

Angelo Jr Golia

# Imprese transnazionali e vincoli costituzionali

Tra pluralismo e responsabilità

FRANCOANGELI

**SDP**

Studi di

**Diritto Pubblico**

## Informazioni per il lettore

Questo file PDF è una versione gratuita di sole 20 pagine ed è leggibile con



La versione completa dell'e-book (a pagamento) è leggibile con Adobe Digital Editions. Per tutte le informazioni sulle condizioni dei nostri e-book (con quali dispositivi leggerli e quali funzioni sono consentite) consulta [cliccando qui](#) le nostre F.A.Q.



# STUDI DI DIRITTO PUBBLICO

Collana diretta da **Roberto Bin, Fulvio Cortese e Aldo Sandulli**  
coordinata da **Simone Penasa e Andrea Sandri**

## REDAZIONE

Chiara Bergonzini, Fabio Di Cristina, Angela Ferrari Zumbini, Stefano Rossi

## COMITATO SCIENTIFICO

Jean-Bernard Auby, Stefano Battini, Daniela Bifulco, Roberto Caranta, Marta Cartabia, Omar Chessa, Mario P. Chiti, Pasquale Costanzo, Antonio D'Andrea, Giacinto della Cananea, Luca De Lucia, Gianmario Demuro, Daria de Pretis, Marco Dugato, Claudio Franchini, Thomàs Font i Llovet, Giulia Maria Labriola, Peter Leyland, Massimo Luciani, Michela Manetti, Alessandro Mangia, Barbara Marchetti, Giuseppe Piperata, Aristide Police, Margherita Ramajoli, Roberto Romboli, Antonio Ruggeri, Sandro Stajano, Bruno Tonoletti, Aldo Travi, Michel Troper, Nicolò Zanon

La Collana promuove la rivisitazione dei paradigmi disciplinari delle materie pubblicistiche e l'approfondimento critico delle nozioni teoriche che ne sono il fondamento, anche per verificarne la persistente adeguatezza.

A tal fine la Collana intende favorire la dialettica interdisciplinare, la contaminazione stilistica, lo scambio di approcci e di vedute: poiché il diritto costituzionale non può estraniarsi dall'approfondimento delle questioni delle amministrazioni pubbliche, né l'organizzazione e il funzionamento di queste ultime possono ancora essere adeguatamente indagati senza considerare l'espansione e i modi di interpretazione e di garanzia dell'effettività dei diritti inviolabili e delle libertà fondamentali. In entrambe le materie, poi, il punto di vista interno deve integrarsi nel contesto europeo e internazionale. La Collana, oltre a pubblicare monografie scientifiche di giovani o affermati studiosi (**STUDI E RICERCHE**), presenta una sezione (**MINIMA GIURIDICA**) di saggi brevi destinata ad approfondimenti agili e trasversali, di carattere propriamente teorico o storico-culturale con l'obiettivo di sollecitare anche gli interpreti più maturi ad illustrare le specificità che il ragionamento giuridico manifesta nello studio del diritto pubblico e le sue più recenti evoluzioni.

La Collana, inoltre, ospita volumi collettanei (sezione **SCRITTI DI DIRITTO PUBBLICO**) volti a soddisfare l'esigenza, sempre più avvertita, di confronto tra differenti saperi e di orientamento alla lettura critica di problemi attuali e cruciali delle discipline pubblicistiche.

La Collana, inoltre, si propone di assecondare l'innovazione su cui si è ormai incamminata la valutazione della ricerca universitaria. La comunità scientifica, infatti, sente oggi l'esigenza che la valutazione non sia più soltanto un compito riservato al sistema dei concorsi universitari, ma si diffonda come responsabilità dell'intero corpo accademico.

*Tutti i volumi, pertanto, saranno soggetti ad un'accurata procedura di valutazione, adeguata ai criteri fissati dalle discipline di riferimento.*

I lettori che desiderano informarsi sui libri e le riviste da noi pubblicati possono consultare il nostro sito Internet: *www.francoangeli.it* e iscriversi nella home page al servizio “Informatemi” per ricevere via e-mail le segnalazioni delle novità.

**Angelo Jr Golia**

# **Imprese transnazionali e vincoli costituzionali**

Tra pluralismo e responsabilità

**FRANCOANGELI**

**SDP**

Studi di

**Diritto Pubblico**

Copyright © 2019 by FrancoAngeli s.r.l., Milano, Italy.

