

IL DIRITTO *SOFT* NELL'ONDIVAGO EQUILIBRIO TRA APERTURE E CHIUSURE APPLICATIVE. EUROPA E STATI UNITI A CONFRONTO*.

di Veronica Caporrino**

Sommario. 1. Gli strumenti normativi *soft* e il principio di legalità nel panorama giuridico europeo. – 2. Il diritto *soft*, forme di *governance* e ordine sociale. – 3. La cultura legislativa europea e gli atti di *soft law*. – 4. Il ruolo della *soft law* nelle politiche occupazionali europee. – 5. La Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio *Staying safe from COVID-19 during winter*: vaghezze terminologie e conseguenze giuridiche. – 6. La *soft law* nella giurisprudenza delle Corti europee e della *US Supreme Court*. – 7. Conclusioni.

95

1. Gli strumenti normativi *soft* e il principio di legalità nel panorama giuridico europeo.

L'analisi che si intende svolgere si colloca nel più ampio e dissertato dibattito riguardante le differenziazioni tra *soft law* e *hard law*, dove la prima può essere definita come un insieme di norme che in linea di principio non sono giuridicamente vincolanti, ma che possono avere effetti pratici¹.

* *Sottoposto a referaggio.*

** Ricercatrice t.d., lett. b), di Diritto privato comparato – Università della Campania Luigi Vanvitelli.

¹ F. Snyder, *Soft Law and Institutional Practice in the European Community*, in S. Martin, Dordrecht (a cura di), *The Construction of Europe: Essays in honour of Emile Noël*, European University Institute, 1994; l'a. definisce gli atti di *soft law* come “rules of conduct which in principle have no legally binding force but which nevertheless may have practical effects”. Si veda, J.E. Gersen e E.A. Posner, *Soft Law*, in *Stanford L. Rev.*, *Working Paper*, n. 213/2008. Gli aa. affermano che “soft law as a rule issued by a law-making authority that does not comply with constitutional and other formalities that are necessary for the rule to be legally binding”. Cfr. K.C. Wellens e G.M. Borchardt, ‘*Soft Law in European Community Law*’, in *European Law Review*, n. 14/1989, p. 267 ss. Essi ritengono che “the rules of conduct that find themselves on the legally non-binding level (in the sense of enforceable and sanctionable through international responsibility) but which according to the intention of its authors indeed do possess legal scope, which has to be further defined in each case. Such rules do not have in common a uniform standard of intensity as far as their legal scope is concerned, but they do have in common that they are directed at (intention of the authors) and do have as effect (through international law), that the conduct of States, international organisations and individuals is influenced by these rules, however without containing international legal rights and obligations”. Cfr., ancora sull'argomento, N. Jansen, *The Making of Legal Authority: Non-Legislative Codification in Historical and Comparative Perspective*, Oxford, Oxford University Press, 2010; A. Somma, *Soft law sed law. Diritto morbido e neocorporativo nella costruzione dell'Europa dei mercati e nella distruzione dell'Europa dei diritti*, in *Rivista critica di diritto privato*, 2008, p. 438, il quale ricomprende negli strumenti di *soft law* un diritto strutturalmente debole e fragile che può svolgere anche un effetto delegittimante nei confronti di regole precedentemente adottate in modo formale; F. Cafaggi, *Crisi della statualità, pluralismo e modelli di*

Il rapido sviluppo di tali strumenti alternativi alle fonti tradizionali è determinato dalla funzione positiva² cui essi assolvono. Pare che grazie al *soft law*, in una situazione di crisi della legalità nazionale e internazionale, si tenti di trovare delle mediazioni di natura giuridica, seppur attenuate, che allestiscono sullo scenario giuridico soluzioni flessibili e dinamiche³.

La sovranità, intesa come “potere di decidere sullo stato di eccezione”⁴, come monopolio nell’uso in ultima istanza della forza legittima, quale elemento fondante della legittimazione dello Stato nazionale, appare oramai posta in crisi dal fenomeno della globalizzazione. Nel mercato globale, dunque, la giuridicità perde la configurazione rigida che era tipica della tradizione positivista: “si produce così un variegato repertorio di strumenti giuridici che, piuttosto che seguire i classici percorsi della legalità, asseconda e promuove dinamiche giuridiche compatibili con l’estensione del raggio d’azione delle relazioni economiche. Questa giuridicità camaleontica, dal carattere spiccatamente adattivo e teleologico è chiamata a servire i mutevoli bisogni del mercato”⁵. Va, però, detto con convinzione che “il ‘buon diritto’ non è quello che si pone all’esclusivo o prevalente

autoregolamentazione, in *Politica e diritto*, n. 4/2001, p. 543 ss., il quale sostiene che gli atti di *soft law* possono essere il prodotto di una volontà normativa di un soggetto pubblico che non si è formata correttamente o che non ha concluso il suo procedimento di formazione ovvero può essere frutto di una dialettica tra formazione pubblica e autoregolamentazione. Per un’analisi più recente, v. V. Jacometti, *Il mutamento sopravvenuto di circostanze tra hard law e soft law. Profili di diritto comparato*, Torino, Giappichelli, 2022; G. Martinico, *Comparazione giuridica e forme di produzione normativa nel pensiero di Alessandro Pizzorusso*, in *DPCE online*, 2021; P. Sirena, *La scelta dei Principles of European Contract Law (PECL) come legge applicabile al contratto*, in *Rivista di diritto civile*, n. 3/2019, p. 609; T.E. Frosini, *Diritto comparato e diritto globale*, in M. Brutti e A. Somma (a cura di), *Diritto: storia e comparazione*, Francoforte, Max Planck Institute, 2018, p. 207; Id., *Legislazione e comparazione*, in *Diritto pubblico e comparato europeo*, n. 1/2015, p. 67; l’a. collega alla globalizzazione l’affermarsi di “nuove e varie fonti del diritto come la *soft law* [...] frutto di una prassi giuridica che altera la gerarchia normativa e che sottrae agli Stati la titolarità del diritto consentendo ad altri soggetti, soprattutto privati, di partecipare attivamente alla produzione del diritto”.

² G.C. Shaffer e M.A. Pollack, *Hard vs. Soft Law: Alternatives, Complements and Antagonists in International Governance*, in *Legal Studies Research*, Paper Series, 2000, 9. Gli aa. affermano che “states that are genuinely uncertain of their interests in a given issue area may prefer to avoid hard-law commitments that will be difficult to change at a later time, preferring the flexibility of soft-law instruments instead”.

³ F. Beveridge e S. Nott, “*A hard look at soft law*”, in P. Craig e C. Harlow, (a cura di), *Law making in the European Union*, London, Kluwer Law International, 1998, p. 290.

⁴ V., sul punto, C. Schmitt, *Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre der Souveränität*, (1922), Berlin, Duncker & Humblot, 2004, p. 43. Egli sostiene che “Lo stato di eccezione ha per la giurisprudenza un significato analogo [*analoge Bedeutung*] a quello del miracolo per la teologia. Solo con la consapevolezza di questa posizione analogo [*analoge Stellung*] si può comprendere lo sviluppo subito dalle idee della filosofia dello Stato negli ultimi secoli”. Cfr., sull’argomento, G. Agamben, *Homo sacer. Il potere sovrano e la nuda vita*, Torino, Giappichelli, 1995, p. 121, il quale sostiene che “doppia eccezione dello stato di eccezione come una ‘soglia di indifferenza’, perché la distinzione tra diritto e fatto è appunto originata dalla costituzione del normativo, ed è posteriore al gesto che la istituisce”.

