

Accesso al rimedio

Studio richiesto dal DFAE in adempimento del postolato 14.3663

Prof. Dr. iur. Christine Kaufmann, Centro svizzero di competenza per i diritti umani (CSDU)

Dr. Lukas Heckendorn Urscheler, Istituto Svizzero di Diritto Comparato (ISDC)

Zurigo e Losanna, 2017

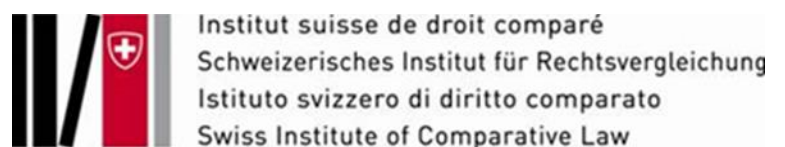
Sintesi in lingua italiana

Schw eizerisches Kompetenzzentrum für Menschenrechte (SKMR)

Centre suisse de compétence pour les droits humains (CSDH)

Centro svizzero di competenza per i diritti umani (CSDU)

Sw iss Centre of Expertise in Human Rights (SCHR)



ELENCO DEGLI AUTORI

Prof. Dr. Christine Kaufmann

Centro svizzero di competenza per i diritti umani (CSDU)

Dr. Lukas Heckendorn Urscheler

Istituto Svizzero di Diritto Comparato (ISDC)

MLaw Fabienne Bretscher

Centro svizzero di competenza per i diritti umani (CSDU)

Dr. Christoph Good

Centro svizzero di competenza per i diritti umani (CSDU)

MLaw Laura Marschner

Centro svizzero di competenza per i diritti umani (CSDU)

Dr. Gabriela Medici

Centro svizzero di competenza per i diritti umani (CSDU)

MLaw Fanny Pulver

Centro svizzero di competenza per i diritti umani (CSDU)

MLaw Gabriela Schwarz

Centro svizzero di competenza per i diritti umani (CSDU)

John Curran, LL.M.

Istituto Svizzero di Diritto Comparato (ISDC)

Karen T. Druckman, LL.M.

Istituto Svizzero di Diritto Comparato (ISDC)

Dr. Johanna Fournier, LL.M.

Istituto Svizzero di Diritto Comparato (ISDC)

Dr. Ilaria Pretelli

Istituto Svizzero di Diritto Comparato (ISDC)

Carole Viennet

Istituto Svizzero di Diritto Comparato (ISDC)

Henrik Westermarck, LL.M.

Istituto Svizzero di Diritto Comparato (ISDC)

Le opinioni espresse nel presente studio sono quelle degli autori. Solo il Centro svizzero di competenza per i diritti umani e l'Istituto svizzero di diritto comparato ne assumono la responsabilità.

INTRODUZIONE

[1] Il terzo pilastro dei Principi guida delle Nazioni Unite su imprese e diritti umani (UNGP, *United Nations Guiding Principles on Business and Human Rights*) esorta gli Stati a garantire che i soggetti che subiscono abusi da parte di imprese possano disporre di mezzi di ricorso per ottenere un risarcimento nei casi di violazione dei loro diritti umani. La disponibilità di meccanismi di denuncia degli abusi è parte integrante dell'obbligo dello Stato di proteggere le persone dalle violazioni dei diritti umani. Come sancito dall'articolo 25 – il «principio fondativo» della sezione degli UNGP sull'accesso al rimedio:

«25. Nel quadro del proprio dovere di protezione nei confronti degli abusi dei diritti umani commessi dalle imprese, gli Stati devono introdurre misure adeguate al fine di garantire, attraverso strumenti giuridici, amministrativi, legislativi o altri mezzi adeguati, che nei casi in cui tali abusi si verificano sul rispettivo territorio e/o sotto la propria giurisdizione i soggetti che ne risultino danneggiati possano accedere a efficaci misure di risarcimento».

[2] Ponendo l'accento sulla necessità di offrire rimedi effettivi ed efficaci e alle vittime, i successivi articoli della terza parte degli UNGP sanciscono che, per garantire l'accesso al risarcimento non solo è necessario prevedere procedimenti giurisdizionali e pratiche o procedure non giudiziarie all'interno dell'ordinamento giuridico statale, ma servono anche meccanismi di denuncia non statali. Così, oltre ai provvedimenti e alle iniziative degli Stati per migliorare l'accesso ai mezzi di ricorso, gli UNGP sottolineano l'importanza di disporre di iniziative multi-stakeholder (con la partecipazione delle diverse parti interessate) o in specifici settori d'impresa e nell'intero processo produttivo . .