*L'opera, comprese tutte le sue parti, è tutelata dalla legge sul diritto d'autore. L'Utente nel momento in cui effettua il download dell'opera accetta tutte le condizioni della licenza d'uso dell'opera previste e comunicate sul sito [www.francoangeli.it](http://www.francoangeli.it).*

*Alla memoria di mio padre,  
ai sacrifici di mia madre,  
e alle Carola Rackete del mondo*





# INDICE

<b>Introduzione. Oggetto e metodo d'indagine</b>	pag. 13
--	---------

## **Parte prima**

### **L'impresa transnazionale come soggetto degli spazi giuridici globali: inquadramento storico-dogmatico**

<b>1. Impresa transnazionale e Stato: definizione e profili storici</b>	» 33
1. Premessa	» 33
2. Definizioni	» 34
2.1. Dalla società multinazionale all'impresa transnazionale	» 34
2.2. La realtà sociale dell'impresa	» 41
3. Sviluppo dell'impresa transnazionale nel contesto della nascita ed evoluzione dello Stato	» 49
3.1. Epoca medievale: la <i>persona ficta</i> come dispositivo comune al modello politico e a quello economico	» 49
3.2. Epoca moderna: scomparsa della corporazione come soggetto rilevante per il diritto costituzionale, prima globalizzazione e avvento della moderna impresa capitalistica	» 54
3.3. Epoca contemporanea: <i>welfare State</i> ed effetto orizzontale dei diritti fondamentali	» 71
3.4. (segue): crisi del <i>welfare State</i> , seconda globalizzazione e affermazione dell'impresa transnazionale	» 79

<b>2. Diritto dell'impresa transnazionale e pluralismo giuridico</b>	pag.	97
1. Premessa	»	97
2. Le forme del diritto dell'impresa	»	98
2.1. Ordinamento intra-impresa: il diritto proprio delle imprese transnazionali	»	98
2.2. Ordinamento inter-impresе: la nuova <i>lex mercatoria</i> e il regime transnazionale dell'economia	»	115
2.3. Diritto ibrido	»	122
3. 'Sovranità' delle imprese transnazionali e sovranità statale	»	127

## Parte seconda

### Gli strumenti di responsabilizzazione e il costituzionalismo sociale come alternativa teorica

<b>3. Strumenti di responsabilizzazione</b>	»	145
1. Premessa: tra responsabilità giuridica e responsabilità sistemica	»	145
2. Strumenti di diritto internazionale: tra <i>hard law</i> e <i>soft law</i>	»	149
2.1. Diritto internazionale vincolante	»	152
2.2. Codici di condotta internazionali	»	161
3. Strumenti di diritto interno e sovranazionale	»	173
3.1. Modelli di etero-regolamentazione	»	174
3.2. Modelli di co-regolazione	»	189
3.2.a. Co-regolazione forte: i <i>deals of justice</i> del modello anglosassone	»	190
3.2.b. (segue): la <i>loi</i> n. 2017-399 dell'ordinamento francese	»	194
3.2.c. Co-regolazione debole	»	198
3.2.d. Conclusioni	»	207
4. Strumenti extra-giuridici	»	208
4.1. Investimento e consumo etico	»	209
4.2. I movimenti di protesta e il "costituzionalismo dal basso"	»	214
 <b>4. <i>Ubi societas, ibi facultas constitutionalis</i>: la teoria del costituzionalismo sociale</b>	»	221
1. Premessa	»	221

2.	Il costituzionalismo sociale come teoria analitico-de-	pag.	226
	scrittiva		
2.1.	<i>Pars destruens</i> : de-costruzione della dogmatica	»	226
	tradizionale		
2.2.	<i>Pars construens</i>	»	230
2.2.a.	Funzioni costituzionali: costituzionalismo fon-	»	233
	dativo e costituzionalismo limitativo		
2.2.b.	Ambiti costituzionali: dissenso interno, legitti-	»	237
	mazione, ri-politicizzazione, rappresentanza e		
	bene comune		
2.2.c.	Processi costituzionali: doppia riflessività di di-	»	245
	ritto e medium comunicativi		
2.2.d.	Strutture costituzionali: istituzioni di collega-	»	247
	mento		
3.	Il costituzionalismo sociale come teoria prescrittiva	»	249
3.1.	Incremento delle pressioni esterne e delle aper-	»	249
	ture all'apprendimento		
3.2.	Sviluppo di un diritto delle collisioni intersiste-	»	255
	miche		
4.	Critiche e riferimenti polemici	»	260
4.1.	Costituzionalismo statocentrico: territorio, pote-	»	260
	re costituente e momenti costituzionali		
4.2.	Costituzionalismo internazionale: il pluralismo	»	275
	radicale		
4.3.	Costituzionalismo contestatorio: positività del	»	280
	diritto e distinzione pubblico/privato		

### Parte terza

#### Gli strumenti del diritto costituzionale

<b>5.</b>	<b>Gli strumenti del diritto costituzionale</b>	»	287
1.	Premessa. Il ruolo delle costituzioni statuali nell'epoca	»	287
	degli spazi giuridici globali		
2.	I contro-limiti come modello di resistenza/disobbe-	»	298
	dienza ordinamentale		
2.1.	I contro-limiti nell'evoluzione dell'ordinamento	»	298
	UE		
2.2.	Generalizzazione dei contro-limiti: l'applicazio-	»	304
	ne ai conflitti con le fonti del regime transna-		
	zionale dell'economia e la dottrina Calvo		

