreign Sovereign Immunity: The Conflict between the Foreign Sovereign Immunities Act and the Alien Tort Claims Act in Establishing Jurisdiction Over the Extraterritorial Torts of Foreign States*, in 24 *Stanford Journ. Int. Law*, 1987, p. 585 ss.; M. ROSEN, *The Alien Claims Act and the Foreign Sovereign Immunities Act: A Policy Solution*, in 6 *Cardozo Journ. Int. & Comp. Law*, 1998, p. 461 ss.

³³ V. brevemente G.C. HUFBAUER, N.K. MITROKOSTAS, *Awakening Monster: The Alien Tort Statute of 1789*, Washington, 2003, p. 5.

Peraltro, il risultato contrario sarebbe stato decisamente paradossale. Se, infatti, ogni straniero potesse portare dinanzi ai giudici degli Stati Uniti ogni controversia relativa alle violazioni commesse dal proprio Stato, vi sarebbe da un lato una pericolosa deflazione degli strumenti internazionali di controllo e, dall'altro, una pesante inflazione del lavoro delle corti federali. Non che questo problema non abbia rilevato agli occhi dei giudici statunitensi, che anzi il più delle volte non hanno esitato a rifiutare tutela alle vittime di gravi abusi semplicemente nel timore di dover aprire le porte ad un numero progressivamente incontrollabile di controversie non aventi alcuna connessione con il foro.

16.2. L'utilizzo dell'ATCA nei confronti di individui. Gli sviluppi. – Un ulteriore filone giurisprudenziale, il cui sviluppo è conseguente alla presa di coscienza, da parte degli attori, degli ostacoli processuali sopra menzionati, riguarda le azioni promosse da stranieri *nei confronti di individui*. Inizialmente, nel richiedere il rigetto delle domande attoree, i convenuti osservavano che, poiché il diritto internazionale si rivolge agli Stati e non agli individui, era necessario che la violazione del diritto internazionale, come definita nel testo dell'ATCA, fosse perpetrata da un agente dello Stato.³⁴ Si tratta, di riflesso, dell'obiezione già sollevata dalla dottrina con riguardo alla responsabilità delle imprese multinazionali per violazione dei diritti umani.³⁵ Sul punto si è pronunciata sempre la Corte federale del Secondo Circuito nel celebre caso *Kadic v. Karadzic*.³⁶

Chiamato a risarcire i danni derivanti da una serie di violazioni dei diritti dell'uomo realizzate durante la guerra civile nella ex Jugoslavia, il *leader* serbobosniaco Radovan Karadzic – al quale era stato consegnato l'atto di citazione mentre era in missione presso le Nazioni Unite – eccepiva che le *violations of the law of nations* contemplate nell'ATCA riguarderebbero norme che «bind only States and persons acting under color of a state's law,

³⁴ Dal punto di vista processuale, ciò comporta che se lo Stato interessato non è coinvolto nel giudizio in virtù del principio del litisconsorzio necessario, la causa dovrebbe essere dichiarata estinta. V. per es. *Aquinda v. Texaco, Inc.*, 945 F. Supp. 625, 628 (S.D.N.Y. 1996), accennata *infra* nota 3. Il che ci sembra implicare anche che non possono essere comprese nell'azione di cui all'ATCA tutte le violazioni perpetrate da soggetti non riconducibili allo Stato (così *Corporate Liability for Violations of International Human Rights*, cit., p. 2036, nota 77 i.f.).

³⁵ V. *supra* § 15.2.

³⁶ *Kadic v. Karadzic*, 70 F.3d 232 (2d Cir. 1995).

not private individuals».³⁷ La Corte non ha aderito a questa tesi ed anzi ha affermato chiaramente che «certain forms of conduct violate the law of nations whether undertaken by those acting under the auspices of a state or only as private individuals».³⁸

L'applicazione dell'ATCA a condotte individuali integranti violazioni di diritto internazionale non è peraltro del tutto nuova. Già nel 1795, la questione era venuta alla ribalta in seguito alla complicità di alcuni cittadini statunitensi nel saccheggio di proprietà britanniche, effettuato dalla flotta francese in Sierra Leone. Poiché gli Stati Uniti avevano garantito la propria neutralità, si poneva il problema di assicurare la punizione degli autori per *breach of neutrality*, considerata come una violazione del diritto internazionale. In merito, l'Attorney General Bradford aveva giudicato positivamente un'applicazione dell'ATCA.³⁹

Successivamente, il diritto internazionale moderno si è evoluto nel senso di stabilire la responsabilità diretta dell'individuo per *crimini internazionali*, cioè per condotte per le quali il diritto internazionale sancisce la responsabilità degli individui che ne sono autori. Tale sviluppo non è sfuggito alle corti, le quali hanno esplicitamente consentito alle vittime la possibilità di invocare l'ATCA con riferimento a crimini internazionali quali i crimini di guerra,⁴⁰ la schiavitù,⁴¹ il genocidio,⁴² le esecuzioni sommarie e le detenzioni prolungate,⁴³ nonché, non da ultimo, la tortura.⁴⁴ Nel giustificare queste soluzioni, le corti hanno posto attenzione al diritto internazionale *positivo*, cioè vigente al momento della controversia, superando così le resistenze di coloro che avevano visto nell'ATCA uno strumento staticamente inserito nelle concezioni diffuse alla fine del Settecento.⁴⁵

³⁷ *Kadic v. Karadzic*, 70 F.3d at 239.

³⁸ *Ibid.*

³⁹ Opinion of Hon. William Bradford, *Breach of Neutrality*, in 1 *Op. Att'y Gen.* 57, 59 (July 6, 1795).

⁴⁰ *Kadic v. Karadzic*, 70 F.3d at 241.

⁴¹ *Iwanowa v. Motor Ford Co.*, 57 F. Supp. 2d 41 (D.C. N.J. 1999).

⁴² *Kadic v. Karadzic*, 70 F.3d at 241.

⁴³ *Xuncax v. Gramajo*, 886 F. Supp. 162, 184 (D. Mass. 1995).

⁴⁴ *In re Estate of Ferdinand E. Marcos*, 978 F.2d 493, 499 (9th Cir. 1992); *Cabiri v. Assasie-Gyimah*, 921 F. Supp. 1189, 1196 (S.D.N.Y. 1996).

⁴⁵ *Filartiga v. Pena-Irala*, 630 F.2d at 881, 887, ove la Corte federale riconosce che l'ATCA è strutturato «simply as opening the federal courts for adjudication of the rights already recognized

Nella determinazione sia dei soggetti passibili di responsabilità alla luce del diritto internazionale, sia delle condotte integranti tale responsabilità, le corti statunitensi hanno proceduto dunque ad un'analisi delle norme internazionali applicabili. Anzitutto, è stato chiarito che il termine *law of nations* presente nel testo dell'ATCA va inteso con riferimento alle disposizioni che descrivono condotte «definable, obligatory (rather than hortatory), and universally condemned».⁴⁶ Inoltre, pur essendo compresi nella lettera della norma anche i trattati ratificati dagli Stati Uniti, la maggioranza delle cause basate sull'ATCA riguardano violazioni del diritto internazionale consuetudinario, per individuare le quali i giudici, a rigore, sarebbero tenuti a svolgere un accertamento della prassi, il che purtroppo non sempre avviene.⁴⁷

Anche le azioni promosse nei confronti di individui sono soggette a limitazioni di ordine processuale. A questo proposito, non perdono rilievo le classiche dottrine del *forum non conveniens* e della *comity*.⁴⁸ Difatti, la

by international law». Per una rassegna delle violazioni dei diritti dell'uomo ai quali si applica l'ATCA v. il completo lavoro di R. GOODMAN, D.P. JINKS, *Filartiga's Firm Footing: International Human Rights and Federal Common Law*, in 66 *Fordham Law Rev.*, 1997/98, p. 463 ss., p. 497 ss.

⁴⁶ Così ad es. *Dreifus v. Von Finck*, 534 F.2d 24 (2d Cir. 1976); *Sanchez-Espinoza v. Reagan*, 770 F.2d 202 (U.S. App. D.C. 1985). La citazione è tratta da *Forti v. Suarez-Mason*, 672 F. Supp. 1531 (N.D. Cal. 1987).

⁴⁷ Tale problema si è ad es. prospettato nel caso *Doe v. Unocal*, che si analizzerà nel prosieguo del testo. In detto procedimento, la Corte d'Appello (*infra*, nota 62) ha affermato, non senza una certa apoditticità, che soltanto le norme di *jus cogens* possono costituire norme di diritto internazionale ai sensi dell'ATCA. Nella sua opinione concorrente (cit. *infra*, nota 66), il Giudice Reinhardt ha criticato questa impostazione, affermando che è sufficiente che la norma violata appartenga al diritto consuetudinario, non svolgendo rilievo alcuno la circostanza che la stessa abbia carattere cogente. Vi è oltretutto una certa confusione nella definizione di diritto consuetudinario: al riguardo la Corte d'Appello basa tale definizione sul consenso degli Stati, mentre descrive lo *jus cogens* come il diritto che vincola gli Stati anche se questi non vi consentono. Sul punto v. J.E. KASTENBERG, *Enforcing Internationally Recognized Human Rights Violations under the Alien Tort Claims Act: An Analysis of the Ninth Circuit's Decision in Doe v. Unocal Corp.*, in 1 *Pierce Law Rev.*, 2002-03, p. 133 ss., p. 141 s. La soluzione testé menzionata non può essere accolta. A parte la difficoltà di distinguere, da un punto di vista formale, una consuetudine da una norma di *jus cogens*, non è chiaro come dal testo dell'ATCA possa desumersi che soltanto le violazioni dello *jus cogens* possano dare luogo a un *tort* ai sensi della medesima normativa. Nel senso da ultimo indicato v. curiosamente *Alvarez-Machain v. United States*, 266 F. 3d 1045, 1050 (9th Cir. 2001).

⁴⁸ In via generale v. G.A. TZEUTSCHLER, *Corporate Violator: The Alien Tort Liability of Transnational Corporations for Human Rights Abuses Abroad*, in 30 *Columbia Human Rights Law Rev.*, 1998-99, p. 359 ss., spec. p. 368 ss. Per esempi di applicazione concreta della teoria del *forum non conveniens* alle controversie in esame v. *Wiwa v. Royal Dutch Petroleum Co.*, 226 F.3d 88, at 99 (2d Cir. 2000); v. anche M.R. SKOLNIK, *The Forum Non Conveniens Doctrine in Alien Tort Claims Act Cases: A Shell of Its Former Self after Wiwa*, in 16 *Emory Int. Law Rev.*, 2002, p. 187 ss. Per un caso di *dismissal* con riguardo alla teoria della *comity* v. *In re Nazi Era Cases Against German*

circostanza che la violazione – cioè il fatto determinante la giurisdizione delle corti federali – sia stata posta in essere interamente all'estero può svolgere un ruolo decisivo in ordine all'estinzione del procedimento.⁴⁹ Questa è peraltro una delle critiche più ricorrenti avanzate dalla dottrina, che considera negativamente l'utilizzo dell'ATCA quando è finalizzato ad attrarre dinanzi alle corti statunitensi controversie rispetto alle quali l'intervento delle corti stesse appare quantomeno inopportuno. Non è neppure sfuggita alla dottrina più accorta la capacità espansiva dell'ATCA, in grado di allargare in maniera incontrollata le maglie della giurisdizione dei giudici statunitensi.⁵⁰

Le suddette dottrine possono rappresentare, pertanto, uno strumento per la declinatoria di competenza da parte del giudice americano a favore del giudice straniero. Questa situazione rispecchia esattamente lo schema che già si è sottoposto ad analisi con riguardo alla controversia relativa all'incidente di Bhopal. Qui, però, l'effetto distorsivo di un'applicazione della dottrina del *forum non conveniens* dovrebbe essere quantomeno ridotto, in quanto le norme sui diritti umani dovrebbero ricevere un'applicazione identica in tutti gli Stati e, perciò, non dovrebbe esservi alcuna differenza di tutela a seconda del foro scelto dall'attore. La realtà, tuttavia, è ben diversa. Infatti, l'ATCA rappresenta uno strumento unico nel suo genere e le vittime potrebbero rimanere prive di protezione qualora lo Stato ospite – come nella generalità dei casi accade – non consenta la risarcibilità per le violazioni dei diritti umani nell'ambito privato. La soluzione è molto semplice: o si stabiliscono,

Defendants Litigations, Civ. no. 00-5496 (WGB), 2001 WL 201956 (D.N.J. Mar. 1, 2001), concernente il lavoro forzato imposto sotto il regime nazista.

⁴⁹ Come significativamente osservato da A. ROSENCRANZ, R. CAMPBELL, *Foreign Environmental and Human Rights Suits against U.S. Corporations in U.S. Courts*, in 18 *Stanford Environmental Law Journ.*, 1999, p. 146 ss., p. 147 (e v. anche p. 159), al fine di instaurare un'azione ai sensi dell'ATCA «[t]he claimants must meet standing requirements and achieve personal jurisdiction over the defendant. Claimants often must defeat dismissal on the basis of *forum non conveniens* or the doctrine of comity. Claimants must also demonstrate that the court has subject matter jurisdiction over their claims».

⁵⁰ In questo senso v., tra i tanti, M.D. RAMSEY, *Multinational Corporate Liability Under the Alien Tort Claims Act: Some Structural Concerns*, in 24 *Hastings Int. & Comp. Law Rev.*, 2000, p. 361 ss., p. 364; D. BETZ, *Holding Multinational Corporations Responsible for Human Rights Abuses Committed by Security Forces in Conflict-Ridden Nations: An Argument against Exporting Federal Jurisdiction for the Purpose of Regulating Behavior Abroad*, in 14 *De Paul Bus. Law Journ.*, 2001, p. 163 ss., spec. p. 184 ss.; G.D. PINILLA, *Corporate Liability for Human Rights Violations on Foreign Soil: A Historical and Prospective Analysis of the Alien Tort Claims Controversy*, in 16 *St. Thomas Law Rev.*, 2003/2004, p. 687 ss., p. 702 ss.

attraverso una convenzione internazionale, regole uniformi di responsabilità dei privati per condotte contrarie alle norme internazionali sui diritti umani, ovvero le vittime dovranno solo sperare di non cadere nelle maglie della discrezionale dottrina del *forum non conveniens*.

Oltretutto l'applicazione di quest'ultima dottrina marca la differenza tra il sistema di protezione dei diritti umani stabilito a livello internazionale e l'ordinamento statunitense. Solo in quest'ultimo, infatti, esigenze di sovranità e di relazione con altri Stati possono rappresentare un freno – talvolta decisivo – rispetto all'apertura delle corti alle *tort claims* promosse da attori stranieri. In questo ambito, l'ATCA non è in grado di offrire un'adeguata tutela dei diritti umani. Un effetto relativamente positivo è invece prodotto, come si vedrà subito di seguito, nel caso delle imprese multinazionali.

16.3. Il caso *Doe v. Unocal*. – Il procedimento noto con il nome *John Doe v. Unocal* è decisamente illustrativo dello stato attuale della materia, rappresentando «a logical, progressive expansion of the human rights application of the ATCA».⁵¹ Com'è noto, esso riguarda gravi violazioni dei diritti dell'uomo commesse dal governo militare in Birmania.

I fatti si sono svolti nel modo seguente. Nel 1994 la californiana Unocal Corp. e la francese Total S.A. entravano in una *joint venture* con la giunta militare al potere in Birmania e con la compagnia statale Myanmar Oil & Gas Enterprise (MOGE), allo scopo di costruire l'oleodotto di Yadana, un progetto del valore di 1,2 miliardi di dollari destinato ad attraversare la regione del Tenasserim, nella Birmania meridionale, e i cui risultati in termini di profitto annuale erano stimati in 350 miliardi di dollari. Nel corso della costruzione dell'oleodotto, le due compagnie si affidavano al regime militare per la messa in sicurezza del gasdotto.⁵² Dando corso a questo

⁵¹ R. J. PETERSON, *Political Realism and the Judicial Imposition of International Secondary Sanctions: Possibilities from John Doe v Unocal and the Alien Tort Claims Act*, in 5 *Univ. Chicago Law School Roundtable*, 1998, p. 277 ss., p. 280.

⁵² Al riguardo, in data 9 luglio 1992 il MOGE e la sussidiaria locale di Total stipulavano un contratto nel quale precisavano i diritti e gli obblighi a carico delle parti. Il progetto era strutturato in tre fasi: esplorazione dei siti di gas naturale, costruzione del gasdotto e trasporto del gas. In base al suddetto contratto, il MOGE era incaricato di provvedere alla sicurezza dell'impianto e alla facilitazione della costruzione del gasdotto. In data 5 novembre 1992, dopo alcuni mesi di negoziazioni, Unocal Corp. acquisiva da Total un'ampia partecipazione (pari al 47,5%) nel progetto, versando la somma di 8,6 milioni di dollari; nel gennaio dell'anno seguente, la sussidiaria

compito, l'esercito governativo costringeva la popolazione della regione a prestare forzatamente servizio per il progetto, sequestrandone le proprietà e minacciando o uccidendo chiunque si rifiutasse di obbedire.⁵³ Nell'ottobre 1996, alcune delle vittime portavano la questione dinanzi alla Corte distrettuale della California, chiamando sia Unocal, sia Total a rispondere ai sensi dell'ATCA per i danni cagionati loro da tali violazioni dei diritti umani.

Il procedimento citato ha dato luogo a cinque decisioni. Con una prima pronuncia, resa in data 25 marzo 1997, la Corte rigettava le richieste di *dismissal* presentate dalle convenute e assicurava agli attori la continuazione del processo nei confronti di Unocal, senza la necessità di estendere il procedimento al Governo birmano e alla MOGE, che venivano invece estromesse per ragioni di immunità.⁵⁴ In particolare, la Corte osservava che, per ricomprendere un procedimento nelle maglie dell'ATCA è sì necessario che la violazione sia realizzata dallo Stato, ma ciò può avvenire anche mediante una *joint action* che coinvolga parti private: in questo senso, «[u]nder the joint action approach, private actors can be state actors if they are 'willful participant[s] in joint action with the state or its agents'». ⁵⁵ In altre parole, nel caso di specie «state officials and private parties have acted in concert in effecting a particular deprivation of [...] rights»;⁵⁶ ancora, «where there is a "substantial degree of cooperative action" between the

di Total cedeva la suddetta quota ad una sussidiaria di Unocal, costituita *ad hoc*. In data 1° giugno 1994, le due sussidiarie stipulavano un ulteriore accordo operativo.

⁵³ Per un'analisi puntuale dei fatti e della situazione storica della Birmania dopo il colpo di Stato militare del 1988 cfr L.J. DHOOGHE, *A Close Shave in Burma: Unocal Corporation and Private Enterprise Liability for International Human Rights Violations*, in 24 *North Carolina Journ. Int. Law & Comm. Reg.*, 1998-99, p. 1 ss., spec. pp. 1-27.

⁵⁴ *John Doe I v. Unocal Corp.*, 963 F. Supp. 880, 897 (D.Cal. 1997). Le convenute sollevavano la consueta eccezione dell'*Act of State* rispetto alle agenzie governative birmane coinvolte nella vicenda, cioè l'esercito birmano e la MOGE; la Corte ha stabilito che la dottrina dell'*Act of State* si applica certamente alle suddette agenzie, ma non anche alle società facenti parte della *joint venture*, che, da sole, sono in grado di assicurare un risarcimento adeguato a favore delle vittime. Sul punto L.J. DHOOGHE, *A Close Shave*, cit., p. 32.

⁵⁵ *John Doe I v. Unocal Corp.*, 963 F. Supp. at 890, la quale cita *Fonda v. Gray*, 707 F.2d 435, 437 (9th Cir. 1983). Nel caso *Carmichael v. United Technologies Corp.*, 835 F.2d 109, 113-114 (5th Cir., 1988), la Corte distrettuale ha rilevato, senza darne dimostrazione, che «the Alien Tort Statute does confer subject matter jurisdiction over private parties who conspire in, or aid and abet, official acts of torture by one nation against the citizens of another nation».

⁵⁶ *Gallagher v. Neil Young Freedom Concert*, 49 F.3d 1442 (10th Cir., 1995).

state and private actors in effecting the deprivation of rights, state action is present».⁵⁷

Una seconda decisione interveniva in data 20 novembre 1998, quando la stessa Corte dichiarava l'estinzione del procedimento nei confronti di Total S.A. per carenza di giurisdizione.⁵⁸

In data 31 agosto 2000, la Corte medesima accoglieva le istanze delle convenute e rigettava le pretese attoree, assumendo che gli attori non fossero in grado di provare che Unocal si era resa responsabile delle violazioni commesse dal governo birmano. La Corte, assumendo una posizione diametralmente opposta rispetto all'ordinanza del 1997, precisava che Unocal non poteva essere ritenuta responsabile per le condotte di un terzo.⁵⁹ In particolare, la Corte rilevava da una parte che il concetto di *joint action* richiede un «substantial degree of cooperative action»⁶⁰ da parte del privato non presente nel caso di specie e, dall'altra, che i precedenti internazionali in materia di lavoro forzato, risalenti al Tribunale di Norimberga, esigono una *active participation* del privato nello sfruttamento del lavoro stesso, forma di partecipazione che Unocal non avrebbe invece assunto.⁶¹

⁵⁷ *John Doe I v. Unocal Corp.*, 963 F. Supp. at 891.

⁵⁸ *Doe v. Unocal Corp.*, 27 F. Supp. 2d 1174, at 1186-90 (C.D. Cal. 1998), aff'd 248 F.3d 915 (9th Cir. 2001). La *motion to dismiss* presentata da Total è stata accolta dalla Corte in quanto la società non ha sufficienti contatti con il foro statunitense. Contrariamente al caso *Unocal*, questa considerazione non aveva impedito al Corte d'Appello del Secondo Circuito di ritenere la propria giurisdizione nei confronti della inglese British Petroleum, avendo questa un ufficio in New York: *Wiwa v. British Petroleum Co.*, 226 F. 3d at. 94 (2d Cir. 2000).

⁵⁹ *John Doe v. Unocal Corp.*, 110 F. Supp. 2d 1294 (C.D. Cal. 2000), rispettivamente 1307 e 1309.

⁶⁰ *Ibid.* at 1306. In sostanza, la Corte rileva anzitutto che in base al concetto di *joint action*, «state and private entities must share a specific goal to violate the plaintiffs' [...] rights by engaging in a particular course of action», come stabilito dalla Corte Distrettuale del Decimo Circuito nel caso *Gallagher v. Neil Young Freedom Concert*, 49 F.3d 1442, 1455 (10th Cir. 1995), mentre nel caso riguardante Unocal, sebbene questa e il governo birmano condividano l'obiettivo di un progetto profittevole, la prima non avrebbe svolto alcun ruolo nella condotta dei militari in termini di partecipazione o influenza. In secondo luogo, secondo la giurisprudenza sarebbe necessario che la condotta del privato rappresenti una «proximate cause of the violation» realizzata dallo stato in termini di controllo del privato su quest'ultimo: v. *King v. Massarweb*, 782 F.2d 825, 829 (9th Cir. 1986). Nell'opinione della Corte, tale condizione non ricorrerebbe invece nel caso di specie, poiché Unocal non è in grado di esercitare alcun controllo sull'esercito birmano.

⁶¹ *John Doe v. Unocal Corp.*, 110 F. Supp. 2d at 1309. La Corte cita tre precedenti risalenti al Tribunale di Norimberga, ossia il procedimento instaurato dagli Stati Uniti contro *Fredrich Flick* e i casi *IG-Farben* e *Krupp*. Il testo delle relative decisioni è reperibile nella raccolta *Trials of War Criminals Before the Nuernberg Military Tribunals Under Control Council Law No. 10*, Washington, 1952, rispettivamente vol. 6, p. 1196 ss.; vol. 8, p. 1174 ss.; vol. 9, p. 1439 ss. In tutti questi casi, gli imputati sollevarono l'eccezione dello stato di necessità, pretendendo di non avere alternativa se

Avverso tale decisione gli attori proponevano appello, che veniva accolto dalla Corte federale d'Appello con sentenza resa in data 18 settembre 2002.⁶² Con tale decisione, la Corte d'Appello ha parzialmente annullato con rinvio la sentenza del giudice di primo grado, confermandola invece limitatamente alla parte relativa al crimine di tortura, per il quale il diritto internazionale richiederebbe un'azione imputabile allo Stato. Più precisamente, la motivazione della pronuncia in commento, che contiene una pregevole descrizione del regime di responsabilità previsto dall'ordinamento internazionale per i crimini commessi da individui, può dividersi in due parti.

In una prima parte, la Corte d'Appello ha rigettato il modello della *joint action* applicato dalle due decisioni precedenti – anche nella variante da ultimo considerata della *active participation*⁶³ – affermando che per le fattispecie di lavoro forzato, omicidio, stupro e tortura non occorre che la condotta tipica sia svolta da un organo dello Stato. Nella seconda, la Corte ha invece adottato, in sostituzione, il c.d. *aiding and abetting standard*. Per costruire quest'ultima formula, essa si è basata su due sentenze rese rispettivamente dal Tribunale internazionale penale per la ex Jugoslavia nel procedimento contro Anto Furundzija⁶⁴ e dal Tribunale internazionale penale per il Ruanda nella causa contro Alfred Musema,⁶⁵ distinguendo, per ciascuna, gli elementi dell'*actus reus* e della *mens rea* e affermando la ricorrenza, nel caso di specie, di entrambe le condizioni. Quanto all'*actus reus*, risulta evidente alla Corte che il lavoro forzato è usato in connessione

non quella di obbedire al regime nazista e sfruttare il lavoro forzato altrui. Il Tribunale rigettò tali eccezioni solo nelle ipotesi in cui gli imputati avevano dato impulso – o addirittura manifestato il proprio «ardent desire to employ forced labor» (*Krupp case*, cit., p. 1440) – al fine di trarre un vantaggio sostanziale dal lavoro forzato.