⁵ Così puntualmente, M.R. Ferrarese, *Le istituzioni della globalizzazione, Diritto e diritti nella società transnazionale*, Bologna, Il Mulino, 2000, p. 91.

servizio delle ragioni economiche ma quello che sa contrapporsi ad esse, impedendo la mercantilizzazione della società»⁶. Con tali convinzioni si analizzerà la concreta portata degli atti normativi *soft* nel campo della tutela dei diritti fondamentali e, seguendo l'impostazione metodologica della comparazione, saranno evidenziate le analogie e le differenze tra gli ordinamenti giuridici considerati, al fine di appurare l'incisività di tali strumenti in termini di effettività di tutela. Come noto, l'utilizzo del metodo comparativo, nel rispetto della sua naturale vocazione a far emergere i particolari di ogni singolo ordinamento considerato – al fine di poter procedere all'individuazione delle somiglianze e delle differenze –, si estrinseca mediante l'analisi di categorie edificate secondo un approccio induttivo, muovendo dall'osservazione dei congegni giuridici nel loro concreto atteggiarsi⁷.

In tale direzione, si tenterà di valutare il grado di protezione allestito dai Principi delle Nazioni Unite su *Business and Human Rights (UN Guiding Principles on Business and Human Rights – UNGPs)*, strumenti *soft* di valutazione della responsabilità da parte delle imprese nel rispetto dei diritti umani, nell'ordinamento giuridico europeo e in quello statunitense. La scelta degli ordinamenti muove dalla consapevolezza di maneggiare norme appartenenti a Paesi nei quali il sistema di protezione dei diritti fondamentali si muove su due livelli, generando quella che è stata definita una “endemica tensione tra uniformità e diversità”⁸.

2. Il diritto *soft*, forme di *governance* e ordine sociale.

Il progredire dell'integrazione europea ha determinato un'accelerazione del processo di coordinamento delle legislazioni degli Stati membri. L'esigenza di una regolamentazione uniforme ha evidenziato la necessità di risolvere il conflitto tra l'unicità del mercato e l'edificazione di un sistema giuridico e giudiziario quanto più possibile *omogeneo*, in relazione al pericolo rappresentato dalla coesistenza di sistemi eterogenei. Il superamento

⁶ C. Donisi, *Verso la «depatrimonializzazione del diritto privato»*, in *Rassegna di diritto civile*, 1980, p. 683 ss.

⁷ In tal senso, v. M. Brutti, *Sulla convergenza tra studio storico e comparazione giuridica*, in M. Brutti e A. Somma (a cura di), *Diritto: storia e comparazione. Nuovi propositi per un binomio antico*, cit., p. 70.

⁸ E. Stein, *Uniformity and Diversity in a Divided-Power system: The United States' Experience*, in *Thoughts from a Bridge. A Retrospective Writings on New Europe and American Federalism*, Ann Arbor, The University of Michigan Press, 2000, p. 311.

della statualità e della territorialità⁹ spesso viene fatto coincidere con un'attenuazione del carattere politico dell'ordine europeo.

Il processo di evoluzione del capitalismo è giunto ad una fase in cui la forza speculativa spinge le dinamiche di sviluppo oltre gli ambiti locali, con conseguenti perdite di valore per un patrimonio sociale fondato sulle differenze etniche, culturali, religiose e politiche. La vita del cittadino cambia e diventa parte di un sistema in cui le regole giuridiche non hanno più un'origine politico-istituzionale e non sono più espressione di una volontà popolare ben definita, alimentata da spazi di partecipazione democratica e di autodeterminazione degli individui. La battaglia da combattere, pertanto, non sembra tanto quella competitiva dei sistemi giuridici¹⁰, nella quale cercare e trovare la migliore regola possibile, quanto quella del bilanciamento dei poteri a livello internazionale dovuto ad un accordo *blindato* fra Stati, che riassumano così il proprio ruolo in nome dei principi su cui fondano la propria legittimazione¹¹. In tale direzione si è ritenuto che una possibile soluzione potesse essere rappresentata da una nuova forma di governo: la *governance* globale¹².

Il concetto di *global governance*¹³ comprende tutte quelle norme introdotte da accordi bilaterali e multilaterali posti in essere a vari livelli, locale, nazionale e internazionale, al fine di regolamentare i flussi economici che si realizzano sul mercato mondiale. Essa richiede un forte impegno per una democrazia fondata sulla società civile.

Ne discende che il diritto è lo specchio della società che cattura nelle sue manifestazioni l'ordine sociale¹⁴; pertanto, lo Stato di diritto si collega ad un modello di democrazia che si realizza attraverso il ricorso ai principi di legalità e certezza del diritto¹⁵ al fine di

⁹ Sull'argomento, v. N. Irti, *Il salvagente della forma*, Roma-Bari, Laterza, 2007, p. 78, "La tradizione conosceva soltanto lo spazio statale, individuato dai confini e così distinto da altri spazi statuali. [...] Ma, poiché la sovranità di taluni Stati si è auto-limitata, e date materie sono state deferite a fonti di comune diritto, ecco slargarsi uno spazio giuridico sovra-nazionale".

¹⁰ A. Zoppini (a cura di), *La concorrenza tra ordinamenti giuridici*, Roma-Bari, Laterza, 2004.

¹¹ J. Scott e D.M. Trubek, *Mind the Gap: Law and New Approaches to Governance in the European Union*, in *European Law Journal*, n. 8/2002, p. 1 ss.

¹² M. Zürn, *Global Governance*, in G.F. Schuppert (a cura di), *Governance-Forschung*, Baden-Baden, Vergewisserung über Stand und Entwicklungslinien, 2005.

¹³ J.N. Rosenau e E.O. Czempiel, *Governance without Government: Order and Change in World Politics*, Oxford, Oxford University Press, 1992.

¹⁴ B.Z. Tamanaha, *A General Jurisprudence of Law and Society*, Oxford, Oxford University Press, 2001. Cfr., sul punto, P. Grossi, *Universalismo e particolarismo nel diritto*, Napoli, 2011, p. 7, che nel definire la dimensione essenziale del diritto parla di carnalità per il fatto che il diritto è scritto sulla pelle degli uomini.

¹⁵ Il principio della certezza del diritto rientra fra i principi generali dell'ordinamento europeo. Il proliferare delle norme, il loro continuo (e a volte disordinato) formarsi ed integrarsi rischia di creare una crisi di credibilità nelle garanzie offerte dall'ordinamento giuridico. La certezza delle norme è la garanzia che effettivamente i destinatari si comporteranno in base ad esse. Occorre, dunque, che la norma sia chiara, conosciuta e coerente e la sua applicazione prevedibile per gli amministrati. È opinione ricorrente che essa

costruire un ordine basato su una tradizione liberal-costituzionale¹⁶ caratterizzata dalla centralità della legge, dall'indipendenza dei giudici e dalla prevedibilità delle conseguenze giuridiche delle azioni individuali.