2.3. Casi di studio dal Sud globale: Ecuador, India e Colombia	pag. 326
3. Il diritto costituzionale procedurale	» 336
3.1. Gli istituti di diritto costituzionale procedurale nel processo di integrazione europea: legittimazione e resistenza	» 341
3.2. La gestione degli accordi internazionali in materia di commercio e investimento in ambito europeo e il confronto con gli Stati Uniti	» 348
3.3. Ancora sulla legittimazione degli accordi commerciali attraverso il diritto costituzionale procedurale: il diverso destino del CAFTA in Costa Rica e El Salvador	» 356
4. L'espansione del costituzionalismo statale nello spazio giuridico globale: tra effetto orizzontale ed extraterritorialità	» 359
4.1. Un effetto orizzontale transnazionale?	» 359
4.2. Un trattato sulla competenza extraterritoriale degli Stati?	» 372
5. La protezione costituzionale dei movimenti di protesta	» 384
5.1. Il diritto di resistenza come ibrido: istituto di diritto positivo e meta-principio autosovversivo dell'ordinamento costituzionale	» 384
5.2. La globalizzazione come occasione per ri-orientare il (paradosso del) diritto di resistenza	» 392
<b>Conclusioni</b>	» 399
<b>Bibliografia</b>	» 407

## RINGRAZIAMENTI

Ogni percorso di ricerca, se intimamente vissuto, è prima di tutto scoperta e re-invenzione di se stessi. Come ogni incontro con l'altro, la ricerca aiuta ad affermare, con-fermare e ri-definire la propria identità, a conoscersi e ri-conoscersi. È un lavoro paradossale, che unisce necessariamente la *solitudine dell'intelletto* e, allo stesso tempo, la *coralità di esperienze*, sia umane sia scientifiche. Così, al termine di un cammino durato quasi sei anni, mi sento in dovere di ringraziare quel *coro* di persone che, in diverse forme e misure, e spesso in modo indiretto o inconsapevole, mi ha accompagnato. A rischio di imperdonabili omissioni, e a costo di non dedicare ad ognuno il pensiero che meriterebbe, vorrei provare a ricordare almeno Sarah Albertin, Giuseppe Alesci, Alessandra Algostino, Camilla Allegrucci, Cora Antongiovanni, Francesca Autorino, Gaetano Azzariti, Kanad Bagchi, Marco Benvenuti, Paul Schiff Berman, Michela Bernardi, Daniela Bifulco, Raffaele Bifulco, Roberto Bin, Ronald Brand, Gianvito Brindisi, Valentina Capuozzo, Marta Caredda, Sabino Cassese, Larry Catá Backer, Marco Cerfeda, Angelo Cerulo, Lorenzo Chieffi, Giulia Ciliberto, Clara Coppola, Ugo Coppola, Fulvio Cortese, Piero Croce, Claudio De Fiores, Emmanuel Decaux, Francesca Elia, Pietro Faraguna, Pasquale Femia, Joshua Fischer, Eduard Fosch-Villaronga, Maria Frattolillo, Benoît Frydman, Alessia Fusco, Guillaume Futhazar, Antoine Garapon, Iolanda Golia, Luisa Golia, Tommaso Gorni, Giorgio Grasso, Vivian Grosswald Curran, Laura Hering, Ludovic Hennebel, Maria Pia Iadicicco, Edouard Jourdain, Raffaella Kunz, Christos Kypraios, Elisabetta Lamarque, Nicole Lazzarini, Federica Lombardi, Jânia Maria Lopes Saldanha, Nicola Lupo, Jörg Luther, Gianfranco Macrì, Rachele Marconi, Benedetto Marrone, Michele Massa, Nicola Massa, Marta Maurino, Federica Merenda, Raffaella Niro, Leonardo Pace, Davide Paris, Kyriaki Pavlidou, Anne Peters, Giovanni Piccirilli, Barbara Pezzini, Cesare Pinelli, Ulderico Pomarici, Maria Angelica Prada-Uribe, Jiří Přibáň, Noura Raad, Aldo Sandulli, Silvana Sciarra, David Schneiderman, Michele Serao, Tom Sparks, Silvia Steininger, Simona Terracciano, Gunther Teubner, Hélène Tigroudja, René Urueña, Anne-Marie Voisard, i due revisori anonimi del presente lavoro e, soprattutto, Emanuela Martinelli, la mia ciucu.

Va da sé che la responsabilità delle tesi sostenute, soprattutto degli errori, è soltanto mia.

Heidelberg, 25 settembre 2019



## INTRODUZIONE. OGGETTO E METODO D'INDAGINE

«Since U.S. constitutionalism is in large part considered to be constitutional law rather than the political theory that it really is, little is studied in law schools about the constitutional aspects of the government-business interface».