⁶² *John Doe v. Unocal Corp.*, 395 F.3d 932 (9th Cir. 2002).

⁶³ *Ibid.* at 947: «[t]he District Court incorrectly borrowed the “active participation” standard for liability from war crimes cases before the Nuremberg Military Tribunals involving the role of German industrialists in the Nazi forced labor program during the Second World War. The Military Tribunal applied the “active participation” standard in these cases only to overcome the defendants’ “necessity defense”. In the present case, Unocal did not invoke – and could not have invoked – the necessity defense. The District Court therefore erred when it applied the “active participation” standard here».

⁶⁴ International Criminal Tribunal for the ex Yugoslavia (di seguito anche ICTY), 10 dicembre 1998, *Prosecutor v. Furundzija*, IT-95-17/1, leggibile in 38 *Int'l Leg. Mat.*, 1999, p. 317 ss.

⁶⁵ International Criminal Tribunal for Rwanda (di seguito anche ICTR), *Prosecutor v. Musema*, 27 gennaio 2000, ICTR-96-13-T.

con la costruzione del gasdotto e che Unocal, affidando al governo birmano la protezione del gasdotto stesso, ha offerto un'assistenza concreta al governo medesimo; con riguardo invece alla *mens rea*, secondo i giudici Unocal era perfettamente a conoscenza che la costruzione del gasdotto avrebbe alimentato e incoraggiato il governo birmano ad adottare un programma di lavoro forzato nella regione di Tenasserim.

Il Giudice Reinhardt, uno dei componenti del collegio d'appello, ha espresso un'opinione concorrente in calce alla sentenza.⁶⁶ L'opinione è interessante perché l'autore sostiene che lo *standard* di responsabilità addebitabile a Unocal non deve essere reperito nell'ordinamento internazionale, bensì nei tradizionali principi di *common law* federale relativi alle *tort claims*.⁶⁷ La ragione di siffatta soluzione risiede nella circostanza che soltanto il diritto internazionale consuetudinario può considerarsi parte della c.d. *common law* federale e, poiché le determinazioni di due Tribunali *ad hoc* non sono in grado di fondare una consuetudine internazionale, l'*aiding and abetting standard* non può essere inserito nel novero dei principi di *common law* federale.⁶⁸

L'opinione testé menzionata ha sollevato una serie di dubbi interpretativi che hanno indotto la Corte medesima ad annullare, con ordinanza del 14 febbraio 2003, la sentenza del 2002.⁶⁹ Nel contempo, si intensificavano le negoziazioni tra le parti, che in data 21 marzo 2005 raggiungevano un accordo per la definizione della controversia. Per effetto di detto accordo, peraltro rimasto confidenziale, in data 13 aprile 2005 la Corte d'Appello del

⁶⁶ *John Doe v. Unocal Corp.*, 395 F.3d at 963-978.

⁶⁷ Nello stesso senso, per tutti, v. R.A. TYZ, *Searching for a Corporate Liability Standard Under the Alien Tort Claims Act in Doe v. Unocal*, in 82 *Oregon Law Rev.*, 2003, p. 559 ss., p. 574 s.

⁶⁸ *John Doe v. Unocal Corp.*, 395 F.3d at 968: «the Yugoslav Tribunal's [...] standard is far from such a settled rule. [...] it is a novel standard that has been applied by just two ad hoc international tribunals. It does not constitute customary international law, and thus we are not free to apply it as part of federal common law».

⁶⁹ *John Doe v. Unocal Corp.*, 2003 U.S. App. LEXIS 2716 (9th Cir. Feb. 14, 2003). Come ben evidenziato da R.A. TYZ, *Searching for a Corporate Liability*, cit., p. 570, «[t]he varying opinions, both at the district court and appellate court levels, likely influenced the Ninth Circuit's decision to rehear the case en banc. More importantly, the conflicting opinions illustrate the difficulties of correctly interpreting and applying the ATCA under unique factual settings».

Nono Circuito dichiarava estinto il procedimento instaurato nove anni prima nei confronti di Unocal.⁷⁰

16.4. Spunti critici. – Il caso *Unocal*, appena esaminato, fornisce alcuni spunti utili al fine di comprendere quale sia il regime di responsabilità applicabile alle imprese multinazionali in materia di violazione dei diritti umani.

A questo proposito, non può non rilevarsi che lo stesso caso *Doe v. Unocal* rappresenta un precedente importante e, nello stesso tempo, poco decisivo. Da una parte, infatti, le cause instaurate nei confronti di Unocal non hanno precedenti:⁷¹ esse non possono ricondursi a nessuno dei filoni giurisprudenziali sino ad allora seguiti dalle corti statunitensi, non solo perché la convenuta non è un individuo, bensì una società, ma anche perché essa non è la diretta autrice della violazione, ma semplicemente ha preso parte o contribuito a una condotta realizzata da un terzo, il governo birmano.⁷² Dall'altra parte, avendo la Corte federale d'Appello nel 2003 proceduto all'annullamento della decisione assunta un anno prima, quest'ultima, per quanto importante, non può costituire un valido modello per una corretta soluzione del caso. Ciò equivale ad ammettere, in buona sostanza, che ad oggi la responsabilità di Unocal per gli episodi di Tenasserim non è ancora stata realmente accertata.

Partendo da queste premesse, può effettuarsi qualche osservazione in merito allo stesso oggetto sottoposto alla cognizione dei giudici federali, cioè al regime internazionale della *responsabilità civile di una società per crimini internazionali compiuti da uno Stato*.

⁷⁰ *John Doe v. Unocal Corp.*, 403 F.3d 708 (9th Cir. 2005). Sull'accordo v. per tutti *The Houston Chronicle*, 22 marzo 2005, p. 5; sulle negoziazioni v. L. GIRION, *Myanmar: Unocal to Settle Rights Claims*, 14 dicembre 2004, sul sito <<http://www.corpwatch.org/article.php?id=11751>>. A favore della stipulazione dell'accordo transattivo ha pesato soprattutto la volontà di Unocal di aumentare il proprio prestigio in vista dell'acquisto di un sostanzioso pacchetto di azioni della stessa da parte di multinazionali straniere.

⁷¹ Sul punto v., per tutti, E. RICE, *Doe v. Unocal Corporation: Corporate Liability for International Human Rights Violations*, in 33 *Univ. of San Francisco Law Rev.*, 1998-99, p. 153 ss., p. 165.

⁷² La prima causa riguardante un'impresa multinazionale fu risolta nel 1999 dalla Corte federale del New Jersey. Si trattava di un'azione di risarcimento dei danni promossa nei confronti della Ford, rea di aver utilizzato lavoratori forzati. Si trattava però di una condotta direttamente posta in essere dalla società, mentre il caso *Unocal* concerne l'accertamento di una responsabilità *indiretta* per violazione del diritto internazionale.

Il primo aspetto da chiarire riguarda il problema della responsabilità *civile* nel diritto internazionale penale. Al riguardo, la Corte federale d'Appello del procedimento *Unocal* ha affermato che la distinzione tra responsabilità civile e responsabilità penale perde di rilievo nella soluzione del caso, dal momento che lo *standard* di comportamento prescritto da ciascuno dei due settori avrebbe identico contenuto.⁷³ La tesi prospettata sicuramente vale per l'ordinamento statunitense, ove il regime della responsabilità civile svolge una funzione preventiva e repressiva al pari delle sanzioni penali. Essa potrebbe viceversa non valere per altri ordinamenti, che invece attribuiscono alle norme sulla responsabilità aquiliana unicamente uno scopo risarcitorio. Ma anche questa distinzione è destinata a cadere, ove si consideri che l'ATCA è uno strumento sconosciuto a ordinamenti diversi da quello statunitense e che, in ogni caso, non esiste alcuna norma internazionale che imponga agli Stati l'esercizio della giurisdizione civile su controversie inerenti violazioni dei diritti dell'uomo o, più in generale, del diritto internazionale.⁷⁴

Un secondo aspetto concerne il soggetto attivo della condotta illecita, cioè la società. Al riguardo, si consideri preliminarmente che una delle condizioni di applicazione dell'ATCA è, come si ricorderà, l'esistenza di una *violazione del diritto internazionale*, sia esso consuetudinario o pattizio. Può una società – in quanto persona giuridica – commettere una violazione del diritto internazionale?

Nel diritto internazionale classico, le norme impongono agli Stati delle obbligazioni e dunque la violazione si verifica allorché uno Stato tiene un comportamento (attivo o omissivo) incompatibile con tali obbligazioni.⁷⁵ Nel diritto penale internazionale, invece, le norme di condotta dirette nei confronti degli individui non prescrivono obbligazioni, bensì delineano

⁷³ *John Doe v. Unocal Corp.*, 395 F.3d at 949.

⁷⁴ Per un'analisi in questo senso v. B. STEPHENS, *Translating Filartiga*, cit., p. 49 ss. L'Autore ricorda che il *Restatement (Third) of the Law of the Foreign Relations Law of the United States*, St. Paul Minn., 1986, § 404, commento *b*, secondo il quale il principio della giurisdizione universale non sarebbe limitato all'ambito criminale, potendosi sicuramente estendere anche alla giurisdizione civile.

⁷⁵ Cfr a titolo di esempio l'art. 12 del Progetto di articoli sulla responsabilità internazionale degli Stati, redatto da ultimo dalla 53^o sessione della Commissione di Diritto Internazionale nel novembre 2001.

fattispecie di punibilità, per cui al realizzarsi di una determinata condotta, la norma è destinata senz'altro ad operare.

Nel caso *Unocal* si sono realizzate più violazioni di prescrizioni internazionali penali. Anzitutto, il lavoro forzato costituisce un crimine internazionale. A questo proposito, la Corte federale d'Appello aveva affermato che il lavoro forzato rappresenterebbe semplicemente «a modern variant of slavery»,⁷⁶ ma il Giudice Reinhardt, nella sua opinione concorrente,⁷⁷ ha correttamente rilevato che non può esservi dubbio sull'esistenza, nell'ordinamento internazionale, di una norma apposita dedicata al lavoro forzato⁷⁸ che, con riguardo alla responsabilità individuale, può farsi ricomprendere tra gli *other inhumane acts* previsti dagli Statuti dei vari tribunali internazionali penali.⁷⁹ Quanto a tutti gli altri crimini ascritti al governo birmano e ad Unocal, ossia omicidio, stupro e tortura, non vi è alcun dubbio che essi configurino sicuramente dei crimini internazionali.

Una terza questione si riferisce alla responsabilità per crimini internazionali commessi da terzi.⁸⁰ Sul punto, può ricordarsi che il diritto internazionale considera il complice di crimini internazionali alla stessa

⁷⁶ *John Doe v. Unocal Corp.*, 395 F.3d at 946.

⁷⁷ *John Doe v. Unocal Corp.*, 395 F.3d at 963.

⁷⁸ Il lavoro forzato è oggetto di due apposite Convenzioni internazionali, concluse in seno all'ILO in data 28 giugno 1930, in 39 U.N. Treaty Series, p. 55 ss. – il cui art. 2 par. 1 definisce il lavoro forzato come « all work or service which is exacted from any person under the menace of any penalty and for which the said person has no offered himself voluntary » – e in data 25 giugno 1957, in 320 U.N. Treaty Series, p. 291 ss.; cfr. inoltre l'art. 22 del Patto internazionale sui diritti civili e politici, in 6 Int. Leg. Mat., p. 368 ss. e l'art. 8 del Patto internazionale sui diritti economici, sociali e politici, *ivi*, p. 360 ss. Quanto alla prassi, molto sinteticamente può rilevarsi che, sebbene l'art. 6 lett. c della Carta del Tribunale di Norimberga non prevedesse una specifica fattispecie di lavoro forzato, detto Tribunale ha fatto comunque riferimento a tale norma per sottoporre a processo numerosi industriali legati al regime nazista e al suo programma di lavoro forzato: v. per tutti *United States v. Flick et al.*, cit. *supra* alla nota 61, p. 13. Cfr in dottrina D. ZISKIND, *Forced Labor in the Law of Nations*, in 3 *Comparative Labor Law*, 1979, p. 253 ss.; M.C. BASSIUNI, *Enslavement*, in M.C. BASSIUNI (ed.), *International Criminal Law*, 2° ed., Ardsley N.Y., 1999, p. 663 ss., spec. p. 665 ss.; L. CAVICCHIOLI, *Sospensione parziale della Birmania (Myanmar) dall'Organizzazione internazionale del lavoro per violazione della Convenzione n. 29 sul lavoro forzato?*, in *Riv. dir. int.*, 1999, p. 731 ss.

⁷⁹ Cfr. l'art. 5 par. 1 lett. k dello Statuto dell'ICTY; l'art. 4 par. 1 lett. k dello Statuto dell'ICTR; l'art. 7 par. 1 lett. k dello Statuto della Corte penale internazionale. Nel senso che in tale categoria possono ricomprendersi anche ipotesi di violazioni di norme del Patto internazionale sui diritti civili e politici o del Patto internazionale sui diritti economici, sociali e politici v. ICTY, *Prosecutor v. Kupreskic et al.*, 14 gennaio 2000, IT-95-16-T, par. 562 e ss., spec. 564; J.R. JONES, S. POWLES, *International Criminal Practice*, Ardsley NY/Oxford, 2003, p. 216 ss.

⁸⁰ Nell'ordinamento statunitense, la responsabilità civile del terzo viene comunemente denominata *secondary liability*, perché accompagna la responsabilità primaria del soggetto agente.

stregua dell'autore principale. Quanto alla costruzione giuridica di tale responsabilità, gli attori del procedimento contro Unocal non hanno tralasciato di indicare all'organo giudicante diversi modelli di responsabilità da applicarsi.⁸¹ Come si è visto, la Corte Distrettuale della California ha risolto la questione ricorrendo alla formula della *active participation*,⁸² mentre la Corte d'Appello si è rifatta al c.d. *aiding and abetting standard*.⁸³ Entrambi sono il frutto di un'analisi della prassi internazionale in materia ma, mentre il primo modello, costruito sulla base della prassi del Tribunale di Norimberga, si riferisce esclusivamente al crimine di lavoro forzato, il secondo, di elaborazione più recente, assume un valore più generale, concernendo la struttura del crimine internazionale da un punto di vista più strettamente penalistico.

Ci pare che il modello dell'*aiding and abetting* sia maggiormente conforme alla prassi, anche recente, dei tribunali internazionali, collocandosi a metà tra il crimine di istigazione e il fenomeno della criminalità di gruppo.⁸⁴ Al riguardo, la Carta del Tribunale di Norimberga prevedeva esclusivamente la fattispecie generica di *complicity*.⁸⁵ Tutti gli statuti dei tribunali internazionali penali successivi, invece, superando tale concetto nel tentativo di affinare le fattispecie penali nel rispetto del principio di legalità, hanno stabilito la giurisdizione *in personam* degli stessi sui soggetti che abbiano commesso un crimine internazionale, anche nella forma denominata

⁸¹ Nelle proprie richieste di risarcimento, le vittime avevano prospettato quattro forme di responsabilità. Per tutte v. *John Doe v. Unocal*, 395 F.3d at 947, 970; J.E. KASTENBERG, *Enforcing International Recognized Human Rights*, cit., p. 148 s.. Si trattava (a) della teoria dell'*aiding and abetting*, analizzata approfonditamente nel testo; (b) della formula della *joint venture*, per cui ogni partecipante alla *joint venture* deve considerarsi responsabile per le condotte degli altri partecipanti; (c) della teoria dell'*agency*, che renderebbe Unocal responsabile in quanto l'esercito birmano agirebbe in qualità di suo agente; (d) della teoria del *reckless disregard*, per cui nella costruzione del gasdotto di Yadana Unocal, in piena consapevolezza e prevedibilità, si sarebbe assunta il rischio che, affidando all'esercito la messa in sicurezza degli impianti, questo avrebbe commesso abusi nei confronti della popolazione.

⁸² V. *supra*, nota 61.

⁸³ V. *supra*, note 64 s.

⁸⁴ Così A. ESER, *Individual Criminal Responsibility*, in A. CASSESE, P. GAETA, J.R. JONES (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court*, Oxford, 2002, I, p. 767 ss., p. 798.

⁸⁵ L'art. 6 ult. par. della Carta del Tribunale militare internazionale di Norimberga stabiliva che «[l]eaders, organizers, instigators and accomplices participating in the formulation or execution of a common plan or conspiracy to commit any of the foregoing crimes are responsible for all acts performed by any persons in execution of such plan». Cfr. inoltre il Principio VII dei Principi di Norimberga.

aiding and abetting.⁸⁶ Nel caso *Tadic*, ad esempio, il Tribunale per la ex Jugoslavia ha stabilito che «*aiding and abetting includes all acts of assistance by words or acts that lend encouragement or support, as long as the requisite intent is present*», purché la condotta del concorrente abbia un *effetto diretto e sostanziale* sulla condotta principale.⁸⁷ Si tratta tuttavia di una definizione eccessivamente lata, in grado di ricomprendere fattispecie di partecipazione minima, se non addirittura assente.⁸⁸ La giurisprudenza successiva ha fatto propria tale definizione,⁸⁹ precisando ulteriormente da una parte che l'atto

⁸⁶ Quanto ai tribunali *ad hoc*, l'art. 7 par. 1 dello Statuto dell'ICTY prevede che «[a] person who planned, instigated, ordered, committed or otherwise *aided and abetted* in the planning, preparation or execution of a crime referred to in articles 2 to 5 of the present Statute, shall be individually responsible for the crime» (cors. agg.); similmente, l'art. 6 par. 1 dello Statuto dell'ICTR stabilisce che «[a] person who planned, instigated, ordered, committed or otherwise *aided and abetted* in the planning, preparation or execution of a crime referred to in Articles 2 to 4 of the present Statute, shall be individually responsible for the crime » (cors. agg.). Con riferimento allo Statuto di Roma della Corte penale internazionale, esso prevede all'art. 25 par. 3 lett. c che « [i]n accordance with this Statute, a person shall be criminally responsible and liable for punishment for a crime within the jurisdiction of the Court if that person: (c) For the purpose of facilitating the commission of such a crime, *aids, abets* or otherwise assists in its commission or its attempted commission, including providing the means for its commission» (cors. agg.).

⁸⁷ La citazione è tratta da ICTY, *Prosecutor v. Tadic*, 17 maggio 1997, IT-94-1-T, par. 689 (cors. agg.). La motivazione del Tribunale (parr. 689-692) così prosegue: «[u]nder this theory, presence alone is not sufficient if it is an ignorant or unwilling presence. However, if the presence can be shown or inferred, by circumstantial or other evidence, *to be knowing and to have a direct and substantial effect on the commission of the illegal act*, then it is sufficient on which to base a finding of participation and assign the criminal culpability that accompanies it. [...] [T]he acts of the accused must be *direct and substantial*. [...] In sum, the accused will be found criminally culpable for any conduct where it is determined that he knowingly participated in the commission of an offence that violates international humanitarian law and his participation directly and substantially affected the commission of that offence through supporting the actual commission before, during, or after the incident. He will also be responsible for all that naturally results from the commission of the act in question» (cors. agg.). Nello stesso senso v. ICTY, *Prosecutor v. Delalic et al.*, 16 novembre 1998, IT-96-21-T, par. 326.

⁸⁸ Per questa critica, con riferimento all'art. 25 par. 3 lett. c dello Statuto di Roma e al caso *Tadic v. A. SERENI, Individual Criminal Responsibility*, in F. LATTANZI, W.A. SCHABAS (eds.), *Essays on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Ripa di Fagnano Alto, 2004, p. 103 ss., p. 110 s.; A. ESER, *Individual Criminal Responsibility*, cit., p. 799.

⁸⁹ Cfr., quanto all'ICTY: *Prosecutor v. Aleksovski*, 25 giugno 1999, IT-95-14/1, parr. 62-64; *Prosecutor v. Kunarac et al.*, 22 febbraio 2001, IT-96-23-T, parr. 391-393; *Prosecutor v. Kordic et Cerkez*, 26 febbraio 2001, IT-95-14/2, parr. 389-392; *Prosecutor v. Krstic*, 2 agosto 2001, IT-98-33-T, par. 601; relativamente all'ICTR v. *Prosecutor v. Akayesu*, 2 settembre 1998, ICTR-96-4-T, par. 484 s., nel quale il Tribunale ha precisato che «[a]iding and abetting, which may appear to be synonymous, are indeed different. Aiding means giving assistance to someone. Abetting, on the other hand, would involve facilitating the commission of an act by being sympathetic thereto. The issue here is to whether the individual criminal responsibility provided for in Article 6(1) is incurred only where there was aiding and abetting at the same time. The Chamber is of the opinion that either aiding or abetting alone is sufficient to render the perpetrator criminally liable. In both instances, it is not necessary for the person aiding or abetting another to commit the offence to be

tipico (*actus reus*) deve consistere nella «practical assistance, encouragement, or moral support which has a substantial effect on the perpetration of the crime», essendo sufficiente che «the acts of the accomplice make a *significant difference* to the commission of the criminal act by the principal» e, dall'altra, che l'elemento soggettivo (*mens rea*) risieda nella «*knowledge that these acts assist the commission of the offence*».⁹⁰

Ulteriore questione da risolvere concerne la possibilità di costruire una responsabilità *delle persone giuridiche* per crimini internazionali. A questo proposito, è importante sottolineare che i risultati raggiunti dall'ordinamento internazionale per quanto riguarda gli individui autori di crimini internazionali non possono estendersi alle persone giuridiche. La dottrina che si è occupata del problema ha giustamente rivolto la propria attenzione a due ostacoli di fondo. Sotto un primo profilo, l'ultima ipotesi di responsabilità degli enti per crimini internazionali risale al Tribunale di Norimberga. In quel caso, l'affermazione di una responsabilità di questo tipo non rappresentava altro che un mezzo per estendere la punibilità a tutti gli individui membri dell'ente. Proprio per questa ragione, tale esempio non può costituire un esempio significativo, in grado di evidenziare una prassi sufficientemente diffusa. Gli statuti dei tribunali *ad hoc* non contengono alcuna disposizione in materia e anche i tentativi di inserire un'apposita disposizione nello Statuto di Roma sono rimasti senza risultato.⁹¹ Secondariamente, non può trascurarsi che, ad oggi, non tutti gli ordinamenti nazionali riconoscono la capacità delle persone giuridiche a essere passibili di responsabilità penale e dunque è estremamente difficile ricostruire una

present during the commission of the crime». In dottrina v. J.R. JONES, S. POWLES, *International Criminal Practice*, cit., p. 420 ss.

⁹⁰ ICTY, *Prosecutor v. Furundzija*, cit., rispettivamente par. 235, 233 e 245; analogamente ICTR, *Prosecutor v. Mesuma*, cit., rispettivamente par. 126 e 180 (cors. agg.).

⁹¹ La delegazione francese alla Conferenza intergovernativa in procinto di concludere lo Statuto della Corte penale internazionale aveva proposto l'inserimento di una apposita norma concernente la responsabilità delle persone giuridiche. Cfr. *Draft Statute for the International Criminal Court*, art. 23, § 5-6, in U.N. Doc. A/CONF.183/2, Add. 1. Sul punto v. le osservazioni di A. CLAPHAM, *The Question of Jurisdiction Under International Criminal Law over Legal Persons: Lessons from the Rome Conference on an International Criminal Court*, in M.T. KAMMINGA, S. ZIA-ZARIFI (eds.), *Liability of Multinational Corporations Under International Law*, Boston, 2000, p. 150 ss., spec. p. 157, secondo il quale la difficoltà principale nell'adozione di una simile norma deve ricondursi proprio all'inesistenza di una concezione unitaria di responsabilità penale delle persone giuridiche.

prassi uniforme in materia.⁹² Per i motivi indicati, l'unica possibilità di ricondurre ad un alveo di responsabilità le condotte di enti diversi dagli individui – in particolare delle imprese multinazionali – risiede, ancora una volta, nell'utilizzo dello strumento contemplato nell'ATCA.⁹³

Una soluzione diversa si impone se si considerano i precedenti internazionali in materia di responsabilità civile in senso stretto. In questo campo, infatti, è vero che – come si è osservato ampiamente in altra parte del presente lavoro⁹⁴ – il diritto internazionale conosce strumenti appositi che affermano la responsabilità delle persone giuridiche con riferimento a talune attività particolarmente rischiose e, in questo ambito, un regime di responsabilità civile delle società per i danni cagionati in violazione di norme internazionali effettivamente esiste.

Questo problema è stato affrontato in un'interessante controversia, peraltro molto simile a quella che ha coinvolto Unocal, e ad oggi non ancora conclusa, instaurata dinanzi alla Corte distrettuale di New York nei confronti della società canadese Talisman Energy Inc. Gli attori, cittadini sudanesi, lamentavano la responsabilità di Talisman per gli atti di genocidio, crimini contro l'umanità e altre violazioni del diritto internazionale commesse dall'esercito sudanese in connessione con le attività di esplorazione compiute dalla società nella regione.⁹⁵ Citando numerosi precedenti giurisprudenziali, sia interni, sia internazionali, nonché le

⁹² Sul punto v. M.C. BASSIOUNI, *The Sources and Content of International Criminal Law: A Theoretical Framework*, in M.C. BASSIOUNI (ed.), *International Criminal Law*, cit., p. 3 ss., p. 24 s.; D. BETZ, *Holding Multinational Corporations Responsible*, cit., p. 186, anche in nota; S. ZIA-ZARIFI, *Suing MNCs in the U.S. for Violating International Law*, in 4 *UCLA Journ. Int. & Foreign Aff.*, 1999, p. 81 ss., p. 85 s.