3. La cultura legislativa europea e gli atti di *soft law*.

Le considerazioni svolte rappresentano la base giuridica da cui partire al fine di verificare, in una prospettiva *de iure condito*, le relazioni che esistono tra *soft* e *hard law*.

Nel tentare di individuare le ragioni che risiedono nell'utilizzo di strumenti di produzione normativa *soft*, va detto che “the concept of soft law may be used to embrace those features of a mature legal system which give that system its flexibility and dynamic character. The extensive use of soft law can be seen as a reaction to the need for a more flexible regulatory system. Other legal measures have proven to be inadequate to meet the challenges in a market developing at immense speed”¹⁷. Si assiste, così, ad una fase nella quale le tradizionali fonti di produzione normativa e le inflessibili procedure decisionali, non sono in grado di ottemperare in maniera adeguata alle esigenze richieste dalla società contemporanea, aperta e in continuo divenire, sempre più esposta alla libera azione delle forze del mercato globale, sia per quanto concerne il profilo della qualità legislativa sia per ciò che riguarda la rapidità dell'elaborazione normativa. A riguardo sono emblematiche le conclusioni dell'Avvocato Generale VerLoren van Themaat, formulate nel caso *Loiret and Haentjes*¹⁸ il quale afferma(va) che “very soon the lawyer will get the impression of having descended into a labyrinth”.

Non si può tacere che gli strumenti di *soft law* rappresentano una alternativa alla regolamentazione tradizionale in un contesto nel quale l'Unione europea assume sempre

consista nella determinazione precisa, per quanto sia possibile, degli effetti che l'ordinamento giuridico imputa ad un dato comportamento, affinché il cittadino possa conoscere in anticipo le conseguenze della propria azione, così, F. Viola e M. Urso, *Scienza giuridica e diritto codificato*, Torino, Giappichelli, 1990.

¹⁶ Sul punto, v. P. Calamandrei, *Costruire la democrazia (Premesse alla Costituente)* (1945), ora in M. Cappelletti (a cura di), *Opere giuridiche*, III, Napoli, ESI, 1968, p. 132 s. Cfr. F. Lopez de Oñate, *La certezza del diritto*, Milano, Giuffrè, 1968, p. 48.

¹⁷ F. Beveridge e S. Nott, “A hard look at soft law”, in P. Craig e C. Harlow (a cura di), *Law making in the European Union*, London, Klumer, 1998, p. 290.

¹⁸ Corte giust., 28 ottobre 1982, cause riunite C-292-293/81, Société Jean Lion et Cie, Société Loiret & Haentjens SA c. Fonds d'intervention et de régularisation du marché du sucre (FIRS), in Racc. 1982, p. 3887.

più le fattezze di uno Stato sociale di diritto, rispettoso dei diritti fondamentali¹⁹.

In tale direzione, l'Unione europea ha sviluppato una politica di regolamentazione, che pone l'accento sull'uso di strumenti alternativi *soft*, il Libro Bianco sulla *governance* europea ne rappresenta l'esempio paradigmatico, o su strumenti complementari alla normativa tradizionale, definendo in tal modo una nuova cultura legislativa europea²⁰.

Ai fini di una verifica di quanto sin qui detto, si riporta a titolo meramente esemplificativo il Libro Bianco della Commissione europea pubblicato nel 2001, *La governance europea*²¹, al fine di chiarire la posizione assunta dall'Unione in merito alle nuove possibilità di sviluppo economico e umano offerte dalla globalizzazione. Esso muove dal *paradosso* politico europeo che vede i cittadini, da un lato, chiedere alle istituzioni di risolvere i grandi problemi della società nella quale essi vivono e, dall'altro, nutrire sempre minore fiducia nelle istituzioni e nelle politiche che esse adottano. Muovendo dalla considerazione che i cittadini "non credono più che un sistema complesso riesca a conseguire ciò che essi desiderano"²², il legislatore europeo ha adottato un modello di *governance* ispirato ai

¹⁹ Per anni uno degli aspetti più controversi del processo di integrazione europea è stato quello derivante dall'assenza di disposizioni volte a tutelare, a livello europeo, i diritti inviolabili dell'uomo. I Trattati comunitari non prevedevano nulla a tal proposito, tant'è che la Corte di giustizia si è ripetutamente pronunciata competente ad assicurare il rispetto del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione del Trattato stesso ma non era mai andata oltre i limiti che le erano posti dall'ordinamento di appartenenza. La grave lacuna esistente fu parzialmente colmata dalla Corte di giustizia con la sentenza Stauder, nella quale affermò l'esigenza che «la tutela dei diritti fondamentali costituisca parte integrante dei principi generali di cui la Corte garantisce l'osservanza». V. Corte giust., 12 novembre 1969, causa C-29/69, Stauder, in Racc. 1969, p. 419 ss.; v., in termini più ampi, G. Tesaurò, *I diritti fondamentali nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *Rivista internazionale dei diritti dell'uomo*, 1992, 2, p. 426 ss.; F. Zampini, *La Cour de justice des Communautés européennes gardienne des droits fondamentaux "dans le cadre du droit communautaire"*, in *Revue droit européen*, n. 35/1999, p. 659 ss. Successivamente, la Corte ha tenuto sempre più in considerazione i diritti fondamentali quali risultano dalle «tradizioni costituzionali comuni» agli Stati membri; v. sul punto, Corte giust., 14 maggio 1974, causa C-4/73, Nold c. Commissione delle Comunità europee, in Racc. 1974, p. 491, punto 13. In tale occasione la Corte ha affermato che i diritti fondamentali sono parte integrante dei principi generali del diritto, di cui la Corte garantisce l'osservanza e che la Corte stessa, garantendo la tutela di tali diritti, è tenuta ad ispirarsi alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, e non potrebbe ammettere provvedimenti incompatibili con i diritti fondamentali riconosciuti e garantiti dalle costituzioni di tali Stati. V. N. Irti, *Il salvagente della forma*, cit., p. 91, il quale sostiene che le costituzioni europee rispettano, restituendone la dignità, i diritti fondamentali; non soltanto a quelli espressamente garantiti ma anche a quelli *riconosciuti* dalle Carte e come tali ritenuti preesistenti allo Stato.

²⁰ Si veda il Report su *Implementation of the Commission's work programme for 1996*, European Commission, Bruxelles, 16 October 1996, p. 10.

²¹ Libro Bianco, *La governance europea*, COM (2001) 428 def., Bruxelles 5 agosto 2001. Per la dottrina, v. R. Mayntz, *The State and Civil Society in Modern Governance*, in www.clad.org.ve/anales6/mayntz.html; A. Gatto, *The Law and Governance debate in the European Union*, Ginevra, International Institute for Labour Studies, 2006, laddove si legge "governance indicates a new mode of government where state and non-state institutions, public and private actors participate and often cooperate in the formulation and implementation of public policy. The developments in the field of governance, indeed, indicate an erosion of territorial, nation-state centred political governance and nation-state constitutionalism".