A.S. Miller, *The Modern Corporate State. Private Governments and the American Constitution*

«Se il maltempo mi farà ritardare, pazienza. Il giornale di bordo parla chiaro in proposito. Ma supponiamo che io giri al largo dalla rotta e arrivi con due giorni di ritardo, e che mi senta chiedere: “Dove siete stato tutto questo tempo?”. Che cosa dovrei rispondere? “Ho girato al largo per evitare il maltempo” direi. “Dev’essere stato un tempo ben brutto” direbbero loro. “Non lo so” dovrei rispondere “perché sono riuscito a evitarlo”».

J. Conrad, *Tifone*

Il 9 settembre 2019 gli appartenenti a diversi movimenti politici riconducibili alla destra estrema del panorama politico italiano si riunivano a Roma per protestare contro la formazione del governo presieduto da Giuseppe Conte e sostenuto principalmente dal Movimento 5 Stelle (M5S) e dal Partito Democratico (PD). Lo stesso giorno, la società Facebook Italy s.r.l. oscurava una serie di profili, account, pagine e portali da tutte le piattaforme Internet da essa controllate (soprattutto Facebook e Instagram) riferibili, in particolare, a Casa Pound e Forza Nuova, formazioni mai sciolte dalle forze dell'ordine italiane pur essendo chiaramente ispirate ai dell'ideologia fascista, a causa dell'asserita violazione dei cd. standard della comunità Facebook in materia di incitamento all'odio<sup>1</sup>. Da quel giorno, considerate le dimensioni relativamente modeste delle rispettive strutture organizzative, le possibilità di queste due formazioni di raggiungere con la loro propaganda ampie fasce della popolazione italiana è stata virtualmente azzerata.

1. V. [www.facebook.com/communitystandards/dangerous\\_individuals\\_organizations](http://www.facebook.com/communitystandards/dangerous_individuals_organizations).

Circa sei anni prima, il 28 maggio 2013, l'istituto finanziario J.P. Morgan pubblicava uno studio<sup>2</sup> in cui veniva presentata un'originale analisi delle cause della mancata ripresa dalla crisi economica del 2008 da parte degli Stati dell'Europa meridionale. In particolare, gli analisti dell'istituto, come noto coinvolto nel sistema di diffusione nel sistema economico globale di titoli finanziari tossici, che di quella crisi è stato uno dei fattori scatenanti, individuavano in alcune caratteristiche delle costituzioni dell'Europa meridionale uno dei principali ostacoli ai necessari "aggiustamenti" politico-istituzionali perché i sistemi economici di quei paesi potessero riprendersi. Principali imputati risultavano, tra gli altri, gli «esecutivi deboli» disegnati in conseguenza delle esperienze dittatoriali del Novecento; la «protezione costituzionale dei diritti dei lavoratori»; i sistemi istituzionali volti alla costruzione di larghi consensi intorno alle scelte politiche, ritenuti nulla di più di veicoli di clientelismo; e addirittura il «diritto di protestare in caso di modifiche allo *status quo* politico» (*sic!*). E così, la narrativa della crisi economica era ribaltata: la crisi non è il risultato dell'incontrollata finanziarizzazione dell'economia globale, o dell'assoggettamento delle normative e delle politiche pubbliche agli interessi degli attori economici privati, o, ancora, del potere di agenzie di *rating*, ma dei diritti e dei sistemi di legittimazione democratica delle scelte politiche riconosciuti nelle costituzioni. La soluzione, agli occhi degli stessi analisti, era ovvia: un adattamento delle costituzioni nazionali volto, tra le altre cose, alla de-costituzionalizzazione delle garanzie lavoristiche e, più in generale, dei diritti cd. sociali; e alla costruzione di esecutivi "forti", cioè all'introduzione di processi deliberativi di natura meno condivisa e più leaderistica.

Dall'altra parte dell'Atlantico, il 30 aprile 2009, la società *Pacific Rim Cayman LLC* (poi confluita nel gruppo minerario australiano-canadese Oceana Gold), originariamente costituita nelle Isole Cayman, ma "migrata" negli Stati Uniti per usufruire dei benefici di un accordo bilaterale di investimento (il *Central America Free Trade Agreement*, o CAFTA, sul quale si avrà modo di tornare), dava inizio ad una procedura arbitrale<sup>3</sup> nei confronti dello Stato di El Salvador, pretendendo un risarcimento di 314 milioni di dollari, pari a quasi il 2% del PIL nazionale di allora. Secondo la società, lo Stato latino-americano avrebbe violato, *inter alia*, gli standard internazionali in materia di legittimo affidamento e non discri-

2. J.P. Morgan, Europe Economic Research Unit, *The Euro area adjustment: about halfway there*, 28 maggio 2013, [www.europe-solidarity.eu/documents/ESI\\_euro-area-adjustment.pdf](http://www.europe-solidarity.eu/documents/ESI_euro-area-adjustment.pdf). Per una critica v. F. Mancuso, *Il 'costituzionalismo' di JPMorgan*, in A. Tucci (a cura di), *Disaggregazioni. Forme e spazi di governance*, Mimesis, 2013, p. 81.