⁹³ Uno degli effetti espansivi dell'ATCA è stato preso in considerazione da A. BARKIN, *Corporate America – Making a Killing: An Analysis of Why It Is Appropriate to Hold American Corporations Who Fund Terrorist Organizations Liable for Aiding and Abetting Terrorism*, in 40 *Calif. West. Law Rev.*, 2003-2004, p. 169 ss., spec. p. 184 ss., con riferimento alla fattispecie di finanziamento del terrorismo internazionale. L'A., in proposito, passa in rassegna alcune pronunce di corti federali, inclusa quella relativa al caso *Unocal* in commento, per sostenere che le *corporations* aventi sede negli Stati Uniti sono passibili di responsabilità per *aiding and abetting* le organizzazioni dedite ad attività terroristiche.

⁹⁴ V. *supra* § 10.

⁹⁵ *Presbyterian Church of Sudan et al. v. Talisman Energy, Inc.*, 244 F. Supp. 2d 289 (D.N.Y. 2003). Talisman Energy Inc. è la più grande società privata canadese nel campo dell'estrazione di petrolio e gas esistente. Nel 1998, Talisman acquisiva i beni di una società locale, Arakis, nota per la sua complicità con il governo nell'organizzazione del sistema di trasporto e degli avamposti militari usati dall'esercito per il genocidio della popolazione non musulmana. Inoltre, Talisman partecipava a un consorzio a partecipazione internazionale, nel quale era presente anche il governo sudanese.

convenzioni in materia di responsabilità civile,⁹⁶ la Corte ha affermato chiaramente che una *corporation* può essere chiamata a rispondere civilmente di violazioni del diritto internazionale.⁹⁷ Agli occhi dei giudici americani, non vi sarebbe alcuna ragione idonea a impedire l'affermazione di una responsabilità in capo alle società.⁹⁸

A nostro giudizio, questo rilievo, per quanto importante, non può essere sopravvalutato. Dall'insieme degli strumenti internazionali citati dalla Corte – ed in parte analizzati nel capitolo IV – non può desumersi l'esistenza di un regime *generale* di responsabilità degli enti, poiché gli obblighi ivi previsti incontrano un limite *ratione materiae* che a rigore ne precluderebbe

⁹⁶ *Ibid.*, 317, ove la Corte menziona alcuni trattati che prevedono la responsabilità delle persone giuridiche. In particolare, vengono citati l'art. 3 lett. *a* della Convenzione di Parigi del 29 luglio 1960 sulla responsabilità dei terzi in materia nucleare, l'art. 3 par. 1 della Convenzione di Bruxelles del 29 novembre 1969 sulla responsabilità da inquinamento da idrocarburi, gli art. 1 lett. *a e c* e 2 par. 1 della Convenzione di Vienna del 21 maggio 1963 sulla responsabilità civile da danno nucleare, la Convenzione di Bruxelles del 17 dicembre 1971 relativa alla responsabilità civile in materia di trasporto marittimo di materiale nucleare e, infine, la Convenzione del 17 dicembre 1976 sulla responsabilità civile per danno da inquinamento da idrocarburi risultante dall'esplorazione e lo sfruttamento delle risorse minerarie sul fondo marino (in 16 *Int'l Leg. Mat.*, 1976, p. 1450). A dire della Corte, «[s]ignificantly, all of these treaties impose corporate liability for actions or omissions by companies that have major deleterious effects such as nuclear accidents and oil spills. While most treaties do not bind corporations, the line of instruments cited above indicates that precedent does exist for holding corporations liable for large-scale torts. If corporations can be held liable for unintentional torts such as oil spills or nuclear accidents, logic would suggest that they can be held liable for intentional torts such as complicity in genocide, slave trading, or torture» (cors. agg.).

⁹⁷ *Ibid.*, 319: «[g]iven that private individuals are liable for violations of international law in certain circumstances, there is no logical reason why corporations should not be held liable, at least in cases of *jus cogens* violations. Indeed, while Talisman disputes the fact that corporations are capable of violating the law of nations, it provides no logical argument supporting its claim. As noted at length supra, substantial U.S. and international precedent indicates that corporations may be responsible, in certain cases, for violations of international law. In this case, where plaintiffs allege *jus cogens* violations, corporate liability may follow. Consequently, the Court denies Talisman's motion to dismiss for lack of subject matter jurisdiction on this basis». In sostanza, la Corte effettua un'analisi d'insieme sulle previsioni internazionali in materia di responsabilità: alcune di queste, come ad es. le norme in materia di diritto internazionale umanitario, hanno un'espressione tanto generica da potervi ricomprendere anche le persone giuridiche; altre, come quelle contenute nelle Convenzioni citate nella nota precedente, stabiliscono regimi di responsabilità civile in capo alle persone giuridiche. Tuttavia, come rileva espressamente la Corte (*ivi*, 313-315), nella giurisprudenza federale non esiste alcun precedente che neghi la possibilità di imputare ad una società una responsabilità per violazioni del diritto internazionale in virtù dell'ATCA.

⁹⁸ La vicenda di Talisman Energy non si è esaurita con la pronuncia del 2003. Fino ad oggi, infatti, si sono susseguite numerose pronunce, in risposta alle ripetute istanze della convenuta per la dismissione del caso in conseguenza di ragioni di volta in volta diverse. I giudici hanno tuttavia sempre respinto tali richieste: v. da ultimo la pronuncia del 13 giugno 2005, *Presbyterian Church of Sudan et al. v. Talisman Energy*, 374 F.Supp. 2d 331 (S.D.N.Y. 2005), nonché il rigetto dell'appello di quest'ultima decisione in data 30 agosto 2005, in 2005 WL 2082847 (S.D.N.Y. 2005).

l'estensione su un piano generale.⁹⁹ Stabilendo un regime di responsabilità oggettiva degli operatori economici, questi strumenti sicuramente dimostrano che l'ente *può* essere ritenuto responsabile, in virtù di norme del diritto internazionale, per talune condotte in essi elencati: ciò non significa che la stessa conclusione possa trarsi con riguardo a violazioni diverse. A nostro modo di vedere, il valore prescrittivo delle regole di responsabilità contenute nei trattati citati potrebbe essere esteso anche alla responsabilità *civile* derivante da *crimini internazionali* soltanto ove esista una norma in grado di applicare agli enti quella precisa forma di responsabilità: il che, ci pare, si possa fare soltanto applicando l'ATCA.¹⁰⁰

16.5. Un'analisi economica del diritto internazionale alla luce della giurisprudenza applicativa dell'*Alien Tort Claims Act*: «a strange tort system». – È giunto il momento di tracciare le conclusioni di quanto sinora rilevato. Come si è osservato, il principale ostacolo all'assunzione, in capo all'impresa, di un livello sufficiente di responsabilità in grado di scongiurare la violazione dei diritti umani fondamentali è rappresentato dalla circostanza che il diritto internazionale si dirige agli Stati e, pertanto, sono questi ultimi che devono farsi carico della tutela di questi diritti. Tuttavia, poiché l'attività delle imprese multinazionali può influire concretamente sul grado di protezione – o di violazione – dei diritti umani in un determinato territorio, il suo contributo può rivelarsi, se non essenziale, certamente rilevante ad una perpetrazione delle violazioni. Ecco allora che risulta utile il quadro tracciato dalla giurisprudenza statunitense, che ha individuato nello *standard dell'aiding and abetting* la formula tipica del ruolo rivestito dalle società americane nell'ambito della responsabilità per crimini internazionali.

È utile effettuare un tentativo di analisi economica di questo quadro. Al riguardo, occorre partire dalla considerazione che investire in uno Stato che non rispetta i diritti umani costituisce per l'impresa multinazionale un'appetita occasione di profitto. Tuttavia, le esternalità negative che si ripercuotono sul benessere della comunità locale sono destinate, nel lungo periodo, a disincentivare ulteriori investimenti e a disintegrare le capacità

⁹⁹ In questo senso S.R. RATNER, *Corporation and Human Rights*, cit., p. 480 s.

¹⁰⁰ Sul punto, si consenta di rinviare al mio lavoro *La responsabilità delle imprese multinazionali per violazioni dei diritti dell'uomo nella giurisprudenza statunitense*, in *Jus*, 2005, p. 451 ss.

dinamiche del mercato.¹⁰¹ Ora, poiché lo scopo economico di ogni norma in materia di responsabilità civile è allocare le esternalità sul soggetto che le ha generate, affermare una responsabilità dell'impresa multinazionale per le violazioni dei diritti dell'uomo perpetrate dallo Stato significherebbe, in questa prospettiva, costringerla a fare propri i costi prodotti da un soggetto terzo – lo Stato, per l'appunto – e dunque a disincentivare l'investimento in Paesi che non rispettano gli *standards* di protezione dei diritti umani previsti dal diritto internazionale. Del resto, «it would be a strange tort system that imposed liability on state actors but not on those who conspired with them to perpetrate illegal acts through the coercive use of state power».¹⁰²

Pertanto, l'ATCA e le regole alle quali questo straordinario strumento fa riferimento tracciano, nella loro combinazione, un autentico paradigma della responsabilità dell'impresa multinazionale per violazione dei diritti umani. Si tratta di una vera e propria responsabilità da rischio d'impresa: investendo in un Paese che viola i diritti umani, le multinazionali diventano complici dello stesso, dunque passibili di sanzione da parte delle corti statunitensi. In

¹⁰¹ Come è stato ampiamente dimostrato, tali esternalità rispecchiano una situazione di inefficienza economica che nel lungo periodo, lungi dall'attribuire benefici concreti all'impresa, può disincentivare gli investimenti, porre in crisi il mercato e, da ultimo, danneggiare l'impresa stessa. Il vantaggio nel breve periodo è costituito da un risparmio sui costi di produzione della sussidiaria situata nel Paese ospite. Inoltre, sotto un profilo generale, deve evidenziarsi che il rispetto dei diritti dell'uomo costituisce un incentivo per il benessere economico e per la crescita di una nazione, se non altro perché assicura quella stabilità politica e finanziaria in grado di garantire la certezza in merito alla profittabilità degli investimenti. Sul punto v. D. FARBER, *Rights as Signals*, in 31 *Journ. Legal Studies*, 2002, p. 83 ss., p. 98. Inoltre, si pensi alla vicenda dello sfruttamento del lavoro minorile per la produzione di palloni da calcio, oppure alla promozione dell'utilizzo di latte in polvere da parte delle madri, causa di un aumento della mortalità infantile: tali questioni hanno creato vasta eco nell'opinione pubblica mondiale e, nel lungo periodo, hanno prodotto un danno all'impresa in termini di accesso alle risorse del mercato, di difficoltà nel reperimento di lavoratori più specializzati e di immagine. V. a proposito R. SULLIVAN, N. SEPPALA, *From the Inside Looking Out. A Management Perspective on Human Rights*, in R. SULLIVAN (ed.), *Business and Human Rights*, cit., p. 102 ss., spec. p. 111 s.; B.A. KAZMI, M. MACFARLANE, *Elimination of Child Labour. Business and Local Communities*, *ivi*, p. 180 ss., p. 194, ove informazioni, non sempre positive, in merito ai benefici prodotti dagli accordi tra imprese sul divieto di lavoro minorile nel settore della produzione di palloni da calcio. Più in generale, sul problema degli *standard* minimi delle condizioni di lavoro v. S.A. LIEN, *Employer Beware. Enforcing Transnational Labor Standards in the United States under the Alien Tort Claims Act*, in 6 *Journ. of Small & Emerging Bus. Law*, 2002, p. 311 ss.; F. KOLLY, *The Right of Association: Enforcing International Labor Rights of Undocumented Workers via the Alien Tort Claims Act*, in 23 *St. Louis Univ. Publ. Law Rev.*, 2004, p. 669 ss.; N. MORISSEAU, *Seen but Not Heard: Child Soldiers Suing Gun Manufacturers under the Alien Tort Claims Act*, in 89 *Cornell Law Rev.*, 2003-04, p. 1263 ss.; M.A. PAGNATTARO, *Enforcing International Labor Standards: The Potential of the Alien Tort Claims Act*, in 37 *Vanderbilt Journ. Transn'l Law*, 2004, p. 203 ss.

¹⁰² *Eastman Kodak v. Kavlin*, 978 F. Supp. 1078, 1091 (S.D. Fla. 1997), citata da J.E. KASTENBERG, *Enforcing Internationally Recognized Human Rights*, cit., p. 156.

effetti, i giudici chiamati ad applicare l'ATCA non si sono limitati a richiedere che l'impresa abbia cooperato e dato causa alla violazione, nel senso di *essere a conoscenza (effettiva o potenziale)* della stessa, ma ne hanno evidenziato la responsabilità altresì per aver corrisposto denaro al governo locale e, pertanto, per il fatto di aver *beneficiato* in termini economici del suo intervento.¹⁰³ Si tratta, evidentemente, di un'ipotesi di assunzione di un rischio a fronte di un prospettato profitto per l'impresa, rischio che è appunto all'origine della responsabilità di questa.¹⁰⁴

Questa soluzione, denominata dalla dottrina statunitense del *reckless disregard*, consiste nell'addebitare le conseguenze del prodursi delle esternalità al soggetto effettivamente in grado di prevederle e che ha agito in spregio al rischio di danneggiare terzi. Combinando il modello del *reckless disregard* con la formula dell'*aiding and abetting*, in aderenza alla prassi dei tribunali internazionali, è possibile giungere alla conclusione che una società può essere ritenuta responsabile per crimini internazionali ove il suo contributo in termini di allocazione del rischio sia decisivo per la commissione del crimine, in altre parole dove l'investimento effettuato dall'impresa rappresenti un supporto, in termini logistici o economici, per la commissione di violazioni gravi delle norme internazionali in materia dei diritti dell'uomo.¹⁰⁵

Queste considerazioni hanno un effetto diretto sulla concreta applicazione delle norme internazionali sui diritti umani. A questo proposito, ci sembra difficile ammettere che il diritto internazionale, che

¹⁰³ *John Doe I v. Unocal Corp.*, 936 F. Supp. at 896.

¹⁰⁴ In questo senso, quasi incidentalmente, v. E. RICE, *Doe v. Unocal*, cit., p. 168; v. inoltre C. SHAW, *Uncertain Justice: Liability of Multinationals under the Alien Tort Claims Act*, in 54 *Stanford Law Rev.*, 2002, p. 1359 ss., p. 1383 s.

¹⁰⁵ Questa è la soluzione adottata dalla Corte federale d'Appello nella decisione del 2002, che ha ritenuto Unocal responsabile in base al modello dell'*aiding and abetting*. Cfr. *John Doe v. Unocal*, 395 F.3d 950-952, ove la Corte ha accertato che «Unocal gave practical assistance to the Myanmar Military in subjecting Plaintiffs to forced labor. The practical assistance took the form of hiring the Myanmar Military to provide security and build infrastructure along the pipeline route in exchange for money or food. The practical assistance also took the form of using photos, surveys, and maps in daily meetings to show the Myanmar Military where to provide security and build infrastructure». Quanto al profilo dell'allocazione del rischio, esso traspare dalla circostanza che prima di effettuare il proprio investimento in Birmania Unocal aveva richiesto a una società una consulenza in merito alla fattibilità dello stesso e al rischio conseguente. La società aveva comunicato alla dirigenza di Unocal che l'investimento si sarebbe rivelato *altamente rischioso*, in quanto una *joint venture* con il governo militare avrebbe privato Unocal della libertà di manovra e dunque aumentato i costi di gestione in capo a quest'ultima. Per questa osservazione v. *Ibid.* at 939.

stabilisce la responsabilità degli individui per crimini internazionali, resti silente nei confronti di ipotesi di partecipazione da parte di imprese multinazionali a violazioni tanto gravi. Il diritto internazionale deve intervenire, attraverso i propri strumenti, a regolare ipotesi di questo genere. E poiché i soggetti del diritto internazionale sono gli Stati, è a questi che tali strumenti devono dirigersi: in questo modo, alle regole di responsabilità tradotte dallo schema dell'*aiding and abetting* attraverso lo spettro dell'ATCA può attribuirsi la qualificazione di «sanzioni secondarie» dirette agli Stati non rispettosi dei diritti umani. Come sanzioni secondarie, queste norme hanno lo scopo di sottrarre a tali Stati i risultati economici dell'investimento e quindi, indirettamente, diminuirne la forza economica onde costringerli a mutare il proprio atteggiamento.¹⁰⁶

Le considerazioni che precedono fanno nascere un ulteriore quesito. Come può considerarsi adempiente all'obbligo di promuovere e proteggere i diritti umani uno Stato che consente alle società costituite o stabilite sul proprio territorio di apportare ricchezza e incassare i profitti da regimi che agiscono costantemente in spregio dei diritti umani? Il caso degli Stati Uniti è emblematico, ma purtroppo non è l'unico. Tutti i Paesi esportatori di capitali ricevono benefici da imprese che fanno affari in Stati poco rispettosi della dignità umana: occorre dedurre che tali Paesi si trovino a loro volta in una condizione di violazione dei diritti dell'uomo?

A nostro giudizio, è nelle pieghe di questo problema che entra in gioco un concetto più generale di *accountability* applicabile non soltanto alle imprese multinazionali, ma anche agli altri attori dello scenario globale, quali gli Stati, le organizzazioni internazionali e le organizzazioni non governative. In un mondo di responsabilità condivise, di forte integrazione economica e di interdipendenza politica, insomma, vi sarebbe da chiedersi se effettivamente ad un sistema di protezione dei diritti umani basato sul concetto di equilibrio tra obblighi internazionali e sovranità non sia opportuno sostituire un regime di *global governance* cui partecipino

¹⁰⁶ *Corporate Liability for Violations*, cit., p. 2042; R.J. PETERSON, *Political Realism and the Judicial Imposition of International Secondary Sanctions: Possibilities from John Doe v. Unocal and the Alien Tort Claims Act*, in 5 *Univ. Chicago Law School Roundtable*, 1998, p. 277 ss., che considera positivamente l'effetto deterrente che un'affermazione di responsabilità delle imprese multinazionali può avere sulla protezione dei diritti dell'uomo in ambito internazionale. V. inoltre P.Z. THADHANI, *Regulating Corporate Human Rights Abuses*, cit., p. 634 ss.

effettivamente tutti i soggetti interessati.¹⁰⁷ E questa proposta si insinuerebbe perfettamente nel tema dell'utilizzo dell'ATCA per la promozione dei diritti umani a livello universale. Da un lato, l'ATCA si rivela, sotto questa prospettiva, uno strumento meramente unilaterale, costantemente modificabile da parte del Congresso ed alla mercé della disponibilità politica delle corti federali; dall'altro, le convenzioni internazionali e i meccanismi giurisdizionali di controllo oggi vigenti e diretti unicamente a sanzionare le condotte degli Stati appaiono inadeguate a creare un quadro giuridico pertinente per le imprese multinazionali responsabili di gravi violazioni dei diritti umani. La risposta, ancora una volta, non può che risiedere nel concetto di *corporate governance* come espressione primaria del fenomeno della globalizzazione.

¹⁰⁷ Si ricorderà, a questo punto, che il Principio n. 1 dell'iniziativa *Global Compact* richiede alle imprese di dare sostegno e rispettare la tutela dei diritti umani proclamati a livello internazionale, mentre il Principio n. 2 le esorta a non rendersi complice delle violazioni di tali diritti (v. *supra* § 7.2.3).

CONCLUSIONI

Nelle pagine che precedono abbiamo sottoposto ad esame numerosi aspetti dell'attività transnazionale delle imprese. Alcuni di essi, come ad esempio la concorrenza tra ordinamenti, i problemi inerenti ai gruppi di società ed il fenomeno della criminalità d'impresa sono e sono stati oggetto di studi approfonditi; altri, invece, come la circolazione delle clausole arbitrali, l'analisi economica delle norme di conflitto ovvero la questione delle «multinazionali del terrore» sono il risultato di analisi empiriche effettuate direttamente «sul campo», cioè al momento dell'applicazione della norma al caso concreto, indipendentemente dalla fonte, legislativa o giudiziaria, dalla quale provengono. Abbiamo cercato, insomma, di combinare questioni tradizionali a temi «caldi» di stringente attualità.

Convieni ora tirare le somme del quadro sinora tracciato. Tutto ruota, naturalmente, attorno al concetto di *accountability*. Si è detto che un'impresa multinazionale è *accountable* nella misura in cui essa «rende compte» alla comunità globale delle proprie azioni. Si è adottato, nel presente lavoro, un concetto esteso di *accountability*, che riunisce sia le classiche forme di responsabilità civile e penale, sia le ipotesi di c.d. responsabilità «sociale» dell'impresa. Si è perfettamente consapevoli del fatto che non esistono regole generali per la condotta dell'impresa, adottate a livello globale ed aventi natura vincolante. D'altronde – come si è avuto modo di rilevare in diverse parti del lavoro, un siffatto *corpus* di norme non appare né necessario, né tantomeno opportuno.

Sotto un primo profilo, l'impresa multinazionale, che pur non è un soggetto di diritto internazionale in senso tecnico, ha assunto un ruolo fondamentale all'interno della comunità globale, sicché ridurre l'esistenza

delle imprese ad un mero problema di soggettività ci pare inutile e, anzi, fuorviante. Piuttosto, abbiamo proposto uno schema di analisi a 360°, che prendesse in considerazione tutte le possibili componenti normative, vincolanti e non, destinate in qualche modo ad influire sulla condotta delle imprese multinazionali. L'impresa, infatti, non si pone solamente come un astratto insieme di elementi di natura economica, volto a conseguire a tutti i costi il massimo profitto dalla propria attività. Al contrario, al suo interno interagiscono interessi diversi, sempre in tensione tra di loro, che rappresentano "l'anima" dell'impresa e contribuiscono alla sua esistenza ed al suo successo. Alcuni di questi interessi costituiscono una parte essenziale del disegno normativo concernente l'impresa, anzi oggi il «conflitto» tra questi interessi rappresenta oggi uno degli aspetti più problematici della struttura dell'impresa multinazionale. Gestire questo conflitto è uno dei fini dell'*accountability*.

Secondariamente, abbiamo cercato di mettere in luce il ruolo parapubblicistico svolto dall'impresa multinazionale nello spazio globale. Non si tratta di un fenomeno legato alla tradizionale nozione di soggettività internazionale, bensì di un approccio che tiene in debita considerazione, in ossequio al principio di effettività, l'influenza concreta delle imprese nei processi di integrazione della comunità globale. Ad onor del vero, non si vuole sostenere né una rivoluzione né un rude superamento delle analisi classiche del diritto internazionale, che basano la soggettività internazionale sul principio di sovranità territoriale, né tantomeno di un riadattamento di ben conosciute concezioni di ispirazione realistica. Semplicemente, si è voluto dare un volto giuridico alle imprese che non fosse influenzato da concezioni ideologiche, a loro volta destinate a trascurare, ovvero a sovrastimare, il concreto atteggiarsi del fenomeno dell'impresa multinazionale.

Infine, abbiamo posto l'accento sul problema del temperamento tra la logica del profitto, base dell'espansione dell'impresa, e la tutela di interessi ultronei, caratteristica della c.d. «responsabilità sociale dell'impresa». Sotto questo profilo, ci pare che il conseguimento del massimo utile non sia l'unico scopo dell'impresa. Anzi, lo stesso interesse degli azionisti imporrebbe a quest'ultima un obbligo di conservazione del patrimonio sociale che la indurrebbe a salvaguardare l'immagine dell'impresa e, dunque, ad evitare che essa venga compromessa, dinanzi, alla comunità globale, con

comportamenti considerati complessivamente dannosi o comunque pregiudizievoli da parte dell'opinione pubblica globale.

L'analisi del comportamento delle imprese multinazionali richiede, insomma, quello che nel pensiero di Blaise Pascal viene denominato *esprit de finesse*. È sin troppo facile applicare, al fenomeno dell'impresa globale, un mero *esprit de géometrie*, proprio del giurista legato agli schemi precostituiti della dottrina che non vuole o non può, per ragioni ideologiche, entrare nel merito degli aspetti più nascosti del sistema. Occorre invece – ed è questo lo spirito che ci ha guidati nel presente lavoro – una coscienza critica, che conduca, attraverso un'interpretazione influenzata solo parzialmente dalla rigidità delle norme, ad una riscoperta profonda di un fenomeno antico, il commercio, nella sua moderna espressione caratteristica, quella dell'impresa multinazionale.