²² «I cittadini non si sentono necessariamente meno europei. Essi si aspettano, anzi, che vengano attuate azioni in tutta l'Europa in numerosi settori, ma non credono più che un sistema complesso riesca a conseguire ciò che essi desiderano»; così Libro Bianco, *La governance europea*, cit.

principi di apertura, partecipazione, responsabilità, efficacia e coerenza, posti a sostegno dei fondamentali principi di proporzionalità²³ e di sussidiarietà²⁴. L'obiettivo dichiarato del Libro Bianco è l'integrazione dei popoli europei nel rispetto delle identità nazionali²⁵, in base al metodo comunitario di garantire un trattamento equo ed un contemperamento dei differenti interessi in gioco. Il documento ipotizza un'Europa *concreta*, dove la *governance* si esplica su più livelli, vale a dire, attingendo alle capacità e alle competenze che ciascuna delle parti interessate è in grado di fornire per partecipare al successo globale del sistema europeo. La *governance* è una forma di gestione in cui i gruppi o i singoli individui provenienti da varie istituzioni, organizzazioni, organi e imprese, a vari livelli collaborano in rete, nel quadro di un partenariato pubblico e privato. Per far ciò occorre che un primo processo di riforma, ispirata alle nozioni di flessibilità e differenziazione²⁶, maturi

²³ Il principio di proporzionalità, pur dotato di radici profonde nella nostra cultura giuridica, esprime in termini nuovi la forza modellatrice degli assetti di interessi, in direzione di un equilibrio sostanziale e dinamico delle posizioni giuridiche soggettive e in stretta osservanza dei valori caratterizzanti l'ordinamento. Sul punto, per un ampio approfondimento dottrinale e per un'analisi applicativa del principio, si rinvia alle acute osservazioni di F. Casucci, *Il sistema giuridico «proporzionale» nel diritto comunitario*, Napoli, ESI, 2004, *passim*. Cfr. D.U. Galetta, *Il principio di proporzionalità nella giurisprudenza comunitaria*, in *Rivista italiana diritto pubblico comunitario*, n. 3/1993, p. 840; E. Cannizzaro, *Il principio della proporzionalità nell'ordinamento internazionale*, Milano, Giuffrè, 2000.

²⁴ Per un'analisi dei profili costituzionali del principio, v. G. Vittadini, *Sussidiarietà. La riforma possibile*, Milano, Giuffrè, 1998; A. Albanese, *Il principio di sussidiarietà orizzontale: autonomia sociale e compiti pubblici*, in *Diritto pubblico*, n. 1/2002, p. 51 ss.; M. Cammelli, *Il principio di sussidiarietà e sistema delle amministrazioni pubbliche*, in *Quaderni regionali*, 2002, p. 453 ss.; A. D'Andrea, *La prospettiva della Costituzione italiana ed il principio di sussidiarietà*, in *Jus*, n. 2/2000, p. 227 ss.; G.U. Rescigno, *Il principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, in *Diritto pubblico*, n. 1/2002, p. 5 ss.

²⁵ Sul punto, v. Corte cost., 5 giugno 1984, n. 170, in *Foro it.*, 1984, I, c. 2063. In tale pronuncia si afferma che la legge di esecuzione del Trattato può essere soggetta al sindacato di legittimità «in riferimento ai principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale e ai diritti inalienabili della persona umana». Per la giurisprudenza straniera, v. BVerfG, 29 maggio 1974 (Solange I), in BVerfGE, 37, p. 271. «Sino a quando la Comunità non si doterà di una enunciazione codificata dei diritti fondamentali votata da un Parlamento e corrispondente all'enunciazione contenuta in Costituzione, si deve considerare necessario il rinvio alla Corte costituzionale per verificare la rispondenza della normativa comunitaria ai diritti fondamentali del Grundgesetz». Si veda ancora BVerfG, 30 giugno 2009, in www.Bundesverfassungsgericht.de. La Corte costituzionale tedesca dichiara l'incostituzionalità di una delle due leggi costituzionali di adattamento al Trattato di Lisbona, reputando incompatibile con l'identità nazionale la restrizione dei poteri di una camera del parlamento. L'apertura verso l'integrazione europea «non pretende né una subordinazione sottratta ai limiti e al controllo del diritto costituzionale, né una rinuncia alla propria identità». Per la giurisprudenza francese, si veda, Corte cost., 27 luglio 2006, n. 2006, in www.conseil-constitutionnel.fr. Con tale pronuncia si allarga l'estensione dell'argine costituzionale alla penetrazione del diritto dell'Unione europea nell'ordinamento interno: non soltanto la sospetta contrarietà ad una o più disposizioni espresse e specifiche della Costituzione porterebbe ad un accertamento della costituzionalità della normativa di trasposizione, ma lo stesso esito sarebbe determinato da un contrasto di quest'ultima con qualsiasi regola o principio «inherent à l'identité constitutionnelle de la France» (considérant 19).

²⁶ Così, L. Senden, *Soft law, self-regulation and co-regulation in the European Law: Where do they meet?*, in *Electronic Journal of Comparative Law*, n. 9/2005, p. 10. «Governing sub lege does not only mean governing on the basis of the law, that there is a competence-conferring legal basis (the principle of legality), it also means governing within the boundaries of the law, that is in conformity with certain principles on which a constitutional state is based and which indicate the limits to the power to be exercised, with a view

all'interno della coscienza sociale europea, al fine di dare attuazione ai cambiamenti internazionali con spirito di originalità. L'emanazione del Libro Bianco, nell'evidenziare la necessità di mettere a punto un quadro regolamentare in grado di governare i processi evolutivi, aperti, pluralistici, costituisce la "verifica", in termini applicativi, dell'utilizzo della normativa *soft* da parte dell'Unione europea che conferma come i meccanismi giuridici si plasmano di volta in volta in relazione agli obiettivi da perseguire.

4. Il ruolo della *soft law* nelle politiche occupazionali europee.

L'interazione, in ambito europeo, degli strumenti di *hard law* e di *soft law* trova il suo esempio paradigmatico nella politica occupazionale, che seppur in maniera indiretta coinvolge i diritti fondamentali. In tale ambito, l'arricchimento del quadro delle fonti non si risolve in un mero dato numerico, ma palesa l'accoglimento di una prospettiva pluralistica. Il diritto del lavoro, infatti, vive di una dimensione di pluralismo regolativo ed istituzionale, di un sistema di *governance* multilivello. Il pluralismo delle fonti si coniuga con la diversità delle tecniche regolamentative adottate ai diversi livelli, che mutano a seconda delle competenze delle istituzioni coinvolte, delle finalità della normazione e di conseguenza del bilanciamento di interessi da realizzare. Si auspica, pertanto, una regolamentazione comune, la quale dovrebbe scaturire dalla condivisione degli obiettivi che sono il portato finale di sofisticate tecniche di mediazione. In tale direzione, l'utilizzo di tecniche *soft*²⁷ palesa l'accoglimento di una prospettiva non già di *government*, bensì di *governance*. Il confine fra le diverse tecniche di regolamentazione non è sempre ben definito e frequenti sono le ipotesi di "ibridazione"²⁸.