3. *Pacific Rim v. El Salvador*, ICSID Case No. ARB/09/12.



minazione dell'investitore straniero, nonché di divieto di espropriazione, in quanto le autorità nazionali aveva negato il permesso di sfruttamento di un giacimento per il quale era già stato accordato quello preliminare di esplorazione. Ancora ad avviso dell'impresa, tale comportamento avrebbe violato il suo «diritto acquisito» (*vested right*) a iniziare le attività di estrazione, le quali, secondo i movimenti locali e le analisi condotte da esperti, minacciavano gli approvvigionamenti di acqua potabile, in un paese in cui già il 90% delle acque di superficie risulta contaminato. Nel caso in cui fosse stato accordato dal tribunale arbitrale, il risarcimento richiesto avrebbe messo seriamente a rischio le capacità dello Stato di garantire altri tipi di prestazioni, dall'ordine pubblico all'assistenza sanitaria. È solo il caso di notare che la costituzione di El Salvador delinea una chiara gerarchia tra i diritti costituzionalmente riconosciuti, accordando priorità alla difesa della salute e dell'ambiente rispetto ai diritti di proprietà e di libertà economica<sup>4</sup>.

Questi episodi, diversi per contesto e per soggetti coinvolti, hanno un elemento comune: fanno emergere una serie di problematiche relative al rapporto tra costituzionalismo moderno – inteso come dottrina politico-giuridica che mira alla limitazione/legittimazione delle dinamiche di potere per mezzo di vincoli di natura giuridica, in particolare attraverso quelli rientranti nella branca dell'ordinamento che prende il nome di diritto costituzionale<sup>5</sup> – e l'emersione, in particolare a seguito dei processi di globalizzazione, di poteri privati transnazionali, soprattutto economici. Tale emersione ha avuto, come noto, un notevole impatto sulle strutture istituzionali degli Stati, così come costruitesi a seguito del secondo conflitto mondiale; sulle fonti del diritto che dalle stesse costituzioni sono state storicamente organizzate e gerarchizzate, in base alla loro maggiore o minore legittimazione democratica; infine, sui diritti riconosciuti nei testi costituzionali.

Oggetto del presente lavoro è anzitutto l'inquadramento delle imprese transnazionali in quanto soggetti rilevanti per le costituzioni e in quanto soggetti costituzionali essi stessi. In secondo luogo, il lavoro esplora, ancora dalla prospettiva privilegiata del diritto costituzionale, possibilità e condizioni attraverso le quali garantire il rispetto dei diritti da parte delle grandi imprese – e, più in generale, dei sistemi economici – transnazionali, che hanno acquisito un potere tale da competere con la maggior parte degli Stati.

4. Cfr. gli artt. 103 co. 1, 102 co. 1, 65 co. 1, e 117 cost. El Salvador. Va comunque ricordato che il 14 ottobre 2016 il tribunale arbitrale ha rigettato nel merito le pretese risarcitorie della società mineraria.

5. V. da ultimo A. Morelli, *Come lavora un costituzionalista? Per un'epistemologia della scienza del diritto costituzionale*, in *Quad. cost.*, 3/2016, p. 525.

Già *in limine litis*, sembra fondamentale chiarire, ove non risulti già dai casi ricordati, quale sia l'interesse che il tema suscita per il costituzionalista. Esso, infatti, esplorato dagli studiosi di diritto internazionale (pubblico e privato), dai politologi e dai sociologi del diritto<sup>6</sup>, ha ricevuto l'attenzione solo incidentale della dottrina costituzionalistica, nell'ambito di analisi più generali riguardanti il rapporto tra globalizzazione e costituzionalismo. Fatte alcune eccezioni, per lo più in lingua straniera, i costituzionalisti sono stati meno propensi ad elaborare analisi, ricostruzioni, prospettive in senso positivo volte non soltanto a descrivere il problema, ma a proporre soluzioni concrete, rientranti nel campo dello stesso diritto costituzionale. Si tratta peraltro di una lacuna di una certa importanza per la teoria del diritto costituzionale, laddove si inquadri il tema delle imprese transnazionali nella più ampia prospettiva delle trasformazioni della forma Stato e della crisi – che va ormai presupposta – del costituzionalismo moderno, ovvero della capacità delle costituzioni statuali di porsi come *contro-condotta* rispetto al potere<sup>7</sup>. In altre parole, il tema in questione offre un laboratorio per verificare la tenuta di categorie – vecchie e nuove – del diritto costituzionale dinanzi alla prova della globalizzazione<sup>8</sup>. Da questo punto di vista,