BIBLIOGRAFIA

- AA.VV., *I gruppi di società. Atti del Convegno internazionale di studi (Venezia, 16-17-18 novembre 1995)*, Milano, 1996
- AA.VV., *Il sistema bancario svizzero contro il riciclaggio*, Bellinzona, 1993
- AA.VV., *L'entreprise multinationale face au droit*, Paris, 1977
- AA.VV., *L'unificazione del diritto internazionale privato e processuale. Studi in onore di Mario Giuliano*, Padova, 1989
- AA.VV., *La réparation des dommages catastrophiques. Les risques technologiques majeurs en droit international et en droit communautaire*, Bruxelles, 1990
- AA.VV., *Le droit international face au terrorisme*, Paris, 2002
- AA.VV., *Les groupes de sociétés*, Atti del seminario organizzato a Liegi il 19-21 ottobre 1972, La Haye, 1973
- AA.VV., *Non-State Actors and Authority in the Global System*, London/New York, 2000
- AA.VV., *Responsabilità limitata e gruppi di società*, Milano, 1987
- AA.VV., *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20ème siècle. A propos de 30 ans de recherche du CREDIMI*, Dijon, 2000, 223
- AA.VV., *STUDI di diritto internazionale in onore di Gaetano Arangio-Ruiz*, Napoli, 2004
- AA.VV., *Suppressing The Financing of Terrorism*, in 16 *Current Issues in Crim. Just.*, 2004, 71
- AA.VV., *The Money Laundering Abatement and Anti-Terrorist Financing Act of 2001*, in *Banking Law Journ.*, 2002, 1
- ABRAHAM (C.M.), ABRAHAM (S.), *The Bhopal Case and the Development of Environmental Law in India*, in 40 *Int'l Comp. Law Quart.*, 334
- ACCONCI, *Il collegamento fra Stato e società quale presupposto per la competenza del Tribunale Iran-Stati Uniti*, in *Dir. comm. int.*, 1998, 135
- ACEVES, *The Economic Analysis of International Law: Transaction Cost Economics and the Concept of State Practice*, in 17 *Univ. Pennsylvania Journ. Int'l Econ. Law*, 1996, 995
- ACQUAVIVA, *La legislazione statunitense in materia di lotta alla corruzione di fronte agli ultimi sviluppi internazionali*, in *Dir. comm. int.*, 2001, 625
- AKINSANYA, DAVIES, *Third World Quest for a New International Economic Order: An Overview*, in 33 *Int'l & Com Law Quart.*, 1984, 208
- ALEMANNI, *Judicial Enforcement of the WTO Hormones Ruling within the European Community: Toward EC Liability for the Non-Implementation of WTO Dispute Settlement Decisions?*, in 45 *Harvard Int'l Law Journ.*, 2004, 547
- ALESSANDRI, *Attività d'impresa e responsabilità penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 534
- ALEXANDER, *Unlimited Shareholder Liability Through a Procedural Lens*, in 106 *Harvard Law Rev.*, 1992, 387
- ALFORD, *Anti-Money Laundering Regulations: A Burden on Financial Institutions*, in 19 *North Carolina Journ. Int. & Comm. Reg.*, 1993, 437
- ALLAM, *Come funziona la rete di bin Laden*, in *La guerra del terrore*, in *I Quaderni speciali di Limes*, 2001, 81

- ALLEGRI, *Note giuridiche sulle c.d. società multinazionali*, in *Riv. soc.*, 1975, 876
- ALPA, *La competizione tra ordinamenti: un approccio realistico*, in A. ZOPPINI (a cura di), *La concorrenza tra ordinamenti giuridici*, Roma-Bari, 2004, 43
- AMARELLI, *Mito giuridico ed evoluzione della realtà: il crollo del principio societas delinquere non potest*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2003, 941
- AMATO (G.), *Le sfide della Global Governance*, in *Pol. int.*, 2001, 25
- AMATUCCI, *Fatto illecito della società e responsabilità proporzionata dei soci*, Milano, 2002
- AMBROSIANI, *Modernizzazione del diritto societario e Società europea*, in *Dir. comm. int.*, 2003, 689, 692.
- AMODIO, *Le contentieux international de l'investissement privé et la Convention de la Banque mondiale du 18 mars 1965*, Paris, 1967
- ANDERSON, *Public Utility Holding Companies: The Death Sentence and the Future*, in 23 *Journ. Land & Public Util. Econ.*, 1947, 244
- ANDERSON, *Testing the Model Soft Law Approach to International Harmonisation: A Case-Study Examining the UNCITRAL Model Law Cross-Border Insolvency*, in 23 *Australian Yearbook of Int'l Law*, 2004, 1
- ANDO, *Crisi della sovranità o ordine internazionale statocentrico? Tertium datur*, in *Riv. int. fil. dir.*, 2003, 19;
- ANDREOLI, *Il Rapporto dell'OCSE sulla concorrenza fiscale dannosa*, in *Riv. dir. trib.*, 1999, 7
- ANTUNES, *Liability of Corporate Groups*, Deventer/Boston, 1994
- ARANGIO-RUIZ, *Some International Legal Problema of the Civil Use of Nuclear Energy*, in 107 *Recueil des Cours*, 1962, 497
- ARCHER, *International Organizations*³, London/New York, 2001
- ARMSTRONG, *Political Components and Practical Effects of the Andean Foreign Investment Code*, in 27 *Stanford Law Rev.*, 1975, 1597
- ARROW, *Essays in the Theory of Risk-Bearing*, Amsterdam/New York, 1974
- ARTONI, *Concorrenza fiscale e sviluppo economico*, in *Riv. dott. comm.*, 2001, 317
- ASANTE, *International Law and Foreign Investment: A Reappraisal*, in 37 *Int'l & Com Law Quart.*, 1988, 588
- ASBILL, BRENNAN, *International Franchising: Establishing and Maintaining a Healthy Relationship*, in 25 *Int'l Bus. Lawyer*, 1997, 208
- ASBILL, GOLDMAN, *Fundamentals of International Franchising*, Chicago, 2001
- ASTROLOGO, "Interesse" e "vantaggio" quali criteri di attribuzione della responsabilità dell'ente nel D.Lgs. 231/2001, in *Indice penale*, 2003, 649
- ATKEY, *Foreign Investment Disputes: Access of Private Individuals to International Tribunals*, in 5 *Canada Yearb. Int'l Law*, 1967, 229
- ATTI, *Le grandi firme come valore di scambio*, in *Contr. e impr.*, 1987, 52
- AUTERI, *Lo sfruttamento del valore suggestivo dei marchi d'impresa mediante merchandising*, in 5 *Contr. e impr.*, 1989, 510, 518
- BADINI CONFALONIERI, *Il GEIE: disciplina comunitaria e profili operativi nell'ordinamento italiano*, Torino, 1999
- BAER, METSLAFF, WEINBERG, *International Treaties, Conventions and Agreements Affecting Franchising*, in 2 *Int. Journ. of Franchising Law*, 2004, 3

- BAHGAT, *Iran, the United States, and the War on Terrorism*, in 26 *Studies in Conflicts & Terrorism*, 2003, 93
- BAINBRIDGE, *Abolishing Veil Piercing*, in 26 *Journ. Corp. Law*, 2000/2001, 479
- BAINBRIDGE, *Corporation Law and Economics*, New York, 2002
- BAINBRIDGE, *In Defense of the Shareholder Wealth Maximization Norm: a Reply to Professor Green*, in 50 *Washington & Lee Law Rev.*, 1993, 1423
- BAKAN, *The Corporation. The Pathological Pursuit of Profit and Power*, New York, 2004
- BAKER, *Private Codes of Corporate Conduct: Should the Fox Guard the Henhouse?*, in 24 *Univ. Miami Inter-American Law Rev.*, 1995, 399
- BALDASSARI, *I contratti di distribuzione: agenzia, mediazione, concessione di vendita, franchising*, Padova, 1989
- BALDI, *Distributorship, Franchising, Agency, Community and National Laws and Practice in the EEC*, Deventer, 1987
- BALDI, *La protezione degli interessi finanziari delle Comunità europee e gli strumenti adottati nell'ambito del Titolo VI del Trattato sull'Unione europea*, in *Dir. com. sc. int.*, 1997, 243
- BALDWIN, *Organized Crimes, Terrorism and Money Laundering in the Americas*, in 15 *Florida Law Rev.*, 2002, 3
- BALLANTINE, *Ballantine On Corporations*, Chicago, 1946
- BALLANTINE, *Law of Corporations*, Boston, 1946, 4;
- BALLANTINE, *On Corporations*, Chicago, 1946
- BALLANTINE, *Voting Trusts, Their Abuses and Regulation*, in 21 *Texas Law Rev.*, 1942/43, 139
- BALLARINO, *I limiti territoriali della Convenzione di Bruxelles secondo la sentenza Owusu*, in *Int'l Lis*, 2006, 93
- BALLARINO, *Sulla mobilità delle società nella Comunità Europea. Da Daily Mail a Überseering: norme imperative, norme di conflitto e libertà comunitarie*, in *Riv. soc.*, 2003, 669
- BALZANI, *El concepto "transfer pricing"*, in V. UCKMAR, A.C. ALTAMIRAO, H. TAVEIRA TORRES (eds.), *Impuestos sobre el comercio internacional*, 2003, 645
- BALZANI, *Il "transfer pricing"*, in V. UCKMAR (ed.), *Corso di diritto tributario internazionale*, Milano, 1999, 589
- BANIFATEMI, *La lutte contre le financement du terrorisme*, in *Ann. fr. dr. int.*, 2002, 103
- BANTEKAS, *Corporate Social Responsibility in International Law*, in 22 *Boston Univ. Int'l Law Journ.*, 2004, 309
- BANTEKAS, *The International Law of Terrorist Financing*, in *Am. Journ. Int'l Law*, 2003, 316
- BARBER, *Piercing the Corporate Veil*, in 17 *Willamette Law Rev.*, 1980/81, 371
- BARCA, *Il gruppo nei modelli di proprietà delle imprese: profili teorici, verifiche empiriche e spunti per una riforma*, in *I gruppi di società*, I, 83
- BARILE, *Diritto internazionale ed energia nucleare*, in *Riv. dir. int.*, 1966, 1
- BARKIN, *Corporate America – Making a Killing: An Analysis of Why It Is Appropriate to Hold American Corporations Who Fund Terrorist Organizations Liable for Aiding and Abetting Terrorism*, in 40 *Calif. West. Law Rev.*, 2003-2004, 169
- BARTLETT, *In Re Oil Spill by the Amoco Cadiz. Choice of Law and A Pierced Corporate Veil Defeat the 1969 Civil Liability Convention*, in 10 *Maritime Lawyer*, 1985, 1
- BASSIOUNI (ed.), *International Criminal Law*, 2° ed., Ardsley N.Y., 1999
- BATTINI, R. RAGIONIERI (a cura di), *Culture e conflitti nella globalizzazione*, Città di Castello, 2002

- BAXI, PAUL, *Mass Disaster and Multinational Liability: The Bhopal Case*, Bombay, 1986
- BEBCHUK, *Federalism and the Corporation: The Desirable Limits on State Competition in Corporate Law*, in 105 *Harvard Law Rev.*, 1992, 1437
- BEBCHUK, FERRELL, *A New Approach to Takeover Law and Regulatory Competition*, in 87 *Virginia Law Rev.*, 2001, 111
- BEBCHUK, FERRELL, *Federalism and Takeover Law: The Race to Protect Managers from Takeover*, Cambridge (Ma), 1999, 14
- BEBCHUK, FERRELL, *On Takeover Law and Regulatory Competition*, in 57 *Bus. Lawyer*, 2001/2002, 1047
- BECK, *Che cos'è la globalizzazione. Rischi e prospettive della società planetaria*, Roma, 1999, 18
- BECKER, *Crime and Punishment: An Economic Approach*, in 76 *Journ. Pol. Econ.*, 1968, 169
- BELLAVITE PELLEGRINI, *Storia del Banco Ambrosiano. Fondazione, ascesa e dissesto 1896-1982*, Roma, 2002
- BELLI, MACCARONE, *Le crisi bancarie: il caso del Banco Ambrosiano*, Milano, 1985
- BENEDETTELLI, *La legge regolatrice delle persone giuridiche dopo la riforma del diritto internazionale privato*, in *Riv. soc.*, 1997, 39
- BENEDETTELLI, *Libertà comunitarie di circolazione e diritto internazionale privato delle società*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2001, 569, 603.
- BENEDETTELLI, *Sull'applicazione extraterritoriale delle misure di embargo degli Stati Uniti relative al «gasdotto siberiano»*, in *Riv. dir. int.*, 1984, 529
- BENJAMIN, *The United Nations Code of Conduct for Transnational Corporations: Establishing A New Modus Vivendi?*, in 1 *Boston Univ. Int'l Law Journ.*, 1982, 83
- BENSON, F.T. CULLEN, *The Special Sensitivity of White-Collar Offenders to Prison: A Critique and Research Agenda*, in 16 *Journ. Crim. Justice*, 1988, 207
- BERENDS, *The UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency: A Comprehensive Overview*, in 6 *Tulane Journ. Int'l & Com Law*, 1998, 309
- BERLE, *For Whom Are Corporate Managers Trustees: A Note*, in 45 *Harvard Law Rev.*, 1932, 1365
- BERLE, MEANS, *The Modern Corporation and Private Property*, New York, 1932, trad. it. *Società per azioni e proprietà privata*, Torino, 1966
- BERLE, *The Theory of Enterprise Entity*, in 47 *Columbia Law Rev.*, 1947, 343
- BERLINGIERI, *Armatore ed esercente di aeromobile*, in *Dig. disc. priv., Sez. comm.*, I, 1987, 233
- BERLINGIERI, *Il sistema internazionale di risarcimento dei danni causati da inquinamento da idrocarburi*, in *Dir. mar.*, 1992, 1
- BERNARDINI, *L'arbitrato commerciale internazionale*, Milano, 2000
- BERNASCONI, GERBER, *La théorie du forum non conveniens – un regard suisse*, in *I.P.Rax*, 1994, 3
- BERTI, *Diffusione della normatività e nuovo disordine delle fonti del diritto*, in *Riv. dir. priv.*, 2003, 461
- BESSONE, *Responsabilità civile, assicurazione e costo sociale dell'illecito*, in *Dir. mar.*, 1975, 187
- BETTI, *New Prospects for Inter-State Co-operation in Criminal Matters: The Palermo Convention*, in 3 *Int'l Crim. Law Rev.*, 2003, 151
- BETZ, *Holding Multinational Corporations Responsible for Human Rights Abuses Committed by Security Forces in Conflict-Ridden Nations: An Argument against Exporting Federal Jurisdiction for the Purpose of Regulating Behavior Abroad*, in 14 *De Paul Bus. Law Journ.*, 2001, 163
- BIANCHI (ed.), *Enforcing International Law Norms against Terrorism*, Oxford, 2004
- BIANCHI D'ESPINOSA, voce *Borsa (contratti di)*, in *Enc. dir.*, V, 592 ; A.A.

- BILLHEIMER, *The Loneliness of the Long Distance Statute, the Alien Tort Claims Act*, 28 U.S.C. 1350, in 37 *Washington & Lee Law Rev.*, 1980, 1263
- BLOCK, *Ukrainian Bankruptcy Law*, in 20 *Loyola L.A. Int'l & Com Law Journ.*, 1997/98, 97
- BLOODWORTH, *Death on the High Seas: The Demise of TOVALOP and CRISTAL*, in 13 *Journ. Land Use & Envtl Law*, 1997/1998, 443
- BLUM, STEINHARDT, *Federal Jurisdiction over International Human Rights Claims: The Alien Tort Claims Act after Filartiga v. Pena-Irala*, in 22 *Harvard Int. Law Journ.*, 1981, 53
- BLUMBERG, *Limited Liability and Corporate Groups*, in 11 *Journ. of Cor Law*, 1985-86, 573
- BOGDAN, *International Bankruptcy Law in Scandinavia*, in 34 *Int'l & Com Law Quart.*, 1985, 49
- BOHANON, PLOUFFE, *Mongolian Bankruptcy Law: A Comparative Analysis with the American Bankruptcy System*, in 7 *Tulane Journ. Com & Int'l Law*, 1999/2000, 1
- BOLTON, *Should We Take Global Governance Seriously?*, in 1 *Chicago Journ. Int'l Law*, 2000, 205
- BONELLI, *La nozione di impresa nelle regole di concorrenza nel Trattato C.E.E.*, in VERRUCOLI (a cura di), *La nozione d'impresa nell'ordinamento comunitario*, Milano, 1977, 37
- BONELLI, *La responsabilità della società controllante per gli illeciti delle proprie controllate*, in *Dir. comm. int.*, 1987, 347
- BONGIORNO, *Osservazioni in tema di universalità e territorialità del fallimento*, in *Dir. fall.*, 1974, 261
- BORLINI, *La lotta alla corruzione internazionale: le Convenzioni dell'OCSE e delle Nazioni Unite, il caso Enelpower, la "tangentopoli" irachena*, in *Com. int.*, 2005, 75
- BORTOLOTTI, *La «nuova» lex mercatoria, costruzione dottrinarica o strumento operativo?*, in *Contr. e impr./Europa*, 1996, 733
- BORTOLOTTI, *Manuale di diritto commerciale internazionale*, III, *La distribuzione internazionale: contratti con agenti, distributori ed altri intermediari*, Padova, 2002
- BOUCKAERT, DE GEEST (eds.), *Encyclopedia of Law and Economics: The Regulation of Contracts*, Northampton (Mass.), 2000
- BRANSON, *The Social Responsibility of Large Multinational Corporations*, in 16 *Transnat'l Lawyer*, 2002, 121
- BRATTON, MCCAHERY, *Regulatory Competition, Regulatory Capture and Corporate Self-Regulation*, in 73 *North Carolina Law Rev.*, 1995, 1861
- BREED, *Regulating Our 21st-Century Ambassadors: A New Approach to Corporate Liability for Human Rights Violations abroad*, in 42 *Virginia Journ. Int. Law*, 2001/2002, 1005
- BRENNAN, *Liability and Compensation for Oil Pollution From Tankers Under Private International Law: TOVALOP, CRISTAL, and the Exxon Valdez*, in 2 *Georgetown Int'l Envtl. Law Rev.*, 1989, 1
- BREWER, *International Investment Settlement Procedures: The Evolving Regime for Foreign Direct Investment*, in 26 *Law & Pol'y Int'l Bus.*, 1994/1995, 633
- BRICOLA, *Il costo del principio «societas delinquere non potest» nell'attuale dimensione del fenomeno societario*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1970, 951
- BRIGGS, *Barcelona Traction: The Ius Standi of Belgium*, in 65 *Am. Journ. Int'l Law*, 1971, 327
- BRIGGS, *Forum Non Conveniens and the Impecunious Claimant: Lubbe v. Cape plc*, in 71 *British Yearb. Int'l Law*, 2000, 434
- BRIGGS, *Forum Non Conveniens in Australia*, in 105 *Law Quart. Rev.*, 1989, 200
- BRILMAYER, PAISLEY, *Personal Jurisdiction and Substantive Legal Relations: Corporations, Conspiracies, and Agency*, in 74 *California Law Rev.*, 1986, 1
- BROGER, *The European Commission's Extraterritorial Powers in Merger Control. The Court of First Instance's Judgment in Gencor v. Commission*, in 49 *Int'l & Comp. Law Quart.*, 2000, 172

- BROOME, *Anti-Money Laundering. International Practices and Policies*, Hong Kong/Singapore, 2005
- BROWN, *Parent-Subsidiary Liability under the Foreign Corrupt Practices Act*, in 50 *Baylor Law Rev.*, 1998, 1
- BRUNETTI, *Trattato di diritto delle società*, Milano, 1948, II
- BUFFORD, *Bankruptcy Law in European Countries Emergine from Communism: the Special Legal and Economic Challenger*, in 70 *Am. Bankr. Law Journ.*, 1996, 459
- BUFFORD, *Global Venue Controls Are Coming: A Reply to Professor LoPucki*, in 79 *Am. Bankr. Law Journ.*, 2005, 105
- BURDEAU, *Nouvelles perspectives pour l'arbitrage dans le contentieux économiques intéressant les Etats*, in *Rev. de l'arbitrage*, 1995, 1
- BURGEN, *Corruption in the Russian Arbitrazh Courts: Will There Be Significant Progress in the Near Term?*, in 38 *Int'l Lawyer*, 2004, 15
- BURLEY, *The Alien Tort Statute and the Judiciary Act of 1789: A Badge of Honor*, in 83 *Am. Journ. Int. Law*, 1989, 461
- CALABRESI (G.), MELAMED, *Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One View of the Cathedral*, in 85 *Harvard Law Rev.*, 1972, 1089
- CALABRESI (G.), *The Costs of Accidents: A Legal and Economic Analysis*, New Haven, 1970
- CALDERONE, *Lotta alla corruzione in campo comunitario ed internazionale*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2000/2001, 607
- CALLISON, *Rationalizing Limited Liability and Veil Piercing*, in 58 *Business Lawyers*, 2002/03, 1063
- CALÒ, *Dalla famiglia di fatto al piccolo matrimonio: un diritto comunitario della famiglia?*, in *Contr. e impr./Eur.*, 2000, 667
- CAMARDA, *L'evoluzione della normativa internazionale comunitaria e nazionale vigente in materia di sicurezza della navigazione e prevenzione dell'inquinamento marino*, in *Riv. giur. ambiente*, 2001, 699
- CAMFIELD, *The Scope and Limits*, cit., 133 V. anche I. BLUMBERG, *The Corporate Personality in American Law: A Summary Review*, in 38 *Am. Journ. Com Law*, 1990, Suppl., 49
- CANDICE, *Interpreting the Polluter Pays Principle in the Trade and Environment Context*, in 27 *Cornell Int'l Law Journ.*, 1994, 577
- CANFIELD, *The Scope and Limits of Corporate Entity Theory*, in 17 *Columbia Law Rev.*, 1917, 128
- CANNON, *Laker Airways and the Courts: A New Method of Blocking the Extraterritorial Application of U.S. Antitrust Laws*, in 7 *Journ. Comp. Bus. & Cap. Market Law*, 1985, 63
- CAPECCHI (G.), *Le sentencing guidelines for organizations e i profili di responsabilità delle imprese nell'esperienza statunitense*, in *Dir. comm. int.*, 1998, 465
- CARBONE (S.M.), D'ANGELO, *Cooperazione tra imprese e appalto internazionale*, Milano, 1991
- CARBONE (S.M.), *Diritto internazionale e protezione dell'ambiente marino dall'inquinamento: sviluppi e prospettive*, in *Dir. mar.*, 2001, 956
- CARBONE (S.M.), *Il c.d. fallimento internazionale tra riforma italiana del d.i. e normativa di diritto uniforme*, in *Dir. comm. int.*, 1998, 633
- CARBONE (S.M.), LUZZATTO, SANTA MARIA (a cura di), *Istituzioni di diritto internazionale*², Torino, 2003
- CARBONE (S.M.), *Strumenti finanziari, corporate governance e diritto internazionale privato tra disciplina dei mercati finanziari e ordinamenti nazionali*, in *Riv. soc.*, 2000, 457
- CARBONE (S.M.), *Strumenti internationalistici e privatistici-internazionali relativi al risarcimento dei danni provocati da idrocarburi all'ambiente marino*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2006, 62

- CARBONE, Corporate governance, *internazionalizzazione dei rapporti economici e accountability dell'impresa*, in *Dir. comm. int.*, 2005, 310
- CARBONE, *Stabile organizzazione e gruppo di imprese nel diritto internazionale tributario*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1980, 5
- CARELLA, *La disciplina internazionalprivatistica delle obbligazioni da fatto illecito nella proposta di Regolamento «Roma II»*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2005, 25
- CAREY, *What Do the Recent Events Involving Yukos Oil Company Tell Us About Legal Institution for Transition Economies?*, in 18 *Trans'n'l Lawyer*, 2004/2005, 5
- CARREAU, *Droit international*⁸, Paris, 2004
- CARSWELL, *The South Sea Bubble*, London, 1960
- CARTER, *The Nature of Corporation as a Legal Entity*, Baltimore, 1919, 160.
- CARY, *Federalism and Corporate Law: Reflections upon Delaware*, in 83 *Yale Law Journ.*, 1974, 663
- CASS, *Economics and International Law*, in 29 *N.Y. Journ. Int'l Law & Pol.*, 1997, 473
- CASSELS, *The Uncertain Promise of Law. Lessons from Bhopal*, Toronto, 1993
- CASSESE (A.), GAETA, JONES (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court*, Oxford, 2002
- CASSESE (A.), *I diritti umani nel mondo contemporaneo*, Roma-Bari, 1994
- CASSESE (A.), *I diritti umani oggi*, Roma-Bari, 2005
- CASSESE (S.), *La crisi dello Stato*, Roma-Bari, 2002
- CASTAÑEDA, *La Charte des droits et devoirs économiques des États. Note sur son processus d'élaboration*, in *Ann. fr. dr. int.*, 1974, 31
- CASTO, *The Federal Court's Protective Jurisdiction over Torts Committed in Violations of the Law of Nations*, in 18 *Connecticut Law Rev.*, 1986, 467
- CATÀ BACKER, *The Autonomous Global Enterprise: On The Role of Organizational Law Beyond Assets Partitioning and Legal Personality*, in via di pubblicazione in 41 *Tulsa Law Rev.*, 2006
- CATES, *Swap Financing*, in 20 *Int'l Lawyer*, 1986, 837
- CAVICCHIOLI, *Sospensione parziale della Birmania (Myanmar) dall'Organizzazione internazionale del lavoro per violazione della Convenzione n. 29 sul lavoro forzato?*, in *Riv. dir. int.*, 1999, 731
- CENDON (a cura di), *Scritti in onore di Rodolfo Sacco. La comparazione giuridica alle soglie del terzo millennio*, Milano, 1994
- CENTONZE, *La normalità dei disastri tecnologici. Il problema del congedo dal diritto penale*, Milano, 2004
- CHARNEY, *Transnational Corporations and Developing Public International Law*, in *Duke Law Rev.*, 1983, 748
- CHEEVER, *Australian International Bankruptcy Law*, in 12 *Univ. Pennsylvania Journ. Int'l Bus. Law*, 1991, 153
- CHORVAT, *Forcing Multinationals to Play Fair: Proposals for a Rigorous Transfer Pricing Theory*, in 54 *Alabama Law Rev.*, 2003, 1251
- CHRISTENSEN, *Concept of Limited Liability in U.S. Business Entities*, in 17 *Int'l Business Law Rev.*, 1989, 444
- CLANCY, *The Tragedy of Global Commons*, in 5 *Indiana Journ. Global Legal Stud.*, 1997/1998, 5
- CLAPHAM, JERBI, *Categories of Corporate Complicity in Human Rights Abuses*, in 24 *Hastings Int. & Comp. Law Rev.*, 2000, 339
- CLAPHAM, *Human Rights in the Private Spere*, Oxford, 1993
- CLERICO, *Analisi economica della responsabilità extracontrattuale*, in *Econ. pubbl.*, 1999, 5