Di là dagli astratti dogmatismi, va detto che per quanto concerne le politiche occupazionali, l'esigenza di stabilità *versus* flessibilità, destreggiandosi tra spinte neoliberiste della deregolamentazione del mercato del lavoro e difesa dei principi del modello sociale

to ensuring the freedom and liberty of citizens. Governing per lege means that power should be exercised through the adoption of laws, inter alia with a view to ensuring legal certainty and equality".

²⁷ D.L. Shelton, *Soft law*, in *Public Law and Legal Theory*, Paper n. 322/2008; l'a. sostiene che "Soft law is used because social policy and welfare standards are particularly critical to governments and traditionally the exclusive domain of national legislatures. States are very reluctant to turn over competence in these matters, especially where there is no pre-existing formula or agreed standards. The EU cannot insist on uniform measures but must ensure easy and rapid revisability of norms and objectives. The first five years of program showed a convergence towards the common EU objectives in the policy guidelines".

²⁸ D.M. Trubek, P. Cottrell e M. Nance, "Soft Law," "Hard Law," and *European Integration: Toward a Theory of Hybridity*, in *Legal Studies Research*, Paper n. 1002/2005.

europeo, mira a contemperare l'esigenza delle imprese di adattarsi alle trasformazioni economiche, garantendo ai lavoratori una "ragionevole sicurezza [...] ritenuta essenziale per il benessere dei singoli e per la coesione sociale"²⁹.

Il primo significativo momento di transito della politica occupazionale (artt. 145 ss. Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea) verso l'uso di forme e metodi di regolazione alternativi al modello tradizionale dell'armonizzazione è rappresentato dalle raccomandazioni del Consiglio n. 92/441 e n. 92/442³⁰. Esse hanno ad oggetto la convergenza degli obiettivi e delle politiche di protezione sociale e hanno inaugurato la nuova stagione dell'avvicinamento, mediante la normativa *soft*, dei sistemi nazionali di protezione sociale. La strategia della convergenza si basa su di un approccio flessibile³¹ caratterizzato dall'uso combinato di strumenti *soft* e dallo scambio di informazioni e di *know how* sociale tra gli Stati membri al fine di promuovere obiettivi condivisi.

La ricerca di una strumentazione politico-istituzionale alternativa all'armonizzazione arriva ad un punto di svolta con la positivizzazione della Strategia Europea dell'occupazione (SEO)³² e del coordinamento aperto delle politiche nazionali del lavoro³³. Nell'ambito del Consiglio Europeo di Lisbona, tenutosi nel marzo 2000, è stato introdotto, ai fini del raggiungimento del c.d. obiettivo strategico quale nuovo strumento generale di *governance* sociale³⁴, il metodo aperto di coordinamento (MAC – *Open Method of Co-*

²⁹ Così, J. Kenner, *The EU Employment Title and the «Third Way»: Making Soft Law Work?*, in *International Journal of Comparative Labour Law*, 1999, p. 33.

³⁰ Raccomandazione del Consiglio del 24 giugno 1992 in cui si definiscono i criteri comuni in materia di risorse e prestazioni sufficienti nei sistemi di protezione sociale, in GU 26 agosto 1992, n. L 245, p. 46; Raccomandazione del Consiglio del 27 luglio 1992, relativa alla convergenza degli obiettivi e delle politiche della protezione sociale, *ivi*, p. 49.

³¹ S. Sciarra, *Social values and the multiple sources of European social law*, in *European Law Journal*, n. 1/1995, p. 60.

³² La SEO utilizza il *benchmarking* e la *paper review*. Il primo, letteralmente comparazione formalizzata, consiste nella valutazione dei risultati alla luce di parametri comuni e permette alle parti sociali di utilizzare in maniera strategica i parametri oggetto del *benchmarking* al fine di trarre vantaggio nei processi negoziali. La seconda consiste in una valutazione dettagliata dei risultati ottenuti dai soggetti interessati. Tali strumenti, nonostante siano atti di *soft law* producono effetti giuridici, dando luogo a una forma di convergenza. Pertanto, si può affermare che la SEO ha individuato un metodo di intervento che non parte dall'alto per imporre agli Stati membri determinati obblighi, ma si fonda su un circolo virtuoso mediante il quale le informazioni derivanti dalle analisi delle politiche adottate dagli Stati membri vengono veicolate a livello europeo, divenendo elemento fondante delle indicazioni del Consiglio circa le politiche nazionali da seguire. Così, E. Ales, *Lotta all'esclusione sociale attraverso l'open method of co-ordination: prime riflessioni (2000-2002)*, in M. Barbera (a cura di), *Nuove forme di regolazione: il metodo aperto di coordinamento delle politiche sociali*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 18.

³³ S.B. Caruso, *Alla ricerca della «flessibilità mite»: il terzo pilastro delle politiche del lavoro comunitarie*, in *Diritto delle relazioni industriali*, n. 3/2000, p. 143, il quale evidenzia la differenza tra armonizzazione e coordinamento. La prima implica la convergenza degli ordinamenti giuridici; il coordinamento ha ad oggetto le politiche nazionali.

³⁴ Per un'analisi normativa sul punto, v. Libro Bianco, *Crescita, competitività, occupazione*, Bruxelles, 1993, p. 61. Il miglioramento del livello dell'occupazione nell'Unione impone alle imprese il conseguimento di una

ordination – OMC)³⁵. Il MAC, strumento di *soft law*³⁶ – come si legge nel paragrafo 37 delle conclusioni del Consiglio Europeo di Lisbona –, implica la definizione di orientamenti comuni europei, nonché di un calendario di azioni per la realizzazione di obiettivi prestabiliti, basandosi, qualora necessario, su indicatori e parametri di comparazione. Esso prevede un’ampia partecipazione al procedimento di formazione delle regole ma allo stesso tempo è incapace di imporre comportamenti e di sanzionare il mancato rispetto degli impegni assunti³⁷.

Quanto osservato costituisce la prova che, pur avendo posto in essere una modalità *soft* per affrontare la questione della regolazione sociale³⁸, pare essa non sia tale nel perseguire gli obiettivi prefissati; anzi sembra un’occasione nella quale al posto della normativa *hard* – adatta al perseguimento di un’armonizzazione normativa –, la normativa *soft* l’abbia addirittura soppiantata.

5. La Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio *Staying safe from COVID-19 during winter: vaghezze terminologie e conseguenze giuridiche.*

Per intendere più compiutamente il tema oggetto di analisi appare importante indagare anche quelle situazioni nelle quali l’utilizzo della normativa *soft*, da parte del legislatore europeo, pare non persegua appieno l’obiettivo principale di protezione dei diritti

competitività globale sui mercati aperti e concorrenziali, siano essi europei o mondiali. I poteri pubblici nazionali e europei hanno la responsabilità di creare un contesto favorevole per l’industria, di fornirle le prospettive chiare e prevedibili e di favorire lo sviluppo della sua competitività a livello internazionale. Si veda, altresì, Libro Verde, Sull’innovazione, Lussemburgo, 1996, p. 36; nonché, con un taglio più marcato sulle politiche sociali, v. COM (2000) 78 def., Politiche della Comunità a sostegno dell’occupazione, Bruxelles, 1° marzo 2000.