[3] Conformemente al desiderio espresso dal Dipartimento federale degli affari esteri (DFAE) il presente rapporto si concentra sui meccanismi statali, analizzando i rimedi giurisdizionali e non giurisdizionali. I meccanismi interni alle imprese esulano dal campo di indagine circoscritto dall'incarico, che è alla base del presente studio.

[4] Il rapporto si apre con l'esposizione dello stato attuale circa la disponibilità di mezzi di ricorso giurisdizionali e non giurisdizionali in Svizzera per le vittime di violazioni dei diritti umani commesse dalle imprese all'estero. Seguono quindi analisi comparative dell'accesso ai mezzi di ricorso giurisdizionali (parte III) e a quelli non giurisdizionali (parte IV) in altri stati. Prima di soffermarsi sulle tendenze internazionali e sulle raccomandazioni per la Svizzera (parte VI), nella parte V si illustra il modo in cui i mezzi di ricorso giurisdizionali e quelli non giurisdizionali interagiscono. Gli allegati contengono relazioni dettagliate sul diritto penale, sul diritto internazionale privato, su quello della responsabilità civile, sul diritto procedurale e su quello societario nonché sulle possibilità di azioni collettive che consentono alle vittime di accedere alla giustizia in Germania, Francia, Danimarca, nel Regno Unito e negli Stati Uniti.

I. RIMEDI GIURISDIZIONALI

[5] I rimedi giurisdizionali per le vittime di violazioni dei diritti umani possono emergere dalla responsabilità civile delle imprese e/o dei loro dirigenti oppure dalla responsabilità penale individuale o d'impresa. Fino a che misura un soggetto leso dall'operato di un'impresa straniera possa accedere ai tribunali dello Stato di origine della società varia, sia all'interno dei due ambiti di diritto, sia nel confronto tra diritto civile e diritto penale. Le divergenze non risiedono solo nel diritto sostanziale, ma anche nelle norme di procedura che avallano o negano la capacità processuale delle vittime.

1. Diritto penale

[6] Ad eccezione della Germania, tutti gli ordinamenti giuridici analizzati contemplano la possibilità di un'azione penale contro le imprese. Di conseguenza l'impresa stessa potrebbe trovarsi a far fronte a sanzioni penali insieme al – o al posto del – soggetto colpevole, cioè il funzionario responsabile dell'abuso o eventualmente i dirigenti della società.

[7] Malgrado l'apertura degli ordinamenti giuridici presi in considerazione nel contemplare la responsabilità penale d'impresa in generale, il presente rapporto indica che il grado di accesso ai mezzi di ricorso da parte delle vittime di violazione dei diritti umani è attualmente basso. Le cause sono: (1) la mancata penalizzazione per legge degli abusi dei diritti umani commessi dalle imprese, in combinazione con (2) i limiti al potere giurisdizionale dei tribunali che si trovano a gestire denunce di violazioni dei diritti umani subite all'estero ad opera di una società straniera. Inoltre, il principio della *doppia incriminazione*, che richiede che la fattispecie costituisca un reato in entrambi gli ordinamenti limita spesso l'esercizio delle eventuali azioni penali in relazione a violazioni che si verificano in un ordinamento dove è riconosciuta la responsabilità penale delle imprese. Tuttavia, in vari ordinamenti – dove è prevista per questi casi la responsabilità penale – le vittime hanno in genere il diritto di partecipare ai procedimenti e di chiedere un risarcimento.

[8] Per accedere ai rimedi previsti dal diritto penale, la vittima deve innanzitutto accertarsi che il danno subito sia stato causato da un atto o un'omissione contemplati dalle disposizioni del diritto penale nella giurisdizione del tribunale. Allo stato attuale, nessuno degli ordinamenti esaminati contempla un reato specifico di abuso dei diritti umani connesso all'esercizio dell'attività d'impresa. Tuttavia gli abusi che causano, per esempio, lesioni fisiche o la morte possono essere denunciati alla polizia ed essere perseguiti ai sensi delle disposizioni generali di legge.