- CLERICO, *Attività economica e rischio di danno. Come la struttura del capitale e la priorità di rivalsa sul capitale sociale influenzano la precauzione dell'impresa*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2000, 71
- CLERICO, *Incidente, livello di precauzione e risarcimento del danno*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2003, 271
- CLINE, ALEXANDER, *Terrorism: The Soviet Connection*, New York, 1984
- COFFEE JR., *What Caused Enron? A Capsule Social and Economic History of the 1990's*, in 89 *Cornell Law Rev.*, 2004, 269
- COFFEE, *Shareholders Versus Managers: The Strain in the Corporate Web*, in 85 *Michigan Law Rev.*, 1986, 1
- COHEN, *Revisions of TOVALOP and CRISTAL: Strong Ships for Stormy Seas*, in 18 *Journ. Mar. Law & Comm.*, 1987, 525
- COLANGELO, *Da Centros a Inspire Art. Libertà d'impresa e competizione regolamentare nella più recente giurisprudenza comunitaria*, in *Contr. impr./Eur.*, 2003, 1220
- COLLIARD, *La Convention de Bruxelles relative à la responsabilité des exploitants de navire nucléaires*, in *Ann. fr. dr. int.*, 1962, 41
- COLLINS, *Dissuading State Support of Terrorism: Strikes or Sanctions? (An Analysis of Dussiasion Measures Employed Against Libya)*, in 27 *Studies in Conflict & Terrorism*, 2004, 1
- COMBA, *Il neo liberismo internazionale. Struttura giuridiche a dimensione mondiale: dagli Accordi di Bretton Woods all'Organizzazione Mondiale del Commercio*, Milano, 1995
- COMEAX, KINSELLA, *Protecting Foreign Investment Under International Law*, New York, 1997
- COMENALE PINTO, *La responsabilità per inquinamento da idrocarburi nel sistema della C.L.C.*, Padova, 1993
- COMMONS, *I fondamenti giuridici del capitalismo*, Bologna, 1981
- COMPTON, *Early History of Stock Ownership by Corporations*, in 9 *Geo. Wash. Law Rev.*, 1940, 125
- CONNOLLY, *The New Transfer Pricing and Penalty Regulations: Increased Compliance, Increased Burdens, and the Search for a Safe Harbor*, in 16 *Univ. Pennsylvania Journ. Int'l Bus. Law*, 1995, 339
- CONTE, *Il riconoscimento della responsabilità penale delle persone giuridiche nella legislazione francese*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1994, 93
- COOK, *The Impact of United States v. Bestfoods on Owner or Operator Liability under CERCLA*, in 59 *Louisiana Law Rev.*, 1998/1999, 1003
- COOLIDGE, SPINA, WALLACE, *The OECD Guidelines for Multinational Enterprises: A Business Appraisal*, 1977
- COONROD, *The United Nations Code of Conduct for Transnational Corporations*, in 18 *Harvard Int. Law Journ.*, 1977, 273
- COOPER, *Corporate Law – Indiana Takeover Statute Evades Commerce Clause Invalidation by Regulating Under the Internal Affaire Doctrine*, in 22 *Suffolk Univ. Law Rev.*, 1988, 886
- COOTER, *Prices and Sanctions*, in 83 *Columbia Law Rev.*, 1984, 1523
- CORAPI, *Joint-Venture (aspetti societari)*, in *Dig. disc. priv., sez. comm.*, VIII, Torino, 1992, 74
- CORBION, *Le déni de justice en droit international privé*, Aix-en-Provence, 2004
- CORRESA, VEIRANO, *Brazil Enacts New Federal Bankruptcy Law*, in 1 *Int'l Law & Management Rev.*, 2005, 311
- CORTESE, *Il trasferimento di tecnologia nel diritto internazionale privato: licenza e cessione di privative industriali e know-how*, Padova, 2002
- COSSEDDU, *Responsabilità da reato degli enti collettivi: criteri di imputazione e tipologia delle sanzioni*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2005, 1

- COSTI, ENRIQUES, *Il mercato mobiliare*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da G. Cottino, VIII, Padova, 2004, 5
- COTTINO, *Il diritto che cambia: dalle compagnie coloniali alla grande società per azioni*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1993, 493
- COURET, MARTIN, *Les sociétés holdings*, Paris, 1991.
- COX, HAZEN, O'NEAL, *Corporations*, New York, 1997
- CRANDALL, *Termination of the United States-Netherlands Antilles Tax Treaty: What Were the Costs of Ending Treaty Shopping*, in 9 *Northwestern Journ. Int'l Law & Bus.*, 1988/1989, 355
- CUCCHI, DE STEFANIS, *La collaborazione tra imprese*, Napoli, 2003
- CUELLAR, *The Tenuous Relationship between the Fight against Money Laundering and the Disruption of Criminal Finance*, in 93 *Journ. Crim. Law & Criminology*, 2002, 311
- CUMMINGS, *International Mass Tort Litigation: Forum Non Conveniens and the Adequate Alternative Forum in Light of Bhopal Disaster*, in 16 *Georgia Journ. Int'l Law*, 1986, 109
- CUNIBERTI, WINKLER (M.), *Forum non conveniens e Convenzione di Bruxelles: il caso Owusu dinanzi alla Corte di Giustizia*, in *Dir. comm. int.*, 2006, 3
- CUNNINGHAM, *Corporate Governance and Foreign Investment Nightmares in Russia: A Case Study of Unified Energy Systems*, in 42 *Virginia Journ. Int'l Law*, 2002, 889 , 891
- DAILLIER, DE LA PRADELLE, GHÉRARI (dir.), *Droit de l'économie internationale*, Paris, 2004
- DAINES, *Does Delaware Law Improbe Firm Value?*, in 62 *Journ. Fin. Econ.*, 2001, 525
- DALEY, *Effectiveness of United States and International Efforts to Combat International Money Laundering*, in *St. Louis-Warsaw Transatlantic Law Journ.*, 2000, 175
- DANIELSEN, *How Corporations Govern: Taking Corporate Power Seriously in Transnational Regulation and Governance*, in 46 *Harvard Int'l Law Journ.*, 2005, 411
- DAÑINO, *The Andean Code After Five Years*, in 8 *Lawyer of the Americas*, 1976, p 635
- DARDESS, *The Foreign Corrupt Practices Act of 1977*, in 27 *Univ. Kansas Law Rev.*, 1978/1979, 635
- DARRINGER, *Swaps, Banks, and Capital: An Analysis of Swap Risks and a Critical Assessment of the Basle Accord's Treatment of Swaps*, in 16 *Univ. Pennsylvania Journ. Int. Bus. Law*, 1995, 259
- DAVID, *L'arbitrage dans le commerce international*, Paris, 1982
- DAVIS, *The Nature of Corporations*, in 12 *Polit. Science Quart.*, 1897, 273 , 278.
- DE CESARI, MONTELLA, *Le procedure di insolvenza nella nuova disciplina comunitaria. Commentario articolo per articolo del Regolamento CE n. 1346/2000*, Milano, 2004
- DE GRAZIA, *A Cloud Over Bhopal. Causes, Consequences and Constructive Solutions*, Bombay, 1985
- DE GUTTRY, PAGANI (a cura di), *La cooperazione tra gli Stati in materia di confisca dei proventi di reato e lotta al riciclaggio. Raccolta commentata della normativa internazionale e delle misure attuative nazionali*, Padova, 1995
- DE JULIOS-CAMPUZANO, *Globalización, pluralismo jurídico y ciencia del derecho*, in *Riv. int. fil. dir.*, 2005, 47
- DE MAGLIE, *In difesa della responsabilità penale delle persone giuridiche*, in *Legislaz. pen.*, 2003, 349
- DE MARINIS, TUPPONI, *Il contratto di Joint Venture. Analisi della normativa italiana ed estera. Tecniche di redazione e modelli contrattuali*, Napoli, 2004
- DE NOVA (G.), *Le fonti di disciplina del contratto e le Autorità Indipendenti*, in *Riv. dir. priv.*, 2003, 5 , spec. 7 s.;
- DE NOVA (R.), *Appunti sull'illecito civile in diritto internazionale privato comparato*, già in *Comunicaz. e Studi*, 1952, 7, ora in *Scritti di diritto internazionale privato*, Padova, 1977, 463

- DE SIMONE, *La responsabilità da reato degli enti nel sistema sanzionatorio italiano: alcuni aspetti problematici*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2004, 657
- DE SOUZA PORTO, MACHADO DE FREITAS, *Major Chemical Accidents in Industrializing Countries: The Socio-Political Amplification of Risk*, in 16 *Risk Analysis*, 1996, 19
- DE VERO, *I reati societari nella dinamica evolutiva della responsabilità ex crimine degli enti collettivi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 720
- DECAUX, *La forme et la force obligatoire des codes de bonne conduite*, in *Journ. dr. int.*, 1983, p. 81
- DELAUME, *How To Draft an ICSID Arbitration Clause*, in 7 *ICSID Rev./Foreign Investment Law Journ.*, 1992, 168
- DELAUME, *The Pyramid Stand. The Pharaohs Can Rest in Peace*, in 8 *ICSID Rev./Foreign Investment Law Journ.*, 1993, 231 ; W.L. CRAIG, *The Final Charter in the Pyramid Case: Discounting an ICSID Award for Annulment Risk*, in 8 *ICSID Rev./Foreign Investment Law Journ.*, 1993, 264
- DEMATTÉ, *La gestione dei gruppi: la prospettiva aziendale*, in *I gruppi di società*, cit., II, 1117
- DEMATTÉ, *Modelli di crescita delle imprese a leverage multiplo: rischi e deformazioni*, in *Economia & Management*, 1995, n. 6, 5
- DEMBINSKI, LAGER, CORNFORD, BONVIN (eds.), *Enron and World Finance. A Case Study in Ethics*, New York, 2006
- DEMOTT, *Perspectives on Choice of Law for Corporate Internal Affairs*, in 48 *Law & Contem Problems*, 1985, 161
- DETRAGIACHE, *Globalizzazione economica, finanziaria e dell'informazione*, Torino, 1998, 57 s.
- DHAVAN, *For Whom? And For What? Reflections on the Legal Aftermath of Bhopal*, in 20 *Texas Int'l Law Journ.*, 1985, 295
- DHOOGHE, *A Close Shave in Burma: Unocal Corporation and Private Enterprise Liability for International Human Rights Violations*, in 24 *North Carolina Journ. Int. Law & Comm. Reg.*, 1998-99, 1
- DI GIOVANNI (F.), *La responsabilità della capogruppo dopo la riforma delle società*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, 31
- DI LORENZO, *Equal Economic Opportunity: Corporate Social Responsibility in the New Millenium*, in 71 *Univ. Colorado Law Rev.*, 2000, 51
- DI ROSA, *L'associazione temporanea di imprese. Il contratto di joint venture*, Milano, 1998
- DIALTI, *Principali differenze e somiglianze tra standards e norme aventi valore di legge nel settore della regolamentazione finanziaria*, in *Dir. comm. int.*, 2005, 535
- DIEUX, VINCKE, *La responsabilité sociale des entreprises, leurre ou promesse?*, in *Rev. dr. aff. int./Int'l Bus. Law Journ.*, 2005, 13
- DIGIORGIO, *New PATRIOT Act Compliance Requirements Apply to Depository Institutions*, in *Banking Law Journ.*, 2003, 783
- DINWOODIE, *Politics of International Pollution control: The Trail Smelter Case*, in 27 *Int'l Journ.*, 1971/1972, 219
- DOBBYN, *A Practical Approach to Consistency in Veil-Piercing Cases*, in 19 *Univ. Kansas Law Rev.*, 1970/71, 185
- DODDS, *For Whom Are Corporate Managers Trustees?*, in 45 *Harvard Law Rev.*, 1932, 1145
- DODGE, *The Historical Origins of the Alien Tort Statute: A Response to the "Originalists"*, in 19 *Hastings Int. & Comp. Law Rev.*, 1996, 221
- DOLMETTA, MINNECI, voce *Borsa (contratti di)*, *ivi*, Agg., V, 161
- DOLZER, STEVENS, *Bilateral Investment Treaties*, The Hague/London/Boston, 1995
- DONATIVI, *Impresa e gruppo nella legge antitrust*, Milano, 1996

- DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale*, Milano, 2004
- DONOHUE, *Anti-Terrorist Finance in the United Kingdom and United States*, in 27 *Michigan Journ. Int'l Law*, 2006, 303
- DONOVAN, *Origins and Development of Limitation of Shipowners' Liability*, in 53 *Tulane Law Rev.*, 1979, 999
- DORDI, *La Convenzione europea su alcuni aspetti del fallimento: la consacrazione dell'universalità limitata degli effetti delle procedure concorsuali*, in *Dir. comm. int.*, 1993, 617
- DORWARD, *The Forum Non Conveniens Doctrine and the Judicial Protection of Multinational Corporations from Forum Shopping Plaintiffs*, in 19 *Univ. Pennsylvania Journ. Int'l Econ. Law*, 1998, 141
- DOUGLAS, *Risk and Blame. Essays in Cultural Theory*, London/New York, 1992
- DOUGLAS, *Towards a Global Federalism*, New York/London, 1968
- DOYLE, *Cleaning Up Anti-Money Laundering Strategies: Current FATF Tactics Needlessly Violate International Law*, in 24 *Houston Journ. Int'l Law*, 2001/2002, 279
- DRAETTA, *Il diritto dei contratti internazionali. La cooperazione tra imprese*, Padova, 1985
- DRAETTA, *Internet e commercio elettronico nel diritto internazionale di privati*², Milano, 2005
- DRAETTA, *La giurisdizione internazionale della Commissione in materia di controllo delle concentrazioni*, in *Dir. comm. int.*, 1998, 785
- DRAETTA, *La nuova Convenzione OECD e la lotta alla corruzione nelle operazioni commerciali internazionali*, in *Dir. comm. int.*, 1998, 969
- DRAETTA, POCAR (F.) (a cura di), *La società europea. Problemi di diritto societario comunitario*, Milano, 2002.
- DRAETTA, *Prime sanzioni interdittive in Italia a carico di persone giuridiche per corruzione di pubblici ufficiali*, in *Dir. comm. int.*, 2004, 241
- DRAETTA, *Principi di diritto delle organizzazioni internazionali*, Milano, 1997
- DRAETTA, *Spunti per un'azione comunitaria contro la corruzione nel commercio internazionale*, in *Dir. comm. int.*, 1995, 333
- DRAETTA, *The OECD Convention on Bribery of Foreign Public Official and the Bribes Paid by Foreign Subsidiaries*, in *Dir. comm. int.*, 2003, 649
- DU PONTAVICE, *La pollution des mers par les hydrocarbures: à propos de l'affaire du "Torrey Canyon"*, Paris, 1968
- DUNCAN, *The 1972 Convention on the Prevention of Marine Pollution by Dumping Wastes at Sea*, in 5 *Journ. Mar. Law & Comm.*, 1973/1974, 299
- DUNNING, *International Production and the Multinational Enterprise*, London, 1981
- DUPLER, VINNIK, *Federal Environmental Litigation in 1976: The Clean Air Act*, in 1 *Harvard Env'tl. Law Rev.*, 1976, 5
- DUROUDIER, *La loi allemande sur les sociétés par actions (Aktiengesetz 1937)*, Paris, 1954.
- DUTCHER, *From the Boardroom to the Cellblock: The Justifications for Harsher Punishment of White-Collar and Corporate Crime*, in 37 *Arizona St. Law Journ.*, 2005, 1295
- DUTHEIL DE LA ROCHELLE, *Les réactions de l'O.M.C.I. au désastre de l'Amoco Cadiz*, in *Ann. fr. dr. int.*, 1978, 755
- DYE, *Inadequate Capitalization As A Basis For Shareholder Liability: The California Approach And A Recommendation*, in 45 *South California Law Rev.*, 1972, 823
- EASTERBROOK, FISCHER, *Antitrust Suits by Targets of Tender Offers*, in 80 *Michigan Law Rev.*, 1982, 1155

- EASTERBROOK, FISCHER, *Limited Liability and the Corporation*, in 52 *Univ. Chicago Law Rev.*, 1985, 89
- EASTERBROOK, FISCHER, *Mandatory Disclosure and the Protection of Investors*, in 70 *Virginia Law Rev.*, 1984, 669
- EASTERBROOK, FISCHER, *The Economic Structure of Corporate Law*, Cambridge (Ma), 1991
- EHLERMANN, *Compétition entre systèmes réglementaires*, in *Revue du marché commun et de l'Union européenne*, 1995, 220
- EHRENZWEIG, *Specific Principles of Private Transnational Law*, in 124 *Recueil des Cours*, 1968, 167
- EIDE, KRAUSE, ROSAS (eds.), *Economic, Social and Cultural Rights. A Textbook*, 2° ed., Dordrecht/Boston/London, 2001
- EINARSSON, RAUSAND, *An Approach to Vulnerability Analysis of Complex Industrial Systems*, in 18 *Risk Analysis*, 1998, 535
- EL-KOSHERI, *ICSID Arbitration and Developing Countries*, in 8 *ICSID Rev.*, 1993, 104
- ENGLE, *An Approach to Corporate Social Responsibility*, in 32 *Stanford Law Rev.*, 1979/80, 1
- ENRIQUES, *Capitale, azioni e finanziamento della Società europea: quando meno è meglio*, in *Riv. soc.*, 2003, 375
- ENRIQUES, *Gruppi piramidali, operazioni infragruppo e tutela degli azionisti esterni: appunti per un'analisi economica*, in *Giur. comm.*, 1997, 698
- ENRIQUES, *Mercato del controllo societario e tutela degli investitori. La disciplina dell'OPA obbligatoria*, Bologna, 2002, 11
- ESKENAZI, *Forum Non Conveniens and Choice of Law in Re: The Amoco Cadiz Oil Spill*, in 24 *Journ. Marit. Law & Comm.*, 1993, 371
- ESPLUGUES, *The UNCITRAL Model Law of 1997 on Cross Border Insolvency: An Approach*, in *Dir. comm. int.*, 1998, 657
- ESPOSITO, *Le regole «discrete» della sovranità economica*, in *Pol. dir.*, 1998, 467
- ESTY, GERADIN (eds.), *Regulatory Competition and Economic Integration. Comparative Perspectives*, Oxford, 2001
- EZRACHI, *Globalization of Merger Control: A Look at Bilateral Cooperation through the GE/Honeywell Case*, in 14 *Florida Journ. Int'l Law*, 2001/2002, 397
- F. CAFAGGI, G. GALLETTI (a cura di), *La crisi dell'impresa nelle reti e nei gruppi*, Padova, 2005
- FABIANI, *Gruppi d'impresa ed insolvenza transfrontaliera: spazi residui di «forum shopping» e «law shopping» nella disciplina comunitaria*, in *Int'l Ls*, 2004, 95
- FATOUROS, *An International Code to Protect Private Investment. Proposal and Perspectives*, in 14 *Univ. Toronto Law Journ.*, 1961, 77
- FATOUROS, *Towards an International Agreement on Foreign Direct Investment?*, in 10 *ICSID Rev./Foreign Investment Law Journ.*, 1995, 181
- FAWCETT (ed.), *Declining Jurisdiction in Private International Law*, 1995
- FERGUSON, *The Toxicity of Inhaled Methyl Isocyanate Vapor (Ph.D. Dissertation)*, Pittsburgh, 1988
- FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Bologna, 2000
- FERRARESE, *Mercati e globalizzazione: gli incerti cammini del diritto*, in *Pol. dir.*, 1998, 407
- FERRI, *Potere e responsabilità nell'evoluzione della società per azioni*, in *Riv. soc.*, 1956, 22
- FEUER, *Réflexion sur la Charte des droits et devoirs économiques des États*, in *Révue gén. dr. int. public*, 1975, 273

- FIMIANI, *Il sistema di tutela degli interessi finanziari della Comunità nel nuovo art. 209 A (Commento all'art. 209 A Trattato CE)*, in *Dir. Un. eur.*, 1998, 581
- FINKELSTEIN, *What is Global Governance?*, in 1 *Global Governance*, 1995, 367
- FINZI, *Società controllate*, in *Riv. dir. comm.*, 1932, 462
- FLAUSS (dir.), *La protection diplomatique. Mutations contemporaines et pratique nationales*, Bruxelles, 2003
- FLEISCHER, *Federal Regulation of Internal Corporate Affairs*, in 29 *Bus. Lawyer*, 1973/1974, 179
- FLETCHER, *Cyclopedia of the Law of Private Corporations*, Chicago, 1917
- FODELLA, *Il movimento transfrontaliero di rifiuti pericolosi nel diritto internazionale*, Torino, 2004
- FOLLESDAL, POGGE (eds.), *Real World Justice. Grounds, Principles, Human Rights and Social Institutions*, Dordrecht, 2005
- FONTANELLA, *Corruzione e superamento del principio societas delinquere non potest nel quadro internazionale*, in *Dir. comm. int.*, 2000, 941
- FORNARI, *Criminalità del profitto e tecniche sanzionatorie. Confisca e sanzioni pecuniarie nel diritto penale "moderno"*, Padova, 1997
- FOURNIER, *Simplification of Holding Companies Under the Public Utility Act of 1935*, in 13 *Journ. Land & Public Util. Econ.*, 1937, 138
- FOX, *Mergers in Global Markets: GE/Honeywell and the Future of Merger Control*, in 23 *Univ. Pennsylvania Journ. Int'l Econ. Law*, 2002, 457
- FOX, *To Tell or Not to Tell: Legal Ethics and Disclosure after Enron*, in *Colum. Bus. Law Rev.*, 2002, 867
- FRANCIONI, *Imprese multinazionali, protezione diplomatica e responsabilità internazionale*, Milano, 1979
- FRANCIONI, *International Codes of Conduct for Multinational Enterprises: An Alternative Approach*, in 3 *Italian Yearb. Int'l Law*, 1977, 143
- FRANCK, RAMIREZ, *Les meilleures pratiques des multinationales. Structures, contrôle, management, culture*, Paris, 2003
- FRANZINI, *Il crac Parmalat. Il crollo dell'impero del latte*, Roma, 2004
- FRANZONI, *Vecchi e nuovi diritti nella società che cambia*, in *Contr. e impr.*, 2003, 565
- FREEDLAND, *History of the Holding Company Legislation in New York State: Some Doubts as to the 'New Jersey First' Tradition*, in 24 *Fordham Law Rev.*, 1955, 369
- FRENCH, *Parent Corporation Liability: An Evaluation of the Corporate Veil Piercing Doctrine and Its Application to the Toxic Tort Arena*, in 5 *Tulane Emvtl Law Journ.*, 1991/92, 605
- FRIEDMAN, *Capitalism and Freedom*, Toronto, 1963, trad. it. *Capitalismo e libertà*, Pordenone, 1987
- FRIEDMAN, HENKIN, LISSITZYN (eds.), *Transnational Law in a Changing Society. Essays in Honour of Philip C. Jessup*, New York, 1972
- FRIEDMAN, *Laker Airways: The Dilemma of Concurrent Jurisdiction and Conflicting National Policies*, in 11 *Brooklyn Journ. Int'l Law*, 1985, 181
- FRIGO, *Le limitazioni dei diritti patrimoniali privati nel diritto internazionale*, Milano, 2000
- FUMAGALLI, *Il regolamento comunitario sulle procedure di insolvenza: competenza internazionale, legge applicabile e riconoscimento delle decisioni straniere*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, 677
- FUMAGALLI, *L'ordine pubblico nel sistema del diritto internazionale privato comunitario*, in *Dir. comm. int.*, 2004, 635
- FURST, *Guilt by Association and the AEDPA's Fund Raising*, in *New York Law School Journ. Hum. Rights*, 1999, 475

- G. PORRO, *Studi di diritto internazionale dell'economia*, Torino, 1999
- GAILLARD, *La jurisprudence du CIRDI*, Paris, 2004
- GALANTER, *Legal Torpor: Why So Little Has Happened in India After the Bhopal Tragedy*, in 20 *Texas Int'l Law. Journ.*, 1985, 273
- GALGANO, *Diritto ed economia alle soglie del nuovo millennio*, in *Contr. e impr.*, 2000, 189
- GALGANO, *I gruppi nella riforma delle società di capitali*, in *Contr. e impr.*, 2002, 1015
- GALGANO, *Il bilancio della capogruppo, il bilancio consolidato e la responsabilità degli amministratori della holding*, in 7 *Contr. e impr.*, 1997, 269
- GALGANO, *L'oggetto della holding è dunque, l'esercizio mediato e indiretto dell'impresa di gruppo*, in *Contr. e impr.*, 1990, 401
- GALGANO, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, 2005, 18.
- GALGANO, *Le nuove società di capitali e cooperative*, in F. GALGANO, R. GENGHINI, *Il nuovo diritto societario*², in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. Galgano, XXIX, Padova, 2004, 183 s.
- GALGANO, *Qual è l'oggetto della holding?*, in *Contr. e impr.*, 1986, 327
- GALGANO, *Storia del diritto commerciale*², Bologna, 1980
- GALLETTI, *Joint Venture e modelli di integrazione tra imprese nel sistema degli appalti. Tutela e responsabilità*, Milano, 2005, 71
- GALLINO, *L'impresa irresponsabile*, Torino, 2005
- GALLINO, *L'impresa irresponsabile*, Torino, 2005
- GARCEA, *I «gruppi finti». Appunti in tema di gruppi di società e interposizione nell'esercizio dell'impresa*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, 204
- GARCIA-CASTRILLON, *En torno a los problemas de aplicación de las normas de competencia judicial: reflexiones sobre la adsimilación del forum non conveniens en el Derecho español*, in *Anuario esp. de derecho int. privado*, 2001, 425
- GARDELLA, *Diffamazione a mezzo stampa e Convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1997, 657
- GARRITY, RAMDHANIE, *Korean Bankruptcy Law: The Heavy Duty Hypothetical applied*, in 17 *N.Y. Law School Journ. Int'l & Com Law*, 1997, 267
- GASKELL, *The Amoco Cadiz: (I) Liability Issues*, in 3 *Journ. En. & Nat. Res. Law*, 1985, 169
- GASKELL, *The Amoco Cadiz: (II) Limitation and Legal Implications*, in 3 *Journ. Energy & Natural Res. Law*, 1985, 225
- GAUDARD, *Foreign Investment and Transnational Corporations*, in D. DICKE, *Foreign Investment in The Present and a New International Economic Order*, Boulder, 1987, 33
- GELB, *Piercing the Corporate Veil - The Undercapitalization Factor*, in 59 *Chicago-Kent Law Rev.*, 1982/1983, 1
- GEMELLI, *Integrazione europea e circolazione dei capitali: l'attività bancaria e creditizia alla luce delle norme contro il finanziamento del terrorismo internazionale*, in *Riv. coop. giur. int.*, 2004, 67
- GEORGE, *Minamata: Pollution and the Struggle for Democracy in Postwar Japan*, Cambridge (Mass.), 2001
- GESTRI, *Mutuo riconoscimento delle società comunitarie, norme di conflitto nazionali e frode alla legge*, in *Riv. dir. int.*, 2000, 71, 90;
- GEVURTZ, *Piercing Piercing: An Attempt to Lift the Veil of Confusion Surrounding the Doctrine of Piercing the Corporate Veil*, in 76 *Oregon Law Rev.*, 1997, 853