³⁵ Si veda per un’analisi dettagliata sull’argomento, D.M. Trubek e G.L. Trubek, *Hard and Soft Law in the Construction of Social Europe: the Role of the Open Method of Co-ordination*, in *European Law Journal*, 2005, 11, p. 343 ss.; J. Scott e D. Trubek, *Mind the Gap: Law and New Approaches to Governance in the European Union*, cit., i quali definiscono il MAC come un “New Modes of Governance”. Per la normativa di diritto dell’Unione europea v. Regolamento della Commissione del 14 marzo 2011, n. 249 che adotta le specifiche del modulo ad hoc 2012 sul passaggio dal lavoro alla pensione di cui al regolamento (CE) n. 577/98 del Consiglio, in GU 15 marzo 2011, n. L67, p. 1.

³⁶ Così D.M. Trubek e J. Mosher, *New Governance, EU Employment Policy, and the European Social Model*, in J. Zeitlin (a cura di), *Governing Work and Welfare in a New Economy: European and American Experiments*, Oxford, Oxford University Press, 2003, p. 33.

³⁷ Così, P.G. Monateri e A. Somma, *Il modello di civil law*, Torino, Giappichelli, 2016, p. 193.

³⁸ Vedi A. Lo Faro e A. Andronico, *Metodo aperto di coordinamento e diritti fondamentali. Strumenti fondamentali o grammatiche differenti?*, in *Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, 108/2005, p. 514.

fondamentali.

L'emergenza virale che ha intaccato, per quasi tre anni le fondamenta del sistema sociale ed economico, sul quale si fonda la democrazia occidentale, non soltanto ha prodotto reazioni diverse ma ha anche fornito risposte non univoche alla forte richiesta di "domanda di salute".

Se è vero che *diritto dell'individuo e benessere dei popoli*, solidarizzano nello specchio del diritto europeo (art. 3 TUE) e dei diritti nazionali, non si può tacere che in questo caso il *connubio normativo* ha manifestato i suoi limiti, perseguendo un bilanciamento claudicante. Tali limiti hanno prodotto crisi di ogni genere. Tralasciando quelle di natura sanitaria ed economica, si evidenzia qui l'esistenza di una normazione senza *corona*, per contrastare l'epidemia causata dal *Corona-virus*. L'attività normativa delle istituzioni europee e nazionali ha posto in essere un diritto composto da Linee guida³⁹, Indicazioni operative⁴⁰, DPCM⁴¹ che pare rappresentino la congerie giuridica al quale il legislatore, europeo e nazionale, è avvezzo.

Con riferimento agli atti europei si cita, a titolo esemplificativo, la Comunicazione Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio dal titolo *Staying safe from COVID-19 during winter*⁴² del 2 dicembre 2020. In tale atto la Commissione tenta di ribadire la linea *di difesa* contro il COVID-19, già contenuta in tanti altri documenti *soft*, mediante un approccio vaporoso che è rinvenibile, non soltanto nella forma ma anche nella sostanza.

In tale documento, in più occasioni, è menzionata l'espressione «si consiglia» di tenere determinati comportamenti. Tale vaghezza terminologica si riflette sul piano giuridico e produce due ordini di conseguenze. La prima riguarda il diverso atteggiamento assunto dagli Stati membri nei confronti del *rispetto* di tali *consigli*. La seconda attiene al profilo discriminatorio/sanzionatorio che tale vaporosità produce; tutte questioni giuridiche di non poco conto. Siamo in presenza di un atto *soft* che mette alle strette il principio di legalità e nella sua vaporosità giuridica fa sì che la legittimazione democratica ceda il passo all'effettività, la quale, pur essendo una presenza stabile, mette ai margini la legalità⁴³.

³⁹ Si pensi a quelle in tema di responsabilità sanitaria.

⁴⁰ Indicazioni operative per la gestione di casi e focolai di SARS-CoV-2 nelle scuole e nei servizi educativi dell'infanzia.

⁴¹ Per un'analisi dettagliata sull'argomento, v. D. Trabucco, *Il «virus» nel sistema delle fonti: Decreti-legge e DPCM al tempo del Covid-19 tra principio di legalità formale e principio di legalità sostanziale*, in *Nomos*, n. 2/2020. Ancora, sull'argomento, L. Bartolucci e L. Di Majo, *Le prassi delle istituzioni in pandemia*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2022.

⁴² COM (2020) 786 def.

⁴³ P. Grossi, *Ritorno al diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2015.

Sembra che la tutela dei diritti fondamentali, quali il diritto alla salute, sia sotto-posta al rispetto di *inviti* e *consigli*, che seppur rientranti nelle vaghezze verbali, come l'utilizzo delle espressioni di «prossimità», «congiunti», e dunque, superabili con un salto di ultronea generosità interpretativa, lo stesso non può dirsi per le vaghezze sostanziali che ne derivano. Qui neanche la estrosa generosità giustificatoria sembra possa tenere. La prescrizione giuridica, monca dell'anello della legalità, potrebbe essere sottoposta a delle sanzioni precise.

L'indagine svolta in merito all'ordinamento giuridico europeo, che come noto in materia sanitaria prevede la definizione e l'attuazione di tutte le politiche e attività dell'Unione per garantire un elevato livello di protezione della salute umana (art. 168, par. Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea – TfUE), riconosce in capo ai singoli Stati la responsabilità primaria per la tutela della salute e la conseguente emanazione da parte degli stessi di norme in materia. Non potendo illustrare tutte le norme emanate dai singoli Stati membri in materia, si richiama, anche per una ragione di appartenenza a chi scrive, l'ordinamento giuridico italiano. Qui, il d.l. n. 158/2020 introduce limitazioni alla libertà di circolazione ma non contiene norme sanzionatorie in merito alla violazione dei divieti e dei limiti in esso previsti. Nella consapevolezza della limitazione delle norme richiamate, si può affermare che dal confronto tra norme europee e norme nazionali emerge una differenza: nel diritto europeo la normativa *soft*, seppur con *inviti* e *consigli*, pare sia la via giuridica da percorrere per risolvere seri problemi epidemiologici; al contrario, nel diritto italiano la normativa *hard* prevede *limitazioni* e *divieti* ma non accompagnati da sanzioni in caso di violazione. In entrambi gli ordinamenti è tracciabile una analogia: il *connubio normativo* tra diritto alla salute e benessere della collettività, nelle sue manifestazioni *soft* e *hard*, percorre vie tortuose che rischiano di minare la funzione regolatrice e ordinatrice propria del diritto e di snaturarsi in uno scomposto e confuso diritto dell'emergenza.

6. La *soft law* nella giurisprudenza delle Corti europee e della *US Supreme Court*.

Seguendo l'impostazione metodologica delineata nel primo paragrafo si tenta di indagare in che modo la tutela dei diritti fondamentali si attegga nel diritto europeo e nel diritto statunitense con riferimento ai UNGPs. La scelta di tali ordinamenti è corroborata dalla

circostanza che sia il sistema federale statunitense sia quello *multilevel* europeo, derivano da un processo di aggregazione di Stati preesistenti, ciascuno dei quali dotato di un proprio sistema di protezione dei diritti fondamentali.