[9] La decisione della corte di ricevere un'accusa penale dipende sia dall'attitudine generale dell'ordinamento giuridico nazionale verso la responsabilità penale d'impresa sia dai collegamenti dell'atto e del danno con la sede del tribunale. Tra gli ordinamenti esaminati nel presente rapporto, la maggior parte dei Paesi di diritto continentale fonda in genere la giurisdizione sulla base del soggetto attivo (cittadinanza dell'imputato) e di quello passivo (cittadinanza della vittima) per un numero relativamente ampio di reati relativamente gravi. Gli ordinamenti di *common law* sono più restrittivi e riconoscono la competenza in materia penale per atti extraterritoriali solo quando un loro cittadino è accusato di aver commesso alcuni tipi di reato. La giurisdizione universale è garantita per un numero ristretto di reati particolarmente gravi in tutti gli ordinamenti studiati, ad eccezione degli Stati Uniti.

[10] Nell'ambito del diritto penale la sanzione più frequentemente inflitta a una società giudicata colpevole è una multa, il cui importo può essere fisso o limitato dalla legge. In alcuni ordinamenti la corte può anche ordinare il pagamento di un risarcimento alla vittima. I codici penali di Francia, Paesi Bassi, Regno Unito e Stati Uniti comminano anche altre sanzioni alle imprese condannate. I provvedimenti spaziano dai periodi di prova ai divieti di partecipare a gare pubbliche di appalto e ad altre attività commerciali, fino allo scioglimento della società.

[11] La maggior parte degli ordinamenti garantisce alle vittime il diritto di essere in qualche modo coinvolte nel processo penale. Il grado di partecipazione varia però significativamente: in Paesi come Francia, Germania e Paesi Bassi le vittime possono addirittura rivolgere domande alla corte e presentare richieste istruttorie. In queste giurisdizioni e in Danimarca, le vittime hanno anche diritto ad avvalersi di un avvocato, mentre nelle giurisdizioni di *common law* analizzate una "carta dei diritti della vittima" concede espressamente a quest'ultima il diritto di essere protetta nei confronti della parte incriminata.

2. Diritto civile

[12] I mezzi di ricorso di diritto civile divergono significativamente negli ordinamenti analizzati dal momento che il diritto delle obbligazioni, il diritto societario e il diritto della concorrenza presentano, da un ordinamento all'altro, differenze che si riflettono sul regime della responsabilità sociale d'impresa. La maggior parte degli ordinamenti esaminati non impone agli attori privati obblighi chiari e giuridicamente vincolanti in materia di diritti umani per il loro operato all'estero. Negli Stati Uniti l'*Alien Torts Claims Act* potrebbe fornire le basi per un obbligo di questo tipo, ma la sua accessibilità da parte di vittime straniere di violazioni dei diritti umani è stata limitata dalla Corte suprema. Nel febbraio 2017 l'Assemblea nazionale francese ha approvato una legge che impone alle grandi imprese meccanismi di *due diligence* rispetto ai diritti umani nelle attività all'estero, sia della controllante sia delle controllate, facendo della Francia un'eccezione significativa nella generalizzata assenza di una legislazione di questo tipo. È tuttavia ancora troppo presto per sapere quanto efficace sarà questa legge nell'aprire effettivamente il sistema ad una riparazione effettiva per le vittime.

[13] Ciononostante, anche dove non incombono sulle imprese specifici obblighi sanciti dalla legge, le vittime possono in genere intentare un'azione civile per gli abusi commessi dalle imprese sulla base del diritto contrattuale o del diritto della responsabilità civile. La legittimazione delle vittime ad adire le vie legali in questi casi è soggetta all'adempimento dei requisiti ordinari per le cause civili, un ostacolo particolarmente difficile da sormontare se la violazione ha avuto luogo fuori della giurisdizione dello Stato di residenza e se la vittima o l'autore del reato sono stranieri.

[14] Oltre a chiarire se la violazione dei diritti della vittima sia avvenuta nella giurisdizione della sede della società – requisito fondamentale ai fini dell'applicazione del diritto del foro – altri aspetti fondamentali da chiarire sono:

- la misura in cui una controllata estera – diversamente da una succursale – di un'azienda residente in un dato Stato è potenzialmente responsabile, nella giurisdizione in cui opera, delle proprie azioni nei confronti dei singoli e, quindi;
- se la controllante possa essere imputata per ascrizione di responsabilità.

[15] A livello procedurale, domande come

- quale parte sostiene l'onere della prova;
- la portata consentita degli atti di richiesta di elementi probatori; e
- se i termini di prescrizione consentono ancora di accogliere in tribunale un'azione per danno alla persona (poiché in alcune giurisdizioni la prescrizione per questo tipo di citazioni ammonta a soli tre-quattro anni dalla data dell'evento)

hanno un impatto diretto sulle probabilità del querelante non solo di vincere la causa, ma anche di poterla avviare.