- GIACCARI, *Le aggregazioni aziendali*, Bari, 2003
- GIANNELLI, *La protezione diplomatica di società dopo la sentenza concernente la Barcelona Traction*, in *Riv. dir. int.*, 1986, 768
- GIAVAZZI, *La responsabilità delle persone giuridiche: dieci anni di esperienza francese (Parte prima)*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2005, 593
- GILD, *Tax Treaty Shopping: Changes in the U.S. Approach to Limitation on Benefits Provisions in Developing Country Treaties*, in 30 *Virginia Journ. Int'l Law*, 1989/1990, 553
- GILMORE, *Dirty Money. The Evolution of International Measures to Counter Money Laundering and the Financing of Terrorism*, Strasbourg, 2004
- GILMORE, *La morte del contratto*, Milano, 1988
- GILREATH, *Overview and Analysis of How the United Nations Model Law on Insolvency Would Affect United States Corporations Doing Business Abroad*, in 16 *Bankr. Devel. Journ.*, 2000, 399
- GILSON, *Understanding the Japanese Keiretsu: Overlaps Between Corporate Governance and Industrial Organization*, in 102 *Yale Law Journ.*, 1993, 871
- GIMBEL, *Corporations: Piercing the Corporate Veil*, in 4 *Univ. Florida Law Rev.*, 1951, 352
- GIOIA, *Terrorismo internazionale, crimini di guerra e crimini contro l'umanità*, in *Riv. dir. int.*, 2004, 5
- GIULIANI, *Le «joint ventures» nell'ordinamento giuridico italiano: topiche privatistiche e fiscali*, in 18 *Contr. e impr.*, 2002, 350
- GNEEZY, RUSTICHINI, *A Fine is a Price*, in 29 *Journ. Leg. Studies*, 2000, 1
- GONSON, *Forum Non Conveniens*, in 12 *Rev. québec. dr. int.*, 1999, 23
- GOODMAN, JINKS, *Filartiga's Firm Footing: International Human Rights and Federal Common Law*, in 66 *Fordham Law Rev.*, 1997/98, 463
- GÖRANSSON, *The HNS Convention*, in 2 *Uniform Law Rev.*, 1997, 249
- GORDON SMITH, *The Shareholder Primacy Norm*, in 23 *Journ. Corp. Law*, 1998, 277
- GOUVIN, *Bringing out the Big Guns: The USA Patriot Act, Money Laundering, and the War on Terrorism*, in 55 *Baylor Law Rev.*, 2003, 955
- GRADY, *Income Tax Treaty Shopping: An Overview of Prevention Techniques*, in 5 *Northwestern Journal of Int'l Law & Bus.*, 1983/1984, 626
- GRANDINETTI, RULLANI, *Impresa transnazionale ed economia globale*, Roma, 1996
- GRANDY, *New Jersey and the Fiscal Origin of Modern American Corporation Law*, New York/London, 1993
- GRANT, *A Practical Treatise on the Law of Corporations: as well Aggregate as Sole*, London, 1850
- GRASSANI, *Poison Pill: le scalate ostili negli U.S.A.*, in *Contr. e impr.*, 1993, 770, 772.
- GREEN, *Shareholders and Stakeholders: Changing Metaphors of Corporate Governance*, in 50 *Washington & Lee Law Rev.*, 1993, 1409
- GREWLICH, *Transnational Enterprises in a New International System*, Rockville, 1980
- GRIFFIN, CALABRESE, *Coping with Extraterritoriality Disputes*, in 22 *Journ. World Trade Law*, 1988, 5
- GUTTERMAN, *International Joint Ventures. Negotiation, Formation and Operation*, Playhouse Yard, 1997
- GUZMAN, *International Bankruptcy: In Defense of Universalism*, in 98 *Michigan Law Rev.*, 1999/2000, 2177
- HADARI, *The Structure of the Private Multinational Enterprise*, in 71 *Michigan Law Rev.*, 1973, 729
- HADDEN, *Company Law and Capitalism*, London, 1972

- HALL, *The Foreign Corrupt Practice Act: A Competitive Disadvantage, But For How Long*, in 2 *Tulane Journ. Int'l & Comp. Law*, 1994, 289
- HALPERN, M. TREBILCOCK, S. TURNBULL, *An Economic Analysis of Limited Liability in Corporation Law*, in 30 *Univ. Toronto Law Journ.*, 1980, 117
- HAMILTON, *The Law of Corporations*, St. Paul (Minn.), 2000
- HANDL, LUTZ (eds.), *Transferring Hazardous Technologies and Substances. The International Legal Challenge*, London/ Dordrecht/Boston, 1989
- HANSEN, ARANDA, *An Emerging International Framework for Transnational Corporations*, in 14 *Fordham Int'l Law Journ.*, 1991, 881
- HANSMANN, KRAAKMAN, *A Procedural Focus on Unlimited Shareholder Liability*, in 106 *Harvard Law Rev.*, 1992, 446
- HANSMANN, KRAAKMAN, *The Essential Role of Organizational Law*, in 110 *Yale Law Journ.*, 2000/2001, 387, trad. it. *Il ruolo essenziale dell'organizational law*, in *Riv. soc.*, 2001, 21
- HANSMANN, KRAAKMAN, *Toward Unlimited Liability for Corporate Torts*, in 100 *Yale Law Journ.*, 1991, 1879
- HARDIN, *The Tragedy of Commons*, ora in J. COLEMAN (ed.), *Readings in the Philosophy of Law*, New York/London, 1999
- HARRISON, *Law and Economics*, St. Paul (Minn.), 2002
- HARRISON, *Law and Economics*², St. Paul (Minn.), 2000
- HAUG, *The United States Policy of Stringent Anti-Treaty-Shopping Provisions: A Comparative Analysis*, in 29 *Vanderbilt Journ. Transnat'l Law*, 1996, 191
- HAWKINSON, *Methyl Isocyanate: Its Physical, Chemical, and Toxicological Properties*, Davis, 1985
- HAWKINSON, *The Cyanide Controversy: A Toxicological Report on the Bhopal Gas Disaster*, Davis, 1985
- HAYES, *Forum Non Conveniens in England, Australia and Japan: The Allocation of Jurisdiction in Transnational Litigation*, in 26 *Univ. of British Columbia Law Rev.*, 1992, 41
- HEATH, NORMAN, *Stakeholder Theory, Corporate Governance and Public Management: What can the History of State-Run Enterprises Teach us in the Post-Enron Era?*, in 53 *Journ. of Business Ethics*, 2004, 247
- HEFENDEHL, *Enron, WorldCom und die Folgen: das Wirtschaftsstrafrecht zwischen kriminalpolitischen Erwartungen und dogmatischen Erfordernissen*, in 59 *Juristenzeitung*, 2004, 18
- HENN, ALEXANDER, *Laws of Corporations and other Business Enterprises*, St. Paul (Minn.), 1983
- HERTIG, *Regulatory Competition for EU Financial Services*, in 3 *Journ. Int'l Econ. Law*, 2000, 349
- HESS, *The Banco Ambrosiano Collapse and the Luxury of National Lenders of Last Resort with International Responsibilities*, in 22 *N.Y. Univ. Journ. Int. Law & Pol.*, 1990, 181
- HEWITT, *The Cost of Terrorism: a Cross-National Study of Six Countries*, in 11 *Terrorism*, 1988, n. 3
- HIGGINS, *Aspects of the Case Concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Ltd*, in 11 *Virginia Journ. Int'l Law*, 1970/1971, 327
- HILFERDING, *Il capitale finanziario*, Milano, 1976
- HINDLEY, *Separation of Ownership and Control in the Modern Corporation*, in 13 *Journ. Law Econ.*, 1970, 185
- HIRSCH, *Law and Economics. An Introductory Analysis*, San Diego, 1999
- HOFFMAN, *Al Qaeda, Trends in Terrorism, and Futures Potentialities: An Assessment*, in 27 *Studies in Conflicts & Terrorism*, 2004, 413

- HOFFMEYER, *Ocean Dumping Provisions of the Convention on the Law of the Sea*, in 11 *Brooklyn Journ. Int'l Law*, 1985, 355
- HOFSTETTER, *Multinational Enterprise Parent Liability: Efficient Legal Regimes in a World Market Environment*, in 15 *North Carolina Journ. Int'l Law & Comm. Reg.*, 1990, 299
- HOLDSWORTH, *English Corporation Law in the 16th and 17th Centuries*, in 31 *Yale Law Journ.*, 1922, 382
- HOOVER, *Corporations - Piercing the Corporate Veil in Tort*, in 22 *Arkansas Law Rev.*, 1968-1969, 531
- HORCHANI, *Le droit international des investissements à l'heure de la mondialisation*, in *Journ. dr. int.*, 2004, 367
- HORN (ed.), *Legal Problems of Codes of Conduct for Multinational Enterprises*, Deventer/Antwerp/Boston/London/ Frankfurt, 1980
- HORNER, *International Cooperation and Understanding: What's New About The OECD's Transfer Pricing Guidelines*, in 50 *Univ. Miami Law Rev.*, 1996, 577
- HORNSTEIN, *Corporation Law and Practice*, St. Paul (Minn.), 1959
- HOROWITZ, *The Commerce Clause as a Limitation on State Choice-of-Law Doctrine*, in 84 *Harvard Law Rev.*, 1971, 806
- HORWITZ, *The Transformation of American Law 1870-1960. The Crisis of Legal Orthodoxy*, New York/Oxford, 1992
- HOVANESIAN, *Post Torrey Canyon: Toward a New Solution to the Problem of Traumatic Oil Spillage*, in 2 *Connecticut Law Rev.*, 1969/1970, 632
- HUBER, *La lotta alla corruzione in prospettiva sopranazionale*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2001/2002, 483
- HUFBAUER, MITROKOSTAS, *Awakening Monster: The Alien Tort Statute of 1789*, Washington, 2003
- HUIPING, *OECD's Multilateral Agreement on Investment. A Chinese Perspective*, The Hague/London/New York, 2002, 17
- HULL, *Problems in the Regulation of Tender Offers: The Williams Act, State Takeover Statutes, and SEC Rules*, in 13 *TULSA Law Journ.*, 1977/1978, 552
- HUNTER, *The Ocean Dumping Convention. A Hopeful Beginning*, in 10 *San Diego Law Rev.*, 1972/1973, 502
- HYMER, *L'impresa multinazionale*, Torino, 1974
- HYMER, *The Multinational Corporation and the Law of Uneven Development*, in J. BHAGWATI (ed.), *Economics and World Order from the 1970's to the 1990's*, New York, 1972, 113 , 117
- IMPERT, *A Program for Compliance with the Foreign Corrupt Practices Act and Foreign Law Restrictions on the Use of Sales Agents*, in 24 *Int'l Lawyer*, 1990, 1009
- INZITARI, *Le new properties nella società post-industriale*, in *Dalle res alle new properties*, cit., 53
- IPPOLITO, *Economics for Lawyers*, Princeton/Oxford, 2005
- IRTI, *Due temi di governo societario (responsabilità «amministrativa» - codici di autodisciplina)*, in *Giur. comm.*, 2003, I, 693
- IRTI, *Le categorie giuridiche della globalizzazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 625
- IRTI, *Norma e luoghi. Problemi di geodiritto*, Roma, 2001.
- ISHAM, *UNCITRAL's Model Law on Cross-Border insolvency: A Workable Protection for Transnational Investment at Law*, in 26 *Brooklyn Journ. Int'l Law*, 2001, 1177
- IVALDI, *Danni all'ambiente marino e diritto internazionale*, in *Dir. mar.*, 1994, 979
- JACKSON, *Corporations - Piercing the Corporate Veil*, in 23 *Southwestern Law Journ.*, 1969, 384

- JANIS, *The Doctrine of Forum Non Conveniens and the Bhopal Case*, in 34 *Netherlands Int'l Law Rev.*, 1987, 192
- JASANOFF (ed.), *Learning from Disaster. Risk Management After Bhopal*, Philadelphia, 1994
- JENSEN, MECKLING, *The Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure*, in 3 *Journ. Fin. Econ.*, 1976, 305
- JENSEN, RUBACK, *The Market for Corporate Control: The Scientific Evidence*, in 11 *Journ. Fin. Econ.*, 1983, 5
- JONAS, *Appropriate Law and Forum to Govern International Franchise Agreements*, in 6 *Tolley's Journ. of Int'l Franchising and Distribution Law*, 1991, 2
- JONES, *A Corporation as "A Distinct Entity"*, in 2 *Counsellor*, 1892, 78
- JONES, *Multinationals and Global Capitalism from the Nineteenth to the Twenty-first Century*, Oxford, 2004, 22.
- JONES, POWLES, *International Criminal Practice*, Ardsley NY/Oxford, 2003
- JONES, SMITH, WEEDING, *Looking for the Pattern: Al Qaeda in Southeast Asia – The Genealogy of a Terror Network*, in 27 *Studies in Conflicts & Terrorism*, 2004, 443
- JONES, *The Institutional Determinants of Social Responsibility*, in 20 *Journ. of Business Ethics*, 1999, 163
- JUDA, *IMCO and the Regulation of Ocean Pollution from Ships*, in 26 *Int'l & Comp. Law Quart.*, 1977, 558
- JUILLARD, *Les conventions bilatérales d'investissement conclues par la France*, in 106 *Journ. dr. int.*, 1979, 274
- KAHAN, KAMAR, *The Myth of State Competition in Corporate Law*, in 55 *Stanford Law Rev.*, 2002, 679
- KAMMINGA, ZIA-ZARIFI (eds.), *Liability of Multinational Corporations Under International Law*, Boston, 2000
- KANTOR, *The War on Terrorism and The End of Banking Neutrality*, in *Banking Law Journ.*, 2001, 891
- KAPLAN, *Compensating Damage Arising from Global Nuclear Accidents: The Chernobyl Situation*, in 10 *Loyola L.A. Int'l & Comp. Law Journ.*, 1988, 241
- KAPUR, *From Human Tragedy to Human Rights: Multinational Corporate Accountability for Human Rights Violations*, in 10 *Boston Coll. Third World Law Journ.*, 1990, 1
- KARAYANNI, *Forum Non Conveniens in the Modern Age*, Ardsley (N.Y.), 2004
- KARAYANNIS, *L'abus de droit découlant de l'ordre juridique communautaire à propos de l'arrêt C-367/96 Alexandros Kefalas E.A./Elliniko Dimosio (État Hellénique)*, in *Cahiers dr. eur.*, 521
- KARGADOS, *Rules for Declining to Exercise Jurisdiction on Civil and Commercial Matters in Greece: forum non conveniens and foreign choice of jurisdiction clauses*, in 47 *Revue hellénique de dr. int.*, 1994, 161
- KARIN, *Rereading Trail Smelter*, in 31 *Canadian Yearb. Int'l Law*, 1993, 213
- KASTENBERG, *Enforcing Internationally Recognized Human Rights Violations under the Alien Tort Claims Act: An Analysis of the Ninth Circuit's Decision in Doe v. Unocal Corp.*, in 1 *Pierce Law Rev.*, 2002-03, 133
- KAUFMAN, *Ocean Dumping: The Tragedy of the Commons Continues*, in 3 *Journ. of Law & Env.*, 1987, 19
- KENNEDY, *The Automatic Stay in Bankruptcy*, in 11 *Univ. Michigan Journ. Law Reform*, 1978, 177
- KERLEY, GOODMAN, *The Gut Dam Claims – A Lump Sum Settlement Disposes of an Arbitrated Dispute*, in 10 *Virginia Journ. Int'l Law*, 1969/1970, 300

- KETTLEWELL, *The Answer to Global Pollution: A Critical Examination of the Problema and Potential of the Polluter-Pays Principle*, in 3 *Colorado Journ. Int'l Envtl. Law & Policy*, 1992, 429
- KINDLER, *Aspetti essenziali di un futuro regolamento comunitario sulla legge applicabile alle società*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2006, 657
- KING, *The UN Global Compact: Responsibility for Human Rights, Labor Relations, and the Enviroment in Developing Nations*, in 34 *Cornell Int'l Law Journ.*, 2001, 481
- KIPP, *Piercing the Veil of the Amoco Cadiz Decision: Judge Posner's Jurisdictional Analysis Runs Aground*, in 38 *De Paul Law Rev.*, 1988, 703
- KIRTON, TREBILCOCK, *Hard Choices, Soft Law: Voluntary Standards in Global Trade, Environment and Social Governance*, Ashgate, 2004, 189
- KISS, *L'affaire de l'«Amoco Cadiz»: responsabilité pour une catastrophe écologique*, in *Journ. dr. int.*, 1985, 575
- KOENIG-ARCHIBUGI, *Il governo dei processi globali: attori e istituzioni della global governance*, in *Teoria pol.*, 2003, 137
- KOHN, *Alternative Methods of Piercing the Corporate Veil in Contract and Tort Cases*, in 48 *Boston Univ. Law Rev.*, 1968, 123
- KOJANEC, *Equilibre écologique et pollution de la mer données d'une reglementation internationale*, in *Com. int.*, 1971, 384
- KOLASKY, *GE/Honeywell: Continuing the Transatlantic Dialog*, in 23 *Univ. Pennsylvania Journ. Int'l Econ. Law*, 2002, p. 513
- KOLLY, *The Right of Association: Enforcing International Labor Rights of Undocumented Workers via the Alien Tort Claims Act*, in 23 *St. Louis Univ. Publ. Law Rev.*, 2004, 669
- KÖNZ, *The 1962 Brussels Convention on the Liability of Operators of Nuclear Ships*, in 57 *Am. Journ. Int'l Law*, 1963, 100
- KOZYRIS, *Some Observation on State Regulation of Multistate Takeovers – Controlling Choice of Law trough the Commerce Clause*, in 14 *Delaware Journ. Cor Law*, 1989, 499
- KRAFFT, *Bilateral Foreign Investment Agreements*, in D. DICKE (ed.), *Foreign Investment in The Present*, cit., 96
- KRAUSE, *The International Economic System and the Multinational Corporation*, in 403 *Annals of American Academy of Political and Social Science*, 1972, 93
- KREUZER, *Environmental Disturbance and Damage in the Context of Private International Law*, in *Rev. esp. der. int.*, 1992, 57
- KRIER, *The Tragedy of Commons, Part Two*, in 15 *Harvard Journ. Int'l Law & Pub. Pol'y*, 1992, 325
- KRISTENSEN, ZEITLIN, *Local Players in Global Games: The Strategic Constitution of a Multinational Corporation*, Oxford, 2005, 1
- KROGER, *Enron, Fraud, and Securities Reform: an Enron Prosecutor's Perspective*, in 76 *Univ. Colorado Law Rev.*, 2005, 57
- KRUGER, *Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Regard to Human Rights*, in 97 *Am. Journ. Int. Law*, 2003, 901
- KYD, *A Treatise on the Law of Corporations*, London, 1793/94, I, 1
- LABOVITZ, BASIL, *It's a Small World After All: A Survey of Recent Developments in US Bankruptcy Law and Their Potential Multinational Impact*, in 7 *Bus. Law Int'l*, 2006, 39
- LAMN, SMUTNY, *The Implementation of ICSID Arbitration Agreements*, in 11 *ICSID Rev./Foreign Investment Law Journ.*, 1996, 64
- LANGBEIN, POSNER, *Social Investing and the Law of Trusts*, in 79 *Michigan Law Rev.*, 1979/1980, 72

- LANSING, ROSARIA, *An Analysis of the United Nations Proposed Code of Conduct for Transnational Corporations*, in 14 *World Competition Law & Econ. Rev.*, 1990/1991, 35
- LAQUEUR, *Il nuovo terrorismo*, Milano, 2002
- LARSON, *Why Environmental Liability Regimes in the United States, the European Community and Japan Have Grown Synonymous with the Polluter Pays Principle*, in 38 *Vanderbilt Journ. Int'l Law*, 2005, 541
- LASHBROOKE, *The Foreign Corrupt Practices Act of 1977: A Unilateral Solution to an International Problem*, in 12 *Cornell Int'l Law Journ.*, 1979, 227 ss.
- LATTANZI, SCHABAS (eds.), *Essays on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Ripa di Fagnano Alto, 2004
- LAURENCE, *State of Hungarian Insolvency Law*, in 17 *N.Y. School Journ. Int'l & Com Law*, 1997, 495
- LAURIA, *Tutela degli interessi finanziari e lotta alla corruzione nell'Unione europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1999, 432
- LAVIEC, *Protection et promotion des investissements*, Paris, 1985
- LAVIEILLE, *Droit international de l'environnement*, Paris, 1998
- Le droit des relations économiques internationales. Études offerts à Berthold Goldman*, Paris, 1982, p. 281 ss., 296
- LEARY, "Fair and Equitable" Distribution of Voting Power under the Public Utility Holding Company Act of 1935, in 52 *Michigan Law Rev.*, 1953, 71
- LEBOEUF, *The Economics of Federalism and the Proper Scope of the Federal Commerce Power*, in 31 *San Diego Law Rev.*, 1994, 555
- LEBOULANGER, *Etat, politique et arbitrage. L'Affaire du Plateau des Pyramides*, in *Revue de l'arbitrage*, 1986, 3
- LEEBRON, *Limited Liability, Tort Victims and Creditors*, in 91 *Columbia Law Rev.*, 1991, 1565
- LEFREVRE D'OVIDIO, voce *Armatore ed esercente di nave e di aeromobile*, in *Enc. giur.*, II, Roma, 1988, 5
- LEGUM, *The Innovation of Investor-State Arbitration Under NAFTA*, in 43 *Harvard Int'l Law Journ.*, 2002, 531
- LESTER, *International Transfer Pricing: Unconventional Wisdom*, in 2 *ILSA Journ. Int'l & Com Law*, 1995, 283
- LICINI, *Gli obblighi antiriciclaggio posti a carico del notaio. Decreto Legislativo 20 febbraio 2004 n. 56. Commento*, in *Notariato*, 2004, 289
- LIEN, *Employer Beware. Enforcing Transnational Labor Standards in the United States under the Alien Tort Claims Act*, in 6 *Journ. of Small & Emerging Bus. Law*, 2002, 311
- LIKOSKY (ed.), *Transnational Legal Processes*, London, 2002
- LINDE, *Regulation of Transfer Pricing in Multinational Corporations: an International Perspective*, in 10 *New York Univ. Journ. of Int. Law & Politics*, 1978, 67
- LOPUCKI, *Courting Failure. How Competition for Big Cases Is Corrupting the Bankruptcy Courts*, Ann Arbor (Mich.), 2005
- LOPUCKI, *Global and Out of Control?*, in 79 *Am. Bankr. Law Journ.*, 2005, 79
- LOPUCKI, *The Death of Liability*, in 106 *Yale Law Journ.*, 1996, 1
- LOTTI, *L'ordine pubblico internazionale. La globalizzazione del diritto privato ed i limiti di operatività degli istituti giuridici di origine estera nell'ordinamento italiano*, Milano, 2005
- LOWELL, *Conflict of Laws as Applied to Assignments of Creditors*, in 1 *Harvard Law Rev.*, 1888, 259
- LUCCHINI, *La lutte contre la pollution des mers: évolution ou révolution du droit international*, in *Ann. fr. dr. int.*, 1978, 721

- LUPOI, *Conflitti transnazionali di giurisdizioni*, Milano, 2002, 54
- LUPOI, *Ultime notizie dalla House of Lords (novità nel diritto internazionale processuale inglese)*, in *Riv. dir. proc.*, 1999, 856
- LUPONE, *L'insolvenza transfrontaliera. Procedure concorsuali nello Stato e beni all'estero*, Padova, 1995
- LUTTER, *The Law of Groups of Companies in Europe. A Challenge for Jurisprudence*, in 1 *Forum intern.*, 1983
- LUTZ, *The Export of Hazard: A View from the Developed World*, in 20 *N.Y. Univ. Journ. Int'l Law & Pol.*, 1988, 603
- LUZZATTO, *Metodi di unificazione del diritto marittimo e interpretazione uniforme*, in *Dir. mar.*, 1999, 147
- M'GONIGLE, *Between Globalism and Territoriality: The Emergence of an International Constitution and The Challenge of Ecological Legitimacy*, in 15 *Canadian Journ. Law & Jurisprudence*, 2002, 159
- MACEY, *Efficient Capital Markets, Corporate Disclosure, and Enron*, in 89 *Cornell Law Rev.*, 2003/2004, 394
- MACHEN, *Corporate Personality*, in 24 *Harv. Law Rev.*, 1911, 253
- MAITLAND, *The Crown and Corporation*, in 17 *Law Quarterly Rev.*, 1901, 131
- MAJCHRZAK, *Corporate Chaos: Who Should Govern Internal Affairs?*, in 24 *T. Jefferson Law Rev.*, 2001/2002, 83
- MALAGUTI, *Crisi dei mercati finanziari e diritto internazionale*, Milano, 2003
- MALATESTA (a cura di), *The Unification of Choice of Law Rules on Torts and Other Non-Contractual Obligations in Europe*, Padova, 2006
- MALINTOPPI, *La lezione dell' "Amoco Cadiz": "cure now, pay later"*, in *Riv. dir. int.*, 1978, 422
- MANN, *The Protection of Shareholder's Interests in the Light of the Barcelona Traction Case*, in 67 *Am. Journ. Int'l Law*, 1973, 259
- MANNA, *La responsabilità delle persone giuridiche: il problema delle sanzioni*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1999, 919
- MANNE, *Mergers and the Market for Corporate Control*, in 73 *Journ. of Pol. Ec.*, 1965, 110
- MARENCO, *Asbesto sudafricano e giurisdizione inglese: forum non conveniens, gratuito patrocinio, group actions (Nota a sent. House of Lords, 20 luglio 2000)*, in *Int'l Lis*, 2002, 73
- MARGOLIS, *The Hydrogen Bomb Experiments and International Law*, in 64 *Yale Law Journ.*, 1955, 629
- MARI, *Il diritto processuale civile della Convenzione di Bruxelles*, Padova, 1999
- MARI, *Le imprese internazionali*, Milano, 1984
- MARK, *The Legal History of Corporate Scandal: Some Observations on the Ancestry and Significance of the Enron Era*, in 35 *Connecticut Law Rev.*, 2003, 1073
- MARKEL, *Are Shaming Punishments Beautifully Retributive: Retributivism and the Implications for the Alternative Sanctions Debate*, in 54 *Vanderbilt Law Rev.*, 2001, 2157
- MARONGIU BONAIUTI, *Forum non conveniens e art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. dir. int.*, 2001, 420
- MARPLES, *The Social Impact of Chernobyl Disaster*, New York, 1988
- MARQUETTE, *Les procédures d'insolvabilité extracommunautaires*, in *Journ. dr. int.*, 2006, 511
- MARRELLA, *La nuova lex mercatoria. Principi UNIDROIT ed usi dei contratti del commercio internazionale*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. Galgano, XXXIII, Padova, 2003
- MASI (), voce *Impresa multinazionale*, in *Enc. dir. (agg.)*, VI, 508