L'acquisita consapevolezza che nello studio del diritto non è possibile procedere in astratto ma occorre valutare in concreto la reale incidenza degli strumenti giuridici, induce ad indagare, seguendo la traiettoria comparatistica, il modo nel quale gli strumenti *soft* trovano applicazione in altri ordinamenti giuridici, sempre con riferimento alla tutela dei diritti fondamentali. Nello specifico, si analizzerà l'incidenza dei Principi delle Nazioni Unite su *Business and Human Rights (UN Guiding Principles on Business and Human Rights - UNGPs)*, quale strumento di valutazione della responsabilità da parte delle imprese del rispetto dei diritti umani, sia facendo riferimento alla giurisprudenza della *US Supreme Court* sia alle più recenti interpretazioni delle Corti europee⁴⁴. In tale direzione si segnala, altresì, la normativa emanata dal legislatore europeo in materia di dovuta diligenza e responsabilità delle imprese⁴⁵ e quella emanata dal legislatore francese, tedesco e norvegese⁴⁶.

Prima di addentrarci nella verifica dell'applicazione degli UNPGs, quale normativa *soft* da parte della *US Supreme Court*, è utile soffermarsi sulla rilevanza degli UNPGs. La responsabilità delle imprese per quanto concerne il rispetto dei diritti umani, oltre che da una serie di strumenti *soft*, è sancita dagli UNPGs che, rappresentano nel caso di specie, uno strumento che svolge funzioni di natura pre-legislativa, in quanto l'effettività e la necessità delle regole da essi prodotte costituiscono il fondamento della normativa *hard*. Tali Principi "richiedono" alle imprese di evitare violazioni di diritti umani.

La giurisprudenza della *US Supreme Court* nell'interpretare e applicare l'*Alien Tort Statute (ATS)*⁴⁷, conosciuto anche come *Alien Tort Claims Act*, ignora gli *standards* internazionali di responsabilità aziendale così come indicati negli UNPGs. Tale atteggiamento è ben evidente nel caso *Nestlé USA, Inc. v. Doe*⁴⁸, nel quale sei bambini schiavi del Mali ritengono di essere stati vittime di abusi dei diritti umani nelle piantagioni di cacao ivoriane.

⁴⁴ Per un'ampia analisi sull'argomento, v. E. Ciorcione, *The Role of Soft-Law in Adjudicating Corporate Human Rights Abuses: Interpreting the Alien Tort Statute in the Light of the UN Guiding Principles on Business and Human Rights*, in *European Papers*, n. 6/2021, p. 1236 ss.

⁴⁵ Risoluzione del Parlamento europeo del 10 marzo 2021 recante raccomandazioni alla Commissione concernenti la dovuta diligenza e la responsabilità delle imprese - Dovere di diligenza e responsabilità delle imprese, in GUUE 24 novembre 2021, C 474, p. 11.

⁴⁶ Per una mappatura legislativa v. www.corporatejustice.org.

⁴⁷ 28 U.S. Code § 1350, Alien's action for tort.

⁴⁸ Supreme Court of the United States of 17 June 2021 n. 19-416 Nestlé USA, INC. v. Doe et al.

La richiesta di accertare l'esistenza di una responsabilità per violazione dei diritti umani da parte della Nestlé è stata respinta dalla *US Supreme Court* in quanto si è ritenuto si trattasse di abusi subiti al di fuori del territorio degli Stati Uniti d'America, elemento che costituisce, sempre secondo la Corte, una «impermissible extraterritorial application of the ATS».

La decisione in epigrafe conferma l'orientamento della Corte⁴⁹ a restringere il campo di applicazione dell'*Alien Tort Statute*⁵⁰, mettendo a repentaglio la possibilità di prevenire e punire la violazione dei diritti umani nell'ambito delle attività imprenditoriali, seppur sulla base dell'applicazione di una normativa *soft*. Ancora! Forse la *US Supreme Court* ha mancato, come evidenziato nel caso *Nestlé USA, INC. v Doe*, di proporre un'interpretazione evolutiva del proprio diritto interno facendo leva sugli UNPGs, quale fonte *soft* ma orientata al perseguimento di una tutela più ampia rispetto a quella accordata dall'*Alien Tort Statute*. In una direzione opposta si segnala la giurisprudenza delle Corti europee⁵¹, in particolare del Tribunale dell'Aja il quale utilizza gli UNPGs quale strumento interpretativo del diritto interno. Nel recente caso sui cambiamenti climatici⁵², contenuto nella sentenza *Milieudéfensie and other associations against Royal Dutch Shell Plc (RDS)*⁵³, i ricorrenti hanno chiesto al Tribunale dell'Aja di ordinare al Gruppo Shell di ridurre le emissioni di gas in linea con quanto contenuto negli Accordi di Parigi. I ricorrenti hanno fondato la loro azione sul presupposto che il Gruppo RDS abbia un obbligo derivante dallo standard di diligenza, così come disciplinato dal codice civile olandese, che deve essere interpretato alla luce non soltanto degli UNPGs ma anche di altri strumenti *soft*, quali gli *UN Global Compact* e le *OECD Guidelines for Multinational Enterprises*⁵⁴. Qui il Tribunale, a differenza della *US Supreme Court*, ha ritenuto opportuno far riferimento agli UNPGs, quale normativa *soft*, per interpretare la disposizione del codice civile

⁴⁹ US Supreme Court judgment of 17 April 2013 n. 10-1491 *Kiobel et al. v. Royal Dutch Petroleum Co et al.*

⁵⁰ Per la dottrina sul punto, S. Deva e D. Birchall, *Research Handbook on Human Rights and Business*, Northampton, Edward Elgar Publishing, 2020, p. 46.

⁵¹ Seppur con riferimento ad altra normativa *soft*, v. per la giurisprudenza delle Corti europee, UK Supreme Court judgment of 10 April 2019 *Vedanta Resources Plc and another v. Lungowe and others* [UKSC] 20; UK Supreme Court judgment of 12 February 2021, *Okpabi and others v. Royal Dutch Shell Plc and another* [UKSC]. Per la dottrina v. R. Meeran, *Multinational Human Rights Litigation in the UK: A Retrospective*, in *Business and Human Rights Journal*, 2021, p. 255.

⁵² Per un'analisi sull'argomento dei cambiamenti climatici in un'ottica comparatistica, v. B. Pozzo, *Climate Change Litigation in a Comparative Law Perspective*, in *Ius Comparatum - Global Studies in Comparative Law*, n. 47/2021.

⁵³ The Hague District Court judgment of 26 May 2021 C/09/571932 *Vereniging Milieudéfensie v. Royal Dutch Shell Plc*.

⁵⁴ In tale direzione, v. C. Macchi e J van Zeven, *Business and Human Rights Implications of Climate Change Litigation: Milieudéfensie et al. v. Royal Dutch Shell*, in *Review of European, Comparative and International Environmental Law*, n. 30/2021, p. 409.

olandese in maniera evolutiva e offrire tutela a tutte quelle situazioni nelle quali sono riscontrabili violazione dei diritti umani da parte delle imprese⁵⁵. Tale interpretazione conferma l'attitudine dei giudici a tutelare i diritti umani, ambito nel quale la normativa *soft* sembra trovarsi a proprio agio.