[16] Infine, anche alcuni aspetti pratici dei processi giudiziari possono ostacolare l'accesso delle vittime a rimedi giurisdizionali effettivi nel campo del diritto civile. Tra questi: l'accesso al patrocinio legale, la disponibilità di meccanismi di ricorso collettivo e i costi legali e giudiziari.

3. Rapporti nazionali sull'accesso a rimedi giurisdizionali (allegato I)

[17] Il rapporto contiene un allegato con una esauriente descrizione dei rimedi giurisdizionali in Germania, Francia, Danimarca, Regno Unito e Stati Uniti, a disposizione delle vittime di violazioni dei diritti umani connesse all'attività d'impresa.

II. RIMEDI NON GIURISDIZIONALI

[18] Un'altra possibilità di azione per coloro che vedono i propri diritti umani violati da imprese estere è rappresentato dai mezzi di ricorso non giurisdizionali. Il presente rapporto prende in esame quattro tipi di rimedi non giurisdizionali a livello statale: i punti di contatto nazionali, le istituzioni nazionali per i diritti umani, i difensori civici (ombudsman) e le istituzioni finanziarie di sviluppo.

1. Punti di contatto nazionali

[19] I punti di contatto nazionali (PCN) sono organismi presso i quali possono essere presentate denunce contro società multinazionali. Non necessariamente di carattere esclusivamente statale, la costituzione di un PCN è un requisito delle Linee guida dell'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico (OCSE) destinate alle imprese multinazionali per tutti gli Stati membri. I PCN offrono pertanto il vantaggio di accogliere reclami relativi ad attività d'impresa nel territorio di qualsiasi Stato OCSE.

[20] Tuttavia, l'ampia discrezionalità data ai governi nell'organizzazione dei rispettivi PCN lascia poco margine alla descrizione di tratti generali. Dalla loro struttura istituzionale e il loro finanziamento alle procedure del meccanismo di reclamo, dalla portata dei loro poteri di indagine al tipo di supporto offerto alle vittime, questi organismi presentano differenze significative da uno Stato all'altro. I PCN più efficaci godono di adeguati finanziamenti, hanno personale a sufficienza e sono enti indipendenti che possono indagare e mediare in modi che rendono i loro servizi facilmente accessibili a coloro che hanno motivi di reclamo contro un'impresa.

2. Istituzioni nazionali per i diritti umani

[21] Le istituzioni nazionali per i diritti umani (INDU) sono un altro tipo di organismi statali in grado di offrire mezzi di ricorso non giurisdizionali alle vittime di reati societari. Il ruolo delle INDU, così come definito nel 1993 con l'adozione da parte dell'Assemblea generale dell'ONU dei *Principi relativi allo status delle istituzioni nazionali per i diritti umani* («Principi di Parigi») è di «promuovere e proteggere i diritti umani» all'interno del Paese, rilasciando «pareri, raccomandazioni, proposte e rapporti», garantendo che la legislazione nazionale sia conforme al diritto internazionale in materia di diritti umani, incoraggiando l'adozione di ulteriori strumenti giuridici, contribuendo a redigere i rapporti nazionali all'attenzione degli organismi preposti ai diritti dell'uomo, educando l'opinione pubblica su questo tema e pubblicizzando gli sforzi per combattere le discriminazioni. I compiti principali possono includere la consulenza alle vittime di violazioni dei diritti umani quanto alle eventuali misure di riparazione e possono spaziare dall'investigazione sui reclami, all'offerta di servizi di conciliazione, fino alla formulazione di raccomandazioni alle autorità su legislazione o prassi amministrative.

[22] I Principi di Parigi, come gli UNGP, non disciplinano la struttura formale delle INDU. Questi documenti insistono tuttavia sul fatto che devono essere organismi formalmente costituiti, composti da una rappresentanza pluralistica di varie istituzioni e interessi (mondo accademico, ONG, autorità statali, religiose) e che devono essere indipendenti dal governo quanto a organizzazione e finanziamento.

3. Ufficio del difensore civico (ombudsman)

[23] Come mezzo di ricorso aggiuntivo, gli Stati possono creare un ufficio del difensore civico (ombudsman) per gestire i reclami afferenti all'ambito dell'impresa e dei diritti umani. Spesso usato nelle istituzioni come istanza neutrale grazie alla quale i reclami di una parte nei confronti di un'altra

parte, interna all'istituzione, possono essere portati all'attenzione di funzioni gerarchicamente