6. V. in generale, e solo per citare alcuni dei lavori più rilevanti: M.K. Addo (a cura di), *Human Rights Standards and the Responsibility of Transnational Corporations*, Kluwer, 1999; M.T. Kamminga-S. Zia-Zarifi (a cura di), *Liability of Multinational Corporations under International Law*, Kluwer, 2000; P. Alston (a cura di), *Non-State Actors and Human Rights*, OUP, 2005; O. De Schutter (a cura di), *Transnational Corporations and Human Rights*, Hart, 2006; E. Decaux (a cura di), *La responsabilité des entreprises multinationales en matière de droits de l'homme*, Bruylant, 2010; A. Clapham, *Human Rights Obligations of Non-State Actors*, OUP, 2006; A. Supiot (a cura di), *L'entreprise dans un monde sans frontières. Perspectives économiques et juridiques*, Dalloz, 2015; J.-P. Robé, *Le temps du monde de l'entreprise. Globalisation et mutation du système juridique*, Dalloz, 2015. In lingua italiana v. soprattutto M. Fasciglione, *Diritti umani e responsabilità sociale d'impresa*, Ed. Scientifica, 2010; P. Acconci (a cura di), *La responsabilità sociale di impresa in Europa*, ESI, 2009; M. Winkler, *Imprese multinazionali e ordinamento internazionale nell'era della globalizzazione*, Giuffrè, 2008; F. Borgia, *La responsabilità sociale delle imprese multinazionali*, Ed. Scientifica, 2007.

7. Sulla crisi del costituzionalismo moderno e il relativo dibattito v. per il momento, e in generale, G. Azzariti, *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?*, Laterza, 2013; e i contributi presenti nell'essenziale P. Dobner-M. Loughlin (a cura di), *The Twilight of Constitutionalism?*, OUP, 2010.

8. Soprattutto ove lo si innesti in quella che è stata definita come 'costituzionalizzazione del diritto internazionale', ovvero quel processo per il quale il diritto internazionale starebbe assumendo strutture e funzioni (in primis di limite al potere) che storicamente appartengono al diritto costituzionale. In questa sede introduttiva si rimanda solo a C. Walter, *Constitutionalizing (Inter)national Governance: Possibilities for and Limits to the Development of an International Constitutional Law*, in *GYIL*, 2001, p. 170; e A. Peters, *Compensatory Constitutionalism: The Function and Potential of Fundamental International Norms and Structures*, in *Leiden JIL*, 3/2006, p. 579; R. Bifulco, *La c.d.*

si raccoglie la sfida lanciata da quella dottrina che, se pur con intento polemico, vede la necessità per la scienza costituzionalistica di occuparsi dei poteri «nuovi e nuovissimi», se la si ritiene davvero espressione del costituzionalismo inteso come movimento politico teso alla limitazione del potere e alla garanzia dei diritti<sup>9</sup>.

Ancora, e più in generale, il tema in oggetto è strettamente connesso a quello dei conflitti che, nell'ambito della globalizzazione, emergono tra differenti regimi transnazionali (pubblici, ibridi, e privati), i loro rispettivi ordinamenti giuridici e le loro specifiche razionalità. Quello delle imprese transnazionali diventa allora un tema attraverso il quale testare la capacità del diritto, in particolare del diritto costituzionale, di dare soluzione ai conflitti in un'epoca contrassegnata da spazi giuridici globali, s-confinati e sovrapposti<sup>10</sup>. A tal proposito, si ritiene che i tradizionali studi di diritto

*costituzionalizzazione del diritto internazionale: un esame del dibattito*, in Riv. AIC, 4/2014, [www.rivistaaic.it/images/rivista/pdf/4\\_2014\\_Bifulco.pdf](http://www.rivistaaic.it/images/rivista/pdf/4_2014_Bifulco.pdf). Peraltro l'espressione è qui utilizzata solo per comodità, e anzi la si considera in qualche modo incompleta: come si vedrà meglio in seguito, la globalizzazione "libera" forme di giuridicità che sfuggono alla produzione o al controllo (diretto o indiretto) degli Stati (cd. diritto transnazionale, pubblico e privato), e quindi anche a quello del diritto internazionale, almeno a intendere quest'ultimo come classico diritto inter-statale. La costituzionalizzazione, quindi, non dovrebbe coinvolgere solo quest'ultimo, ma anche e soprattutto le nuove forme di giuridicità e, quindi, il "diritto globale" in generale.