- MATHESON, EBY, *The Doctrine of Piercing the Veil in an Era of Multiple Limited Liability Entities: An Opportunity to Codify the Test For Waiving Owners' Limited-Liability Protection*, in 75 *Washington Law Rev.*, 2000, 147
- MATTEI, *Tutela inibitoria e tutela risarcitoria. Contributo alla teoria dei diritti sui beni*, Milano, 1987
- MAUGERI, *Il Regolamento n. 2988/95: un modello di disciplina del potere punitivo comunitario. II. I principi fondamentali delle sanzioni comunitarie*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1999, 929
- MAURER, *The Federal Sentencing Guidelines for Organizations: How Do They Work and What Are They Supposed to Do?*, in 18 *Univ. Dayton Law Rev.*, 1992/1993, 799
- MAURO, *Gli accordi bilaterali sulla promozione e la protezione degli investimenti*, Torino, 2003
- MAURO, *Nuove questioni in tema di arbitrato tra Stato e investitore straniero nella recente giurisprudenza dei tribunali dell'ICSID*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2006, 66
- MEINERS, MOFSKY, TOLLISON, *Piercing the Veil of Limited Liability*, in 4 *Delaware Journ. Corp. Law*, 1978/79, 352
- MEINERS, MOFSKY, TOLLISON, *Piercing the Veil of Limited Liability*, in 4 *Delaware Journ. Corp. Law*, 1978-1979, 351
- MELI, *Le origini del principio «chi inquina paga» e il suo accoglimento da parte della Comunità europea*, in *Riv. giur. amb.*, 1989, 218
- MENON, *Documents and Court Opinions on Bhopal Gas Leak Disaster Case for Course on Tort II (Industrial and Mass Torts)*, Bangalore, 1991
- MERCIAI, *The Euro-Siberian Gas Pipeline Dispute – A Compelling Case for the Adoption of Jurisdictional Codes of Conduct*, in 8 *Maryland Journ. Int'l Law & Trade*, 1984, 1
- MIGLIORINO, *Gli accordi internazionali sugli investimenti*, Milano, 1989
- MIGNOLI, *La società per azioni oggi. Problemi e conflitti*, in *Riv. soc.*, 1990, 1, 1.
- MIOLA, *Lo statuto di Società europea nel diritto societario comunitario: dall'armonizzazione alla concorrenza tra ordinamenti*, in *Riv. soc.*, 2003, 322
- MITCHELL, *Corporate Irresponsibility. America's Newest Export*, New Haven, 2001
- MITCHELL, *Private Law, Public Interest?: The ALI Principles of Corporate Governance*, in 61 *George Washington Law Rev.*, 1993, 871
- MITU GULATI, KLEIN, ZOLT, *Connected Contracts*, in 47 *UCLA Law Rev.*, 2000, 887
- MOISE, *La Convention de Bâle sur les mouvements transfrontières de déchets dangereux (22 mai 1989)*, in *Revue gén. dr. int. public*, 1989, 899
- MOLLOY, *Application of the Anti-Trust Laws to Extra-Territorial Conspiracies*, in 49 *Yale Law Journ.*, 1940, 1312
- MONATERI, *Competizione fra ordinamenti: il sistema degli investimenti globali*, in A. ZOPPINI (a cura di), *La concorrenza*, cit., 149
- MONKS, MINOW, *Power and Accountability*, New York, 1991
- MONTALENTI, *La società quotata*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da G. Cottino, IV, Padova, 2004
- MOORE, *Taming the Giant Corporation? Some Cautionary Remarks on the Deterrability of Corporate Crime*, in 33 *Crime and Delinquency*, 1987, 379
- MORAWETZ, *A Treatise on the Law of Private Corporations*, Boston, 1886, I, 24
- MORGERA, *From Stockholm to Johannesburg: From Corporate Responsibility to Corporate Accountability for the Global Protection of the Environment?*, in 13 *Rev. Eur. Comm. & Int'l Envtl Law* 2004, 214
- MORIGI, *Multinazionali del terrore*, Casale Monferrato, 2004

- MORISSEAU, *Seen but Not Heard: Child Soldiers Suing Gun Manufacturers under the Alien Tort Claims Act*, in 89 *Cornell Law Rev.*, 2003-04, 1263
- MORO VISCONTI, *Le holding: bilancio, struttura finanziaria, fiscalità e valutazioni. Tipologie di società holding*, Milano, 2004
- MORSE, *Not In The Public Interest? Lubbe v. Cape PLC*, in 37 *Texas Int'l Law Journ.*, 2002, 541
- MOSSA, *Il diritto azionario delle imprese dominanti*, in *Nuova riv. dir. comm.*, 1956, 127
- MUCHLINSKI, *Corporations in International Litigation: Problems of Jurisdiction and the United Kingdom Asbestos Cases*, in 50 *Int'l & Comp. Law Quart.*, 2001, 1
- MUCHLINSKI, *Enron and Beyond: Multinational Corporate Groups and the Internationalization of Governance and Disclosure Regimes*, in 37 *Connecticut Law Rev.*, 2004/2005, 725
- MUCHLINSKI, *Multinational Enterprises and the Law*, Oxford/Malden (Ma), 1995, 62.
- MUIR WATT, *Aspects économiques du droit international privé (Reflexions sur l'impact de la globalisation économique sur les fondements des conflits de lois et de juridictions)*, in 307 *Recueil des Cours*, 2004, 25
- MUIR WATT, *Yahoo! Cyber-Collision of Cultures: Who Regulates?*, in 24 *Michigan Journ. Int'l Law*, 2003, 673
- MURPHY, *Moderating Antitrust Subject Matter Jurisdiction: The Foreign Trade Antitrust Improvements Act and the Restatement of Foreign Relations Law (Revised)*, in 54 *Univ. Cincinnati Law Rev.*, 1986, 779
- MURPHY, *Prospective Liability Regimes for the Transboundary Movement of Hazardous Wastes*, in 88 *Am. Journ. Int'l Law*, 1994, 24
- MUSSO, *Il controllo societario mediante «particolari vincoli contrattuali»*, in *Contr. e impr.*, 1995, 19
- MUSSO, *Licenze di proprietà industriale e clausole di dominazione: alcuni recenti sviluppi sul controllo «contrattuale»*, in *Contr. e impr.*, 1999, 351
- N. CHOMSKY, *Sulla nostra pelle. Mercato globale o movimento globale?*, Milano, 1999
- NANDA, *The Torrey Canyon Disaster: Some Legal Aspects*, in 44 *Denver Law Journ.*, 1967, 400
- NAPOLEONI, *La nuova economia del terrorismo*, Milano, 2004
- NELLI FEROCI, *Società multinazionali: verso un codice di condotta*, in *Com. int.*, 1978, 356
- NESBITT, QUINLAN, *The Status and Operation of Unilateral or Optional Arbitration Clauses*, in 22 *Arb. Int'l*, 2006, 133
- NESPOR, *La globalizzazione danneggia l'ambiente?*, in *Riv. giur. amb.*, 2002, 1
- NEWMAN (ed.), *The New Palgrave Dictionary of Economics and The Law*, London/New York, 1998, vol. II
- NICITA, PARDOLESI, RIZZOLLI, *Le opzioni nel mercato delle regole*, in via di pubblicazione in *Concorrenza mercato regole*, 2006
- NOLAN-HALEY, *Alternative Dispute Resolution*, St. Paul (Minn.), 1992
- NOONAN, *To Pierce Or Not to Pierce. When Is the Question. Developing a Federal Rule of Decision for Piercing the Corporate Veil under CERCLA*, in 68 *Wash. Univ. Law Quart.*, 1990, 733
- NORTON, SHAMS, *Money Laundering and Terrorist Financing: : Post-September 11 Responses - Let Us Step Back and Take a Deep Breath*, in 36 *Int'l Lawyer*, 2002, 103
- Nota, *Piercing the Corporate Law Veil: The Alter Ego Doctrine under Federal Common Law*, in 95 *Harvard Law Rev.*, 1981/82, 853
- Note, *Constitutional Rights of the Corporate Person*, in 91 *Yale Law Journ.*, 1982, 1641
- Note, *Enforcement of International Human Rights in the Federal Courts after Filartiga v. Pena-Irala*, in 67 *Virginia Law Rev.*, 1981, 1379

- Note, *Federal Jurisdiction, Human Rights, and the Law of Nations: Essays on Filartiga v. Pena-Irala*, in 11 *Georgia Journ. Int. & Comp. Law*, 1981, 305
- Note, *The Alien Tort Statute: Implications of Filartiga v. Pena-Irala*, in 15 *Georgia Law Rev.*, 1980, 504
- Note, *The Clean Air Act – An Overview*, in 4 *Ecology Law Quart.*, 1974/1975, 591
- NOURISSAT, TREPPOZ, *Quelques observations sur l'avant-projet de proposition de règlement du Conseil sur la loi applicable aux obligations non contractuelles*, in *Journ. dr. int.*, 2003, 7
- NUYTS, *L'exception de forum non conveniens. Études de droit international privé comparé*, Bruxelles/Paris, 2003
- ODIER, *La Convention sur la responsabilité et l'indemnisation pour les dommages liés au transport par mer de substances nocives et potentiellement dangereuses (Convention HNS)*, in *Ann. dr. de la mer*, 1997, 93
- OECD NUCLEAR ENERGY AGENCY, *Nuclear Accidents. Liabilities and Guarantees. Proceedings of the Helsinki Symposium, 31 August – 3 September 1992*, Paris, 1993
- OLIVER, *The Andean Foreign Investment Code: A New Phase in the Quest for Normative Order as to Direct Investment*, in 66 *Am. Journ. Int'l Law*, 1972, 763
- OPPETTIT, *Le paradoxe de la corruption à l'épreuve du droit du commerce international*, in *Journ. dr. int.*, 1987, 5
- ORLANDI, *Autonomia privata e Autorità indipendenti*, in *Riv. dir. priv.*, 2003, 271
- OSBORN, *Renegotiating of the United States-British Virgin Islands Tax Convention: Prelude to the End of Treaty Shopping*, in 22 *Virginia Journ. Int'l Law*, 1981/1982, 381
- OSTRANDER, *The Public Utility Holding Company Act*, in 12 *Journ. Land & Public Util. Econ.*, 1936, 49
- OWEN, *The Corporation under Russian Law, 1800-1917: a Study in Tzarist Economic Policy*, New York, 1991
- PACCES, *La disciplina europea dei servizi finanziari al dettaglio. Prospettive di armonizzazione e di concorrenza tra ordinamenti nella tutela del consumatore*, Roma, 2003
- PAGANI, *La revisione delle Linee Guida per le multinazionali dell'OCSE*, in *Dir. comm. int.*, 2000, 967
- PAGNATTARO, *Enforcing International Labor Standards: The Potential of the Alien Tort Claims Act*, in 37 *Vanderbilt Journ. Transn'l Law*, 2004, 203
- PALIERO, *Il d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231: da ora in poi, societas delinquere (et puniri) potest*, in *Corr. giur.*, 2001, 845
- PALOMBINO, *Il significato del principio «chi inquina paga» nel diritto internazionale*, in *Riv. giur. amb.*, 2003, 871, 880.
- PANZERA, voce *Terrorismo internazionale*, in *Enc. dir.*, XLIV, Milano, 1992, 370
- PARDOLESI, MOTTI, *L'informazione come bene*, in G. DE NOVA, B. INZITARI, G. TREMONTI, G. VISENTINI (a cura di), *Dalle res alle new properties*, Milano, 1991, 37
- PARISI, *Il riciclaggio di denaro "sporco" fra cooperazione intergovernativa e attività istituzionale dell'Unione europea*, in *Jus*, 1999, 443
- PARLEANI, *Note sous CJCE, 9 mars 1999 etc.*, in *Revue des sociétés*, 1999, 386
- PASQUALI, *Norme materiali e norme di conflitto uniformi in tema di responsabilità individuale nel Protocollo alla Convenzione di Basilea del 1989 sui movimenti transfrontalieri di rifiuti pericolosi*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2002, 51
- PATRONI GRIFFI, *Governo e responsabilità nei gruppi d'impresa*, Zürich, 2000
- PAULSSON (E.), *Continuous Nationality in Loewen*, in 20 *Arb. Int'l*, 2004, 213
- PAULSSON (J.), *Arbitration Without Privity*, in 10 *ICSID Rev.*, 1995, 232

- PAULSSON (J.), *Arbitration Without Privity*, in T.W. WÄLDE (ed.), *The Energy Charter Treaty. An East-West Gateway for Investment and Trade*, London/The Hague/Boston, 1996, 422
- PAUST, *Human Rights Responsibilities of Private Corporations*, in 35 *Vanderbilt Journ. Transn. Law*, 2002, 801
- PELISSERO, *La responsabilizzazione degli enti alla ricerca di un difficile equilibrio tra modelli "punitivi" e prospettive di efficienza*, in *Legislaz. pen.*, 2003, 363
- PEPPER, *Counseling at the Limits of the Law: An Exercise in the Jurisprudence and Ethics of Lawyering*, in 104 *Yale Law Journ.*, 1995, 1545
- PERKINS, *A Defense of Pure Universalism in Cross-Border Corporate Insolvencies*, in 32 *N.Y. Univ. Journ. Int'l Law & Pol.*, 1999/2000, 787
- PERRINI, *I contratti di swap nella recente giurisprudenza arbitrale*, in *Dir. comm. int.*, 1999, 63
- PERRONE, *Dalla libertà di stabilimento alla competizione tra ordinamenti? Riflessioni sul «caso Centros»*, in *Riv. soc.*, 2001, 1292
- PERSANO, *Il caso Eurofood, ovvero la contestuale apertura di due procedure principali di insolvenza nello spazio giudiziario europeo*, in *Fall.*, 2004, 1268
- PETERS, *Dispute Settlement Arrangements in Investment Treaties*, in 22 *Netherlands Yearb. Int. Law*, 1991, 91
- PETERSON, *Political Realism and the Judicial Imposition of International Secondary Sanctions: Possibilities from John Doe v Unocal and the Alien Tort Claims Act*, in 5 *Univ. Chicago Law School Roundtable*, 1998, 277
- PETERSON, *Political Realism and the Judicial Imposition of International Secondary Sanctions: Possibilities from John Doe v. Unocal and the Alien Tort Claims Act*, in 5 *Univ. Chicago Law School Roundtable*, 1998, 277
- PHILLIPS, *Ricchezza e democrazia. Una storia politica del capitalismo americano*, Milano, 2005
- PICARD, *La Convention sur la responsabilité civile dans la domaine de l'énergie nucléaire*, in *Journ. dr. int.*, 1962, 344
- PICONE (a cura di), *Diritto internazionale privato e diritto comunitario*, Padova, 2004
- PIETH (ed.), *Financing Terrorism*, Dordrecht/London/Boston, 2002
- PINESCHI (a cura di), *La tutela internazionale dei diritti umani. Norme, garanzie, prassi*, Milano, 2006
- PINILLA, *Corporate Liability for Human Rights Violations on Foreign Soil: A Historical and Prospective Analysis of the Alien Tort Claims Controversy*, in 16 *St. Thomas Law Rev.*, 2003/2004, 687
- PINTO, EVANS, *Corporate Criminal Liability*, London, 2003
- PISANI, *Criminalità organizzata e cooperazione internazionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, 703
- PISTOL, KEINAN, KLEINHEISTERKAMP, WEST, *Innovation in Corporate Law*, in 31 *Journ. Com Ec.*, 2003, 676, 678
- PLASSCHAERT, *Transnational Corporations: Transfer Pricing and Taxation*, London, 1994
- POLINSKY, GARVEY, *Can Shaming Punishment Educate?*, in 65 *Univ. Chicago Law Rev.*, 1998, 733
- POLITIS, *Money Laundering, Terrorism Financing and Financial Networks*, in 1 *Isr. Def. Forces Law Rev.*, 2003, 211
- POMMIER, *Principe d'autonomie et loi du contrat en droit international privé conventionnel*, Paris, 1992
- POPE, *Transnational Corporations – The United Nations Code of Conduct*, in 5 *Brooklyn Journ. Int'l Law*, 1979, 129
- PORRO, *Ampliamento della disciplina giuridica della cooperazione economica internazionale e riflessi sulla sovranità statale*, Torino, 2000
- PORTALE, *Capitale sociale e società per azioni sottocapitalizzata*, in *Riv. soc.*, 1991, 3

- POSNER, *Catastrophe. Risk and Response*, Oxford, 2004
- POSNER, *Economic Analysis of Law*,⁵ New York, 1997
- POSNER, *Economic Analysis of Law*⁴, Toronto/Boston/London, 1992
- POSNER, *The Rights of Creditors of Affiliate Corporations*, in 43 *Univ. Chicago Law Rev.*, 1986, 499
- PRICE, *Tort Creditor Superpriority and Other Proposed Solutions to Corporate Limited Liability and the Problem of Externalities*, in 2 *George Mason Law Rev.*, 1994-95, 439
- PRIEST, *The New Legal Structure of Risk Control*, in 119 *Daedalus*, 1990, 207
- PRIMOFF, *International Regulation of Multinational Corporations and Business. The United Nations Takes Aim*, in 11 *Journ. Int. Law & Econ.*, 1976/77, 287
- PROTO, *I conglomerati finanziari*, Torino, 2002
- PROULX, *Il libro nero delle multinazionali americane*, Roma, 2005
- QUADRI (R.), *La sudditanza nel diritto internazionale*, Padova, 1936
- RAGUSA MAGGIORE, *Aspetti particolari della tutela del socio nel «Konzern»*, in *Riv. soc.*, 1970, 675
- RAISER, *Il compito del diritto privato*, Milano, 1990, 261
- RAMBAUD, *L'affaire « des Pyramides »*, in 31 *Ann. fr. dr. int.*, 1985, 508
- RAMICCIA, *L'ordinamento fiscale europeo: alcune riflessioni sul problema della concorrenza fiscale*, in *Studi econ. e soc.*, 2004, 75
- RAMSEY, *Multinational Corporate Liability Under the Alien Tort Claims Act: Some Structural Concerns*, in 24 *Hastings Int. & Comp. Law Rev.*, 2000, 361
- RAPHAELI, *Financing of Terrorism: Sources, Methods and Channels*, in 15 *Terrorism and Political Violence*, 2003, 4, 59
- RAPOPORT, BAIRD, *Enron: Corporate Fiascos and their Implications*, New York, 2004
- RAPOPORT, *Enron, Titanic and the Perfect Storm*, in 71 *Fordham Law Rev.*, 2003, 1373
- RASSMUSSEN, *A New Approach to Transnational Insolvencies*, in 19 *Michigan Journ. Int'l Law*, 1997, 1
- RATNER, *Corporations and Human Rights: A Theory of Responsibility*, in 111 *Yale Law Journ.*, 2001, 443
- RAVENNA, *Trasparenza: il presupposto per una gestione più consapevole*, in *Trasparenza e informazione societaria per l'efficienza del mercato finanziario*. Atti della Giornata di Studio organizzata dall'Assogestioni, Milano 6 luglio 1994, Roma, 1995, 19
- RAYMOND, *A New Look at the Jurisdiction in ALCOA*, in 61 *Am. Journ. Int'l Law*, 1967, 558
- RAYMOND, *The Genesis of the Corporation*, in 16 *Harvard Law Rev.*, 1906, 791
- READ, *The Trail Smelter Dispute*, in 1 *Canadian Yearb. Int'l Law*, 1963, 213
- REESE, KAUFMAN, *The Law Governing Corporate Internal Affairs: Choice of Law and the Impact of Full Faith and Credit*, in 58 *Columbia Law Rev.*, 1958, 1118
- REINHOLD, *What is Tax Treaty Abuse (Is Treaty Shopping an Outdated Concept)*, in 53 *Tax Lawyer*, 1999/2000, 663, 675
- REITH, *Jurisdiction over Parent Corporations*, in 51 *California Law Rev.*, 1963, 574
- RENZI, *GE/Honeywell Merger: Catalyst in the Transnational Conglomerate Merger Debate*, in 37 *New Eng. Law Rev.*, 2002/2003, 109
- RESCIGNO, *La persona giuridica «unico azionista» (note attorno all'art. 2362 c.c.)*, in *Banca borsa e tit. cred.*, 1971, I, 479
- RESCIGNO, *Note sulla atipicità contrattuale (a proposito di integrazione dei mercati e nuovi contratti di impresa)*, in *Contr. e impr.*, 1990, 43

- RICE, *Doe v. Unocal Corporation: Corporate Liability for International Human Rights Violations*, in 33 *Univ. of San Francisco Law Rev.*, 1998-99, 153
- RICHTER, *Holding Corporations Accountable. Corporate Conduct, International Codes, and Citizen Action*, London/New York, 2001
- RICKARD, *Filartiga v. Pena-Irala: A New Forum for Violations of International Human Rights*, in 30 *Am. Univ. Law Rev.*, 1980-81, 807
- RINGLEB, WIGGINS, *Liability and Large-Scale, Long-Term Hazards*, in 98 *Journ. Pol. Econ.*, 1990, 574
- ROBERTI, *La responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni prive di personalità giuridica e le vicende modificative*, in *Le nuove leggi civ. comm.*, 2001, 1127
- ROBERTSON, *The Federal Doctrine of Forum Non Conveniens: "An Object Lesson in Uncontrolled Discretion"*, in 29 *Texas Int'l Law Journ.*, 1994, 353
- ROCCHIO, *The Price-Anderson Act: Allocation of the Extraordinary Risk of Nuclear Generated Electricity: A Model Punitive Damage Provision*, in 14 *Boston College Envtl Aff. Law Rev.*, 1984/1986, 521
- RODLEY, *Corporate Nationality and the Diplomatic Protection of Multinational Enterprises: The Barcelona Traction Case*, in 47 *Indiana Law Journ.*, 1971/1972, 70
- ROE, *Political Preconditions to Separating Ownership from Corporate Control*, in 53 *Stanford Law Rev.*, 2000, p. 539
- ROMANO (M.), *La responsabilità amministrativa degli enti, società o associazioni: profili generali*, in *Riv. soc.*, 2002, 393
- ROMANO (M.), *Societas delinquere non potest (nel ricordo di Franco Bricola)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, 1031
- ROMANO (R.), *Law as a Product: Some Pieces of the Incorporation Puzzle*, in 1 *Journ. of Law, Economics & Organization*, 1985, 225
- ROPPO, *Il contratto e le fonti del diritto*, in 17 *Contr. e impr.*, 2001, 1083
- ROPPO, voce *Responsabilità patrimoniale*, *ivi*, XXXIX, Milano, 1988, 1041
- ROSEN, *The Alien Claims Act and the Foreign Sovereign Immunities Act: A Policy Solution*, in 6 *Cardozo Journ. Int. & Comp. Law*, 1998, 461
- ROSENCRANZ, CAMPBELL, *Foreign Environmental and Human Rights Suits against U.S. Corporations in U.S. Courts*, in 18 *Stanford Environmental Law Journ.*, 1999, 146
- ROSENTHAL, RAPER, *Amoco Cadiz and Limitation of Liability for Oil Spill Pollution: Domestic and International Solutions*, in 5 *Virginia Journ. Nat. Res. Law*, 1985-86, 259
- ROSSI (A.), *Il GEIE nell'ordinamento italiano: criteri di integrazione della disciplina*, Milano, 1988
- ROSSI (G.), *Il conflitto epidemico*, Milano, 2003, 40
- ROSSI (G.), *Le c.d. regole di «corporate governance» sono in grado di incidere sul comportamento degli amministratori?*, in *Riv. soc.*, 2001, 6
- ROSSI (L.S.), *Libera circolazione dei capitali e ordine pubblico nel diritto comunitario: il caso delle norme antiriciclaggio*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1996, 43
- ROUCHEREAU, *La Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes*, in *Ann. fr. dr. int.*, 1988, 603
- ROUSSEAU, *Chronique des faits internationaux*, in *Rev. gén. dr. int. public*, 1978, 1125
- ROZENTAL, *The Charter of Economic Rights and Duties of States and New International Economic Order*, in 16 *Virginia Journ. Int'l Law*, 1976, 309
- RUBIN, *Harmonization of Rules: A Perspective on the United Nations Commission on Transnational Corporations*, in 8 *Law & Pol'y Int'l Bus.*, 1976, 875