Dalle considerazioni svolte emerge con chiarezza che tra il formante giurisprudenziale statunitense e il formante giurisprudenziale europeo vi è una differenza. Nonostante gli Stati Uniti d'America siano lo stato di origine di molte imprese multinazionali, essi sono ancora lontani dall'approntare una normativa analoga a quella europea⁵⁶ e anche la più recente giurisprudenza pare non lasci sperare in soluzioni migliori. Senza voler tentare di motivare l'inesistenza normativa è interessante valutare tale differenza partendo dall'approccio seguito dalle Corti. Il mancato riconoscimento della violazione di diritti umani, così come rinvenibile nel caso *Nestlé USA, Inc. v. Doe*, da parte della *US Supreme Court* sulla base del requisito della territorialità, pare denoti la volontà della medesima a rispettare la «impermissible extraterritorial application of the ATS» e a omettere di valutare l'impatto che quella inammissibile applicazione extraterritoriale potrebbe causare in termini di (mancata) tutela di sei bambini del Mali, costretti a subire abusi da parte di una impresa multinazionale.

Non ci si spinge oltre; tuttavia, sarebbe auspicabile un ritorno al “governo delle leggi”⁵⁷ e a prendere sul serio i diritti⁵⁸, riconoscendone il carattere sovrastatale e, dunque, la necessità di tutelarli non soltanto all'interno degli Stati ma anche oltre di essi, sia pur sulla base di una normativa *soft*.

7. Conclusioni.

L'analisi svolta nei paragrafi precedenti ci consente di affermare che l'identificazione dell'atto come *soft* o quale atto dotato dell'elemento della coercibilità non può essere rimesso all'utilizzo di un criterio meramente formale quale quello della denominazione; va privilegiato il criterio sostanziale e di validità; dunque, gerarchia e competenza, nonché

⁵⁵ Nella medesima direzione si veda Supreme Court of Canada, judgment of 28 February 2020 *Nevsun Resources Ltd. v. Araya*, 2020, SCC 5, 72.

⁵⁶ Risoluzione del Parlamento europeo del 10 marzo 2021 recante raccomandazioni alla Commissione concernenti la dovuta diligenza e la responsabilità delle imprese, cit.

⁵⁷ S. Rodotà, *Repertorio di fine secolo*, Roma-Bari, Laterza, 1999, p. 23.

⁵⁸ R. Dowrkin, *I diritti presi sul serio*, Milano, Giuffrè, 2010.

generalità ed astrattezza. La questione riguarda il piano della legittimità. Ed invero, ciò che sta alla base delle critiche rivolte a tali strumenti alternativi, di produzione leggera e privata, è l'idea della loro carenza di democraticità. È evidente che il termine di confronto è costituito dalla legge, illuministicamente intesa come massima espressione del diritto e della volontà popolare. Se ne può dedurre che il dibattito intorno al *soft law* risenta di una distorsione di fondo, derivante da una commistione tra qualificazione e legittimazione.

Gli strumenti di regolazione *soft* devono poggiare su meccanismi procedurali che implicano e al tempo stesso alimentano trasparenza, partecipazione allargata e comunicazione tra i vari settori della società civile e tra questi e i centri di governo⁵⁹. Tutto ciò non soltanto è compatibile con, ma è richiesto dalla *rule of law*⁶⁰ se quest'ultima viene concepita come un processo di legalizzazione e non come un insieme di requisiti prefissati di caratteristiche istituzionali, che possa essere o meno rispettato. Questo però non basta!

È vero che l'atto *soft*, così come evidenziato in precedenza, può produrre effetti giuridici ma sorge un interrogativo: se continuiamo con tale *legislazione* non stiamo forse tradendo l'idea di una Europa secondo cui ogni diritto per attendersi obbedienza, deve essere democraticamente legittimato? Inoltre, nell'analisi della dicotomia tra strumenti normativi vincolanti e non, emerge che questi ultimi si affermano là dove la normazione *hard* fallisce⁶¹? La risposta ai due interrogativi potrebbe essere affermativa e troverebbe la sua giustificazione nella circostanza che gli atti in oggetto posseggono delle caratteristiche peculiari, quali la capacità di trovare soluzioni sperimentali, di regolare le materie in modo flessibile e rapido, e in modo corrispondente ai problemi da risolvere⁶². Questo, però, non sempre accade. Ad un'analisi più approfondita, la risposta affermativa ai quesiti proposti appare superficiale soprattutto con riferimento al secondo quesito. Infatti, non sempre la normativa *soft* trova applicazione laddove fallisce la normativa *hard*. Come visto, e seguendo la traiettoria comparatistica che ha messo in evidenza la differenza tra l'ordinamento giuridico europeo e l'ordinamento giuridico statunitense, sembrano esistere ipotesi nelle quali si evidenzia una mancata volontà ad applicare la normativa *soft* che, più

⁵⁹ E. Meidinger, *Multi-Interest Self-Governance Through Global Product Certification Programs*, in *Buffalo Legal Studies*, Research Paper Series, 2006, p. 16.

⁶⁰ Per uno studio dettagliato sull'argomento, v. M. Bussani, *Il diritto dell'Occidente. Geopolitica delle regole globali*, Torino, Einaudi, *passim*. Cfr. K.W. Abbott, R.O. Keohane, A. Moravcsik, A.M. Slaughter e D. Snidal, *The Concept of Legalization*, in *International Organization*, 2000, p. 401 ss.

⁶¹ In tal senso, E. Meidinger, *o.u.c.*

⁶² Cfr. M.E. O'Connell, *The Role of Soft Law in a Global Order*, in *Commitment And Compliance. The Role of Non-Binding Norms*, in D. Shelton (a cura di), *The International Legal System*, Oxford, Oxford University Press, 2000, p. 100 ss.

di quella *hard*, offre tutela a situazioni giuridiche che comportano la violazione dei diritti umani. La giurisprudenza della *US Supreme Court* sembra non voler contribuire ad arginare tali violazioni da parte delle multinazionali⁶³, aggravando, nel caso analizzato, le condizioni di chi lavora nelle piantagioni di cacao. L'applicazione degli UNPGs, seppur normativa *soft*, avrebbe potuto fornire una soluzione capace di invertire la rotta di un modello di business *hard*, a lungo praticato, e tentare di arrestare gli abusi che si verificano nella filiera alimentare.

Abstract: Lo scritto si propone di valutare la tutela offerta dagli strumenti normativi *soft* in materia di diritti fondamentali, mediante la comparazione tra diritto europeo e diritto statunitense.

Abstract: The paper aims to evaluate the protection offered by soft regulatory instruments in the field of fundamental rights, through the comparison between European law and US law.

Parole chiave: Soft law – tutela dei diritti fondamentali – Corti europee – Corte Suprema statunitense.

Key words: Soft law – Protection of Fundamental Rights – European Courts – US Supreme Court.

⁶³ E. Ciorcione, *The Role of Soft-Law in Adjudicating Corporate Human Rights Abuses: Interpreting the Alien Tort Statute in the Light of the UN Guiding Principles on Business and Human Rights*, cit., p. 1306.