9. V. Morelli, *Come lavora*, cit., pp. 526-527: «[S]e, infatti, si muove dalla premessa che la separazione dei poteri e la garanzia dei diritti costituiscono i paradigmi essenziali del costituzionalismo (secondo il «testo fondativo» rappresentato dall'art. 16 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789), le prospettive di sopravvivenza dello stesso dipendono dalla capacità delle costituzioni contemporanee di assolvere ad entrambi i compiti suddetti negli attuali contesti sociali. Ma, nel mondo globalizzato, non è più sufficiente fare riferimento ai poteri legittimati dalle costituzioni nazionali per individuare i soggetti in grado di mettere a rischio i diritti fondamentali: sarebbe necessario, piuttosto, tracciare una «mappa» dei «nuovi sovrani globali», i quali «riescono – di fatto, più che di diritto – a partecipare e/o a imporre decisioni politicamente rilevanti in ambito planetario (dunque sia nazionale sia sovranazionale)». In tale «mappa» dovrebbero farsi rientrare molti soggetti pubblici e privati (tra cui ordinamenti sovranazionali locali, organizzazioni internazionali anche di carattere privato, agenzie di rating, organizzazioni non governative ecc.). I diritti umani – che, peraltro, sono cresciuti notevolmente nel corso degli anni – sono oggi minacciati da poteri ben più pervasivi e pericolosi dei governi nazionali. Non si comprende, pertanto, perché l'interesse del costituzionalista dovrebbe essere limitato soltanto ai poteri tradizionali e non potrebbe estendersi a tutti i nuovi o nuovissimi poteri, al fine di analizzare i rischi che da questi potrebbero derivare per i diritti, compresi, ad esempio, quelli determinati da uno sfruttamento irresponsabile delle risorse naturali da parte dei grandi attori economici operanti sul mercato globale».

10. V. in generale G. Teubner, *Diritto policontesturale: prospettive giuridiche della pluralizzazione dei mondi sociali*, tr. it. Città del Sole, 1999; Id., *Nuovi conflitti costituzionali. Norme fondamentali dei regimi transnazionali* (2012), tr. it. Bruno Mondadori, 2012; M.R. Ferrarese, *Diritto sconfinato. Inventiva giuridica e spazi nel mondo globale*, Laterza, 2006, spec. pp. 103-138; J.-B. Auby, *Globalisation, Law and the State*, Hart, 2017, spec. pp. 171 ss.

costituzionale, imperniati sui princìpi affermatasi tra il XVII e il XIX secolo, tendano a trascurare il fatto che le più grandi imprese transnazionali abbiano un potere e un'autonomia tali da non poter essere ignorate in un'analisi di teoria generale. Tale accumulazione di potere non può e non deve essere relegata al mondo del mero fatto, ma deve essere integrata in un'analisi comprensiva della più generale struttura costituzionale di un mondo globalizzato e sempre più interconnesso<sup>11</sup>. E così, l'approccio sviluppato in questa sede è *critico* almeno in due sensi: da un lato, perché mette in discussione categorie e strumenti dogmatico-ideologici del costituzionalismo moderno<sup>12</sup>; dall'altro, e in senso più propriamente kantiano, perché evidenzia alcuni limiti intrinseci del diritto, in particolare costituzionale. Alla luce di quanto appena detto, è evidente che il presente studio vuole essere *anche* un contributo alla teoria generale del diritto – nel senso classico di una *allgemeine Rechtslehre* – offrendo al contempo spunti preliminari per le sue applicazioni concrete. A tal proposito, e come si vedrà, esso si colloca nell'ambito delle teorie del pluralismo giuridico, ri-elaborate alla luce del cd. costituzionalismo sociale<sup>13</sup>.

Più in dettaglio, nel presente lavoro costituzionalismo e diritto costituzionale interagiscono con (il potere degli attori privati transnazionali secondo due modalità fondamentali.

Secondo una prima e più generale modalità, il fenomeno delle imprese transnazionali è qui interpretato nei termini della limitazione del loro potere in funzione della garanzia dei diritti, ovvero guardando ad esse come organizzazioni complesse che si trovano in accoppiamento strutturale<sup>14</sup> sia

11. Cfr. J.-P. Robé, *Enterprises and Constitution in the World Economy*, in Id., *Le temps du monde*, cit., p. 326.

12. Su questo punto v. *infra*, cap. 4, spec. § 1.

13. V. in generale G. Teubner, *La cultura del diritto nell'epoca della globalizzazione. L'emergere delle costituzioni civili*, tr. it. Armando ed., 2005. Per alcune ricostruzioni in lingua italiana del pensiero di Teubner, v. R. Prandini, *La "costituzione" del diritto nell'epoca della globalizzazione. Struttura della società-mondo e cultura del diritto nell'opera di Gunther Teubner*, in Teubner, *La cultura del diritto*, cit., p. 191; L. Zampino, *Gunther Teubner e il costituzionalismo sociale. Diritto, globalizzazione, sistemi*, Giappichelli, 2012; A. Jr Golia, *Costituzionalismo sociale (teoria del)*, in *Dig. disc. pubb.*, Agg. VII, Utet, 2017, p. 217.