- RUBIN, *Pollution by Analogy: The Trail Smelter Arbitration*, in 50 *Oregon Law Rev.*, 1970/1971, 259
- RUBINS, *Loewen v. United States: The Burial of an Investor-State Arbitration Claim*, in 21 *Arb. Int'l*, 2005, 1
- RUSK, *A Comment on Filartiga v. Pena-Irala*, in 11 *Georgia Journ. Int. & Comp. Law*, 1981, 311
- SACERDOTI, *La convenzione OCSE del 1997 sulla lotta contro la corruzione dei pubblici funzionari stranieri nelle transazioni commerciali internazionali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, 1349
- SACERDOTI, *La soluzione delle controversie che coinvolgono Stati e imprese nell'economia globalizzata: procedure interstatali e arbitrati diretti*, in *L'internazionalizzazione dei mezzi di comunicazione e la sovranità statale*, Atti del Convegno tenutosi a Napoli in data 24-25 maggio 2002, Napoli, 2003, 97
- SACERDOTI, *Le imprese multinazionali in un mondo di Stati*, in *Com. int.*, 1974, 12
- SACERDOTI, *Questions de responsabilité envers les tiers dans les groupes multinationaux de sociétés*, in *Riv. soc.*, 1985, 976, 977.
- SALERNO, *Giurisdizione ed efficacia delle decisioni straniere nel Regolamento (CE) n. 44/2001 (La revisione della Convenzione di Bruxelles del 1968)²*, Padova, 2003
- SANDERS, *Implementing International Codes of Conduct for Multinational Corporations*, in 30 *Am. Journ. Comp. Law*, 1982, 241
- SANTA MARIA, *Diritto commerciale comunitario²*, Milano, 1995
- SANTELLA, *Diritto fallimentare, governo societario e efficienza economica*, in *Dir. fall.*, 2003, 867
- SANTI, *La responsabilità delle società e degli enti*, Milano, 2004
- SANTINI, *Bilancio consolidato di gruppo*, in 7 *Contr. e impr.*, 1991, 811
- SANTOSUOSSO, *L'insolvenza nei gruppi transfrontalieri tra diritto comunitario e diritto interno*, in *Dir. fall.*, 2003, 663
- SANTUCCI, *Extending Fair Disclosure to Foreign Issuers: Corporate Governance and Finance Implications for German Companies*, in *Columbia Bus. Law Rev.*, 2002, 499
- SAPELLI, *Giochi proibiti. Enron e Parmalat capitalismi a confronto*, Milano, 2004
- SARAVALLE, «Forum damni» o «fora damni», in *Foro it.*, 1995, IV, 332
- SARAVALLE, *Recenti sviluppi in materia di responsabilità civile in diritto internazionale privato comparato*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1995, 657
- SARAVALLE, *Responsabilità del produttore e diritto internazionale privato*, Padova, 1991
- SASSEN, *Losing Control?*, New York, 1996, trad. it. *Fuori controllo. Mercati finanziari contro Stati nazionali: come cambia la geografia del potere*, Milano, 1998, 25
- SASZ, *The Investment Disputes Convention – Opportunities and Pitfalls (How to Submit Disputes to ICSID)*, in 5 *Journ. Law & Econ. Dev.*, 1970/1971, 23
- SBISÀ, *Responsabilità della capogruppo e vantaggi compensativi*, in *Contr. e impr.*, 2003, 591
- SCHENKER, *Saving a Dying Sea: The London Convention on Ocean Dumping*, in 7 *Cornell Int'l Law Journ.*, 1973/1974, 32
- SCHIANO DI PEPE, *La Convenzione internazionale del 1996 sulla responsabilità ed il risarcimento per i danni causati dal trasporto per mare di sostanze nocive e potenzialmente pericolose*, in *Riv. giur. ambiente*, 1998, 977
- SCHILL, *The Mexican and Andean Investment Codes: An Overview and Comparison*, in 6 *Law & Pol. Int'l Bus.*, 1974, 437
- SCHOLZ, *International Regulation of Foreign Direct Investment*, in 31 *Cornell Int'l Law Journ.*, 1998, 485
- SCHREUER, *The ICSID Convention. A Commentary*, Cambridge, 2001

- SCHRIJVER, *A Multilateral Investment Agreement from a North-South Perspective*, in E.C. NIEUWENHUYNS, M. BRUS (eds.), *Multilateral Regulation of Investment*, The Hague/London/Boston, 2001, 17
- SCHWADRON, *The Bhopal Incident: How The Courts Have Faced Complex International Litigation*, in 5 *Boston Univ. Int. Law Journ.*, 1987, 445
- SCHWARZENBERGER, *Foreign Investments and International Law*, New York/Washington, 1969
- SCHWEBEL, *The Legal Effect of Resolutions and Codes of Conduct of the United Nations*, in 7 *Forum Internationale*, 1985
- SCIUTO, SPADA, *Il tipo della società per azioni*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, vol. 1*, Torino, 2004, 3, 27.
- SCOGNAMIGLIO, *Autonomia e coordinamento nella disciplina dei gruppi di società*, Torino, 1996
- SCOVAZZI, *Il diritto dell'individuo ad agire per la tutela dell'ambiente: descrizioni e impressioni*, in *Jus*, 1999, 495
- SEAVOY, *The Origins of the American Business Corporation 1784-1855. Broadening the Concept of Public Service During Industrialization*, Westport (Ct), 1982
- SERENI, *Le organizzazioni internazionali*, Milano, 1959
- SERVAN-SCHREIBER, *Le défi américain*, Paris, 1967, trad. it. *La sfida mondiale*, Milano, 1981
- SEWARD, *After Bhopal: Implications for Parent Company Liability*, in 21 *Int'l Lawyer*, 1987, 695
- SHAPO, *Principles of Tort Law*, St. Paul (Minn.), 2003
- SHAVELL, *Foundations of Economic Analysis of Law*, Cambridge (Ma)/London, 2004
- SHAVELL, *Foundations of Economic Analysis of Law*, Cambridge Mass./London, 2004
- SHAVELL, *The Economic Theory of Public Enforcement of Law*, in 38 *Journ. Econ. Lit.*, 2000, 45
- SHAW, *Public Utility Holding Company Act: Corporate Simplification and Geographic Integration under Section II*, in 36 *Michigan Law Rev.*, 1938, 1360
- SHAW, *Uncertain Justice: Liability of Multinationals under the Alien Tort Claims Act*, in 54 *Stanford Law Rev.*, 2002, 1359
- SHAWCROSS, *The Problems of Foreign Investment in International Law*, in 102 *Recueil des Cours*, 1961, p 335
- SHIHATA, *Legal Treatment of Foreign Investment. The World Bank Guidelines*, Dordrecht/London/Boston, 1993
- SHRIVASTAVA, *Bhopal. Anatomy of a Crisis*, Cambridge (Mass.), 1987
- SICILIANO, *La regolamentazione dei trasferimenti del controllo e delle acquisizioni di società quotate. Efficienza economica e protezione degli azionisti di minoranza*, in *Banca, impresa, società*, 1997, 345
- SICO, voce *Sussidiarietà (principio di) (diritto comunitario)*, in *Enc. dir.*, Agg. V, Milano, 2001, 1062
- SILVERMAN, *Advances in Cross-Border Insolvency Cooperation: The UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency*, in 6 *ILSA Journ. Int'l & Com Law*, 2000, 265
- SILVESTRO, *Riflessioni sulla pubblicità in materia di gruppi*, in *Rass. giur. energia elett.*, 2005, 243
- SIMPSON, *Corporate Crime, Law, and Social Control*, Cambridge, 2002
- SISSON, *Oil Pollution Law and the Limitation of Liability Act: A Murky Sea for Claimants Against Vessels*, in *Journ. of Mar. Law & Comm.*, 1978, 285
- SKEEL, *Shaming in Corporate Law*, in 149 *Univ. Pennsylvania Law Rev.*, 2000/2001, 1811
- SKOLNIK, *The Forum Non Conveniens Doctrine in Alien Tort Claims Act Cases: A Shell of Its Former Self after Wiwa*, in 16 *Emory Int'l Law Rev.*, 2002, 187

- SKOLNIK, *The Forum Non Conveniens Doctrine in Alien Tort Claims Act Cases: A Shell of Its Former Self after Wiwa*, in 16 *Emory Int. Law Rev.*, 2002, 187
- SMITH, *A Compendium of Mercantile Law*, London (Stevens & Sons), 1931
- SNYDER, *Foreign Investment Protection: Is Institutional Arbitration an Answer*, in 40 *North Carolina Law Rev.*, 1961/1962, 665
- SOHNE, *The Impact of Post-Enron Information Disclosure Requirements Imposed under U.S. Law on Foreign Investors*, in 42 *Colum. Journ. Transnat'l Law*, 2003/2004, 217
- SOLOMON, *Multinational Corporations and the Emerging World Order*, New York/London, 1978
- SOMMA, *Mercificare il diritto. La via liberista alla tutela della differenza*, in A. ZOPPINI (a cura di), *La concorrenza*, cit., 58
- SORNARAJAH, *The Extraterritorial Enforcement of U.S. Antitrust Laws: Conflict and Compromise*, in 31 *Int'l & Comp. Law Quart.*, 1982, 127
- SOROS, *The Alchemy of Finance. Reading the Mind of the Market*, New York, 1994
- SOWARDS, *Corporation Law: Cases and Materials*, New York, 1978
- SPADA, *L'amministratore della società per azioni tra interesse sociale ed interesse di gruppo*, in *Riv. dir. civ.*, 1989, 233
- SPASIANO, *Limitazione del debito del vettore e limitazione globale di responsabilità*, in *Dir. mar.*, 1986, 593
- SPAVENTA, F. SAULINI, *American Lies. Ascesa e caduta della Enron*, Roma, 2002
- SPIERMANN, *Individual Rights, State Interests and the Power to Waive ICSID Jurisdiction under Bilateral Investment Treaties*, in 20 *Arb. Int'l*, 2004, 179
- SPOLIDORO, *Il concetto di controllo nel codice civile e nella legge antitrust*, in *Riv. soc.*, 1995, 456, spec. 462
- SPRAGUE, *Limitation of Ship Owners' Liability*, in 12 *New York Univ. Law Quart. Rev.*, 1935, 568
- STAPLEDON, *The Structure of Share Ownership and Control: The Potential for Institutional Investor Activism*, in 18 *Univ. New South Wales Law Journ.*, 1995, 250
- STELLA (F.), *Criminalità d'impresa: lotta di sumo e lotta di judo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, 459
- STEPHENS, *Translating Filartiga: A Comparative and International Law Analysis of Domestic Remedies for International Human Rights Violations*, in 27 *Yale Journ. Int. Law*, 2002, 1
- STESSENS, *Money Laundering. A New International Law Enforcement Model*, Cambridge, 2000
- STITCHER, *Amerada Hess and Foreign Sovereign Immunity: The Conflict between the Foreign Sovereign Immunities Act and the Alien Tort Claims Act in Establishing Jurisdiction Over the Extraterritorial Torts of Foreign States*, in 24 *Stanford Journ. Int. Law*, 1987, 585
- STONE, *Civil Jurisdiction and Judgments in Europe*, Harlow (Essex), 1998
- STREETEN, *Commercio libero e commercio regolato*, in S. BERGER, R. DORE, *Differenze nazionali e capitalismo globale*, Bologna, 1998, 225
- STRENG, *"Treaty Shopping": Tax Treaty Limitation of Benefits Issues*, in 15 *Houston Journ. Int'l Law*, 1992/1993, 1
- STRINE JR., *Derivative Impact? Some Early Reflections on the Corporation Law Implications of the Enron Debacle*, in 57 *Bus. Lawyer*, 2002, 1371
- STUCKEY, *Learning from Chernobyl*, in 65 *Foreign Aff.*, 1986/1987, 304
- SULLIVAN (ed.), *Business and Human Rights. Dilemmas and Solutions*, Sheffield, 2003
- SWAAK-GOLDMAN, *The Energy Charter Treaty and Trade. A Guide to the Labyrinth*, in 30 *Journ. of World Trade*, 1996, 115

- SWEENEY, *A Tort Only in Violation of the Law of Nations*, in 18 *Hastings Int. & Comp. Law Rev.*, 1995, 445
- SWEENEY, TECLAFF, *Control of Vessel Pollution and Liability Regimes under International Law and the Laws of the United States of America*, in *Dir. Mar.*, 1983, p. 469
- Symposium, *Enron and Its Aftermath*, in 76 *St. John's Law Rev.*, 2002, 671
- TALAMANCA, voce *Società (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, XLII, Milano, 1990, 814
- TAVIS, *Novartis and the U.N. Global Compact Initiative*, in 36 *Vanderbilt Journ. Transnat'l Law*, 2003, 735
- TAYLOR, *Anti-Money Laundering and Anti-Terrorist Financing Requirements Applicable to Financial Institutions*, in *Banking Law Journ.*, 2003, 497
- TAYLOR, *The UN and the Global Compact*, in 17 *N.Y. Law School Journal of Human Rights*, 2000/2001, 975
- TEDESCHI, *Procedura principale e procedure secondarie nel Regolamento comunitario sulle procedure d'insolvenza*, in *Dir. fall.*, 2003, 540
- TERBLANCHE, *Lex Fori or Lex Loci Delicti? The Problem of Choice of Law in International Delicts*, in 30 *Comp. & Int'l Law Journ. of Southern Africa*, 1997, 243
- TEUBNER (ed.), *Global Law Without a State*, Brookfield (Vt.), 1996
- THADHANI, *Regulating Corporate Human Rights Abuses: Is Unocal the Answer*, in 42 *William & Mary Law Rev.*, 2000/2001, 619
- THOMPSON, *Piercing the Corporate Veil: An Empirical Study*, in 76 *Cornell Law Rev.*, 1990/1991, 1036
- THONY, *De l'argent de la drogue au financement du terrorisme: relations internationales et finance criminelle*, in *Gaz. Pal.*, 19-23 maggio 2002, 10
- TIEBOUT, *A Pure Theory of Local Expenditures*, in 44 *Journ. of Pol. Econ.*, 1956, 416
- TIEDEMANN, *La responsabilità penale delle persone giuridiche nel diritto comparato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, 615
- TONELLO, *Sulla trasparenza delle operazioni di amministratori, alti dirigenti e azionisti strategici di società quotate. La questione della tempestività*, in *Contr. e impr.*, 2006, 1
- TONOLO, *Lo scioglimento delle unioni di fatto e degli accordi di convivenza nel diritto internazionale privato e processuale italiano*, in *Riv. dir. int.*, 2005, 997
- TOSI, GOMEZ-MEJIA, MOODY, *The Separation of Ownership and Control: Increasing the Responsiveness of Boards of Directors to Shareholders' Interests*, in 4 *Univ. Florida Journ. of Law & Public Policy*, 1991, 39
- TRAUTMAN, J.L. WESTBROOK, E. GAILLARD, *Four Models for International Bankruptcy*, in 41 *Am. Journ. Com Law*, 1993, 573
- TRAVI, *La responsabilità della persona giuridica nel D.Lgs. n. 231/2001*, in *Le società*, 2001, 1305
- TREHAN, *Underground and Parallel Banking System*, in 10 *Journ. Fin. Crime*, 2002, 76
- TRENOR, *Jurisdiction and the Extraterritorial Application of Antitrust Laws After Hartford Fire*, in 62 *Univ. Chicago Law Rev.*, 1995, 1583
- TREVES, *Aspetti internazionali della responsabilità civile per danni all'ambiente*, in *Riv. giur. ambiente*, 1994, 105
- TREVISSON LUPACCHINI, *Strumenti internazionali per il contrasto del riciclaggio di capitali*, in *Giust. pen.*, 2002, III, 193
- TUCKER, *The Public Utility Act of 1935: Its Back-ground and Significance*, in 4 *Southern Econ. Journ.*, 1938, 423

- TULLY (ed.), *International Documents on Corporate Responsibility*, Cheltenham/Northampton (Mass.), 2005
- TYZ, *Searching for a Corporate Liability Standard Under the Alien Tort Claims Act in Doe v. Unocal*, in 82 *Oregon Law Rev.*, 2003, 559
- TZEUTSCHLER, *Corporate Violator: The Alien Tort Liability of Transnational Corporations for Human Rights Abuses Abroad*, in 30 *Columbia Human Rights Law Rev.*, 1998-99, 359
- UBERTAZZI, *Il valore del marchio nell'era tecnologica*, in *Dir. dell'Internet*, 2006, 5
- UCKMAR, *Il settore privato e la corruzione dell'applicazione dei tributi*, in *Dir. prat. trib.*, 1995, 1410
- UDWADIA, *Corporate Responsibility for International Human Rights Violations*, in 13 *South. Calif. Interdisc. Law Journ.*, 2003/2004, 359
- URBANI, C. RUBIN, M. KATZMAN (eds.), *Transnational Environmental Law and Its Impact on Corporate Behavior*, Irvington-on-Hudson (N.Y.), 1994
- VACCÀ, voce *Joint-Venture (aspetti contrattuali)*, in *Dig. disc. priv., sez. comm.*, VIII, Torino, 1992, 50
- VAN DER MENSBRUGGHE, *Portée et perspectives de la Convention de Bâle du 22 mars 1989 sur le contrôle des mouvements transfrontières de déchets dangereux et de leur élimination*, in 26 *Eur. Transport Law*, 1991, 147
- VANDERKERCKHOVE, *The Polluter Pays Principle in the European Community*, in 13 *Yearb. Eur. Law*, 1994, 201
- VAUGHAN, *The Challenger Launch Decision: Risky Technology, Culture and Deviance at NASA*, Chicago, 1996
- VEASY, *Corporate Governance and Ethics in a Post Enron/WorldCom Environment*, in 72 *Univ. Cincinnati Law Rev.*, 2003/2004, 731
- VELLA, *Le società holding*, Milano, 1993
- VENTORUZZO, *Experiments in Comparative Corporate Law: The Recent Italian Reform and the Dubious Virtues of a Market for Rules in the Absence of Effective Regulatory Competition*, in 40 *Texas Int'l Law Journ.*, 2004/2005, 113
- VENZIN, *La gestione strategica delle aziende multinazionali*, Milano, 2004
- VERNON, *Economic Sovereignty at Bay*, in 47 *Foreign Affairs*, 1968, 1, 110
- VERNON, *Les entreprises internationales*, Paris, 1973
- VICCARO, *Can Regulation Fair Disclosure Survive the Aftermath of Enron*, in 40 *Duquesne Law Rev.*, 2001/2002, 695
- VINCENZINI, *Profili assicurativi della responsabilità civile per inquinamento da idrocarburi nella legislazione internazionale uniforme*, in *Dir. mar.*, 1992, 978
- VIRALLY, *La Charte des droits et devoirs économiques des États. Note de lecture*, in *Ann. fr. dr. int.*, 1974, 57, 68
- VIRGÒS, SCHMIT, *Report on the convention on Insolvency Proceedings*, in G. MOSS (ed.), *The EC Regulation on Insolvency Proceedings: A Commentary and Annotated Guide*, Oxford, 2003
- VITRYANSKY, *Insolvency and Bankruptcy Law Reform in the Russian Federation*, in 44 *McGill Law Journ.*, 1998/1999, 409
- WADE, *La globalizzazione e i suoi limiti*, in S. BERGER, R. DORE, *Differenze nazionali e capitalismo globale*, Bologna, 1998, 77
- WÄLDE, *Investment Arbitration Under the Energy Charter Treaty. From Dispute Settlement to Treaty Implementation*, in 12 *Arb. Int'l*, 1996, 429
- WÄLDE, KOLO, *Environmental Regulation, Investment Protection and 'Regulatory Taking' in International Law*, in 50 *Int'l & Com Law Quart.*, 2001, 811

- WALDMANN, *Regulating International Business Through Codes of Conduct*, Washington/London, 1980
- WALLACE, *Legal Control of the Multinational Enterprise: National Regulatory Techniques and the Prospects for International Controls*, The Hague, 1982
- WALLACE, *The Multinational Enterprise and Legal Control: Host State Sovereignty in an Era of Economic Globalization*, The Hague/New York, 2002
- WALSH, *True Odds. How Risk Affects Your Everyday Life*, Santa Monica (CA), 1996
- WANG, *The Design of an International Code of Conduct for Transnational Corporations*, in 10 *Journ. Int. Law & Econ.*, 1975, 319
- WARNECK, *A Preemptive Strike: Using RICO and AEDPA to Attack Financial Strength of International Terrorist Organizations*, in *Boston Univ. Law Rev.*, 1998, 177
- WEAVER, *The Tragedy of the Commons from Spindletop to Enron*, in 24 *Journ. of Land Resources & Envtl. Law*, 2004, 187
- WEIGMANN, *Concorrenza e mercato azionario*, Milano, 1978
- WEINBERG, *Insights and Ironies: The American Bhopal Cases*, in 20 *Texas Int'l Law Journ.*, 1985, 307
- WEINTRAUB, *Rome II and the Tension Between Predictability and Flexibility*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2005, 561
- WEISS, *Consortium Agreements, Fifth Framework Regulations and Technology Transfer*, in 22 *Com Law Yearb. of Int'l Business*, 2000, 297
- WELLBORN, *Corporations in New York: When Is Mere Ownership Enough to Establish Jurisdiction over the Parent?*, in 22 *Buffalo Law Rev.*, 1972/1973, 681
- WELLENS (ed.), *International Law: Theory and Practice. Essays in honour of Eric Suy*, The Hague/Boston, 1998, 719
- WESTBROOK, *A Global Solution to Multinational Default*, in 98 *Michigan Law Rev.*, 1999/2000, 2276 , 2285 s.
- WESTBROOK, *Choice of Avoidance Law in Global Insolvencies*, in 17 *Brooklyn Journ. Int'l Law*, 1991, 499
- WESTBROOK, *Theories of Parent Company Liability and the Prospect for an International Settlement*, in 20 *Texas Int'l Law Journ.*, 1985, 321
- WESTBROOK, *Theory and Pragmatism in Global Insolvencies: Choice of Law and Choice of Forum*, in 65 *Am. Bankr. Law Journ.*, 1991, 457
- WETTERSTEIN, *Carriage of Hazardous Cargoes by Sea - The HNS Convention*, in 26 *Georgia Journal Int'l & Comp. Law*, 1996, 595
- WHEATLEY, *Ancient Banking, Modern Crimes: How Hawala Secretly Transfers The Finances of Criminals and Thwarts Existing Laws*, in 26 *Univ. Pennsylvania Journ. Int'l Econ. Law*, 2005, 347
- WHITE, *A New International Economic Order?*, in 16 *Virginia Journ. Int'l Law*, 1976, 323
- WILKINS, NEWTON, STEER, *The Sentencing Reform Act of 1984: A Bold Approach to the Unwarranted Sentencing Disparity Problem*, in 2 *Crim. Law Forum*, 1991, 355
- WILLIAMS, *Corporate Compliance With the Law in the Era of Efficiency*, in 76 *North Carolina Law Rev.*, 1998, 1265
- WILLIAMSON, *The Mechanisms of Governance*, New York, 1996
- WINKLER (M.), *Arbitration Without Privity and Russian Oil: the Yukos Case before the Houston Court*, in 27 *Univ. Pennsylvania Journ. Int'l Econ. Law*, 2006, 115
- WINKLER (M.), *La responsabilità delle imprese multinazionali per violazioni dei diritti dell'uomo nella giurisprudenza statunitense*, in *Jus*, 2005, 451
- WINKLER (M.), *Ricorso ad arbitrato in assenza di clausola contrattuale*, in *I contratti*, 2006, 203

- WINKLER (M.), *Yukos: la Corte di Houston rifiuta di trattare il caso*, in *Dir. comm. int.*, 2005, 164
- WORKS, *Filartiga v. Pena-Irala: Providing Federal Jurisdiction for Human Rights Violations through the Alien Tort Statute*, in 10 *Denver Journ. Int. Law & Policy*, 1980-81, 355
- WULF, *International Franchising*, in 39 *Int'l Lawyer*, 2005, 325
- XUE, *Transboundary Damage in International Law*, Cambridge, 2003
- ZAGATO, *Il contratto comunitario di licenza di know-how*, Padova, 1996.
- ZAHRA, *Are Profitability and Corporate Social Responsibility Compatible*, in 7 *Mediterranean Journ. Hum. Rights*, 2003, 163
- ZAMORA CABOT, *Accidentes en masa y "Forum non conveniens": el caso Bhopal*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1990, 821
- ZARATE, *The Emergence of a New Dog of War: Private International Security Companies, International Law, and the New World Disorder*, in 34 *Stanford Journ. Int'l Law*, 1998, 75
- ZIA-ZARIFI, *Suing MNCs in the U.S. for Violating International Law*, in 4 *UCLA Journ. Int. & Foreign Aff.*, 1999, 81
- ZIEGLER, *La privatizzazione del mondo. Padroni, predatori e mercenari del mercato globale*, Milano, 2003
- ZINGALES, *What Determines the Value of Corporate Votes*, in 110 *Quart. Journ. of Econ.*, 1995, 1047
- ZISKIND, *Forced Labor in the Law of Nations*, in 3 *Comparative Labor Law*, 1979, 253
- ZOLO, *Globalizzazione. Una mappa dei problemi*, Roma-Bari, 2004
- ZOPPINI, *Imputazione dell'illecito penale e «responsabilità amministrativa» nella teoria della persona giuridica*, in *Riv. soc.*, 2005, 1314
- ZOPPINI, *Le «nuove proprietà» nella trasmissione ereditaria della ricchezza (note a margine della teoria del beni)*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, 185
- ZOPPINI, *Tentativo d'inventario per il 'nuovo' diritto di famiglia*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, 335