14. Il concetto di "accoppiamento strutturale", che nel presente lavoro è di importanza centrale e sarà più volte utilizzato, è stato utilizzato da Niklas Luhmann per spiegare il problema della comunicazione intersistemica. V. N. Luhmann, *Il diritto della società* (1993), tr. it. Giappichelli, 2012, p. 412: «Si deve parlare di accoppiamenti strutturali quando un sistema suppone determinate caratteristiche del suo ambiente, confidando strutturalmente in esso – per esempio: che il denaro venga, in generale, accettato [...] le forme dell'accoppiamento strutturale sono, pertanto, *restrittive e facilitano* l'influenza dell'ambiente sul sistema». V. anche N. Luhmann-R. De Giorgi, *Teoria della società*, FrancoAngeli, 1993, p. 33; e, con specifico riguardo alla costituzione, N. Luhmann, *La costituzione*

con il sistema sociale dell'economia transnazionale, sia con quello degli Stati, e sono suscettibili di auto-costituzionalizzarsi, cioè di dotarsi di proprie costituzioni "civili", a seguito delle pressioni esercitate da altri sistemi sociali, e in particolare da quello della politica, del quale gli Stati sono gli attori principali. Pur con i distinguo che emergeranno nel corso del lavoro, si aderisce dunque all'opzione teorica e metodologica del cd. costituzionalismo sociale, il quale, richiamando e allo stesso tempo superando le tradizioni dell'istituzionalismo<sup>15</sup> e della "costituzione economica" weimariana, contesta allo Stato il monopolio in materia di produzione giuridica, anche costituzionale: non solo pluralismo giuridico, dunque, ma anche pluralismo costituzionale<sup>16</sup>. In questo ambito, vale la pena sottolineare che tale opzione sembra più feconda di altre, che pure riconoscono in diversi modi forme di costituzionalizzazione oltre lo Stato, proprio per la sua *materialità*, ov-

*come acquisizione evolutiva*, tr. it. in G. Zagrebelsky-P.P. Portinaro-J. Luther (a cura di), *Il futuro della costituzione*, Einaudi, 1996, pp. 112-116. In altre parole, la nozione di accoppiamento strutturale sottolinea «la costante possibilità che hanno i sistemi di collegare le rispettive strutture in determinate situazioni senza per questo perdere la propria identità» (A. Febbrajo, *Limiti della regolazione giuridica nelle crisi intersistemiche*, in R. Bifulco-O. Roselli (a cura di), *Crisi economica e trasformazioni della dimensione giuridica. La costituzionalizzazione del pareggio di bilancio tra internazionalizzazione economica, processo di integrazione europea e sovranità nazionale*, Giappichelli, 2013, pp. 33-34). Più in generale, v. A. Febbrajo-G. Harste (a cura di), *Law and Intersystemic Communication: Understanding 'Structural Coupling'*, Ashgate, 2013.

15. Ciò peraltro non toglie che tali teorie facciano ampio riferimento ai risultati raggiunti dal normativismo più maturo, e in particolare a Hart. V. ad es. Teubner, *Nuovi conflitti*, cit., pp. 112 ss.; U. Preuss, *Disconnecting Constitutions from Statehood. Is Global Constitutionalism a Viable Concept?*, in Dobner-Loughlin (a cura di), *The Twilight*, cit., p. 41. D'altra parte, il normativismo, che spezza il legame tra diritto e luoghi, sembra essere la teoria giuridica che meglio si adatta agli ordinamenti de-territorializzati della globalizzazione: cfr. N. Irti, *Norma e luoghi. Problemi di geo-diritto*, Laterza, 2001, spec. pp. 43-45 e 95; L. Ronchetti, *Il nomos infranto: globalizzazione e costituzioni del limite come principio essenziale degli ordinamenti giuridici*, Jovene, 2007, pp. 188 ss.; G. Scaccia, *Il territorio tra sovranità statale e globalizzazione dello spazio economico*, in *Riv. AIC*, 3/2017, p. 5. Il richiamo al normativismo hartiano non contraddice, peraltro, l'ispirazione "sociale" e "istituzionalista" del presente lavoro: in questa prospettiva le norme, e la loro strutturazione in primarie e secondarie, sono necessarie ma non esauriscono il fenomeno giuridico, che, pur non appiattendosi sulla mera effettività, non può non coinvolgere il sistema sociale o la comunità in cui quelle stesse norme devono "vivere". In definitiva, e nonostante nel corso del lavoro non la si utilizzerà, si potrebbe identificare l'approccio eclettico qui fatto proprio con l'espressione "istituzionalismo transnazionale".

16. Sul pluralismo giuridico v. *ex plurimis* M. Corsale, *Pluralismo giuridico*, in *Enc. dir.*, XXXIII, Giuffrè, 1983, p. 1003; F. Modugno, *Pluralità degli ordinamenti*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Giuffrè, 1985, p. 1; J. Griffiths, *What is Legal Pluralism?*, in *J. Legal Pluralism & Unofficial L.*, 24/1986, p. 1; G. Teubner, *La "Bukowina globale": il pluralismo giuridico nella società mondiale*, in *Sociologia e politiche sociali*, 2/1999, p. 49. Tra le opere più recenti, v. M. Delmas-Marty, *Les forces imaginantes du droit. II. Le pluralisme ordonné*, Seuil, 2006; P. S. Berman, *Global Legal Pluralism: A Jurisprudence of Law Beyond Borders*, CUP, 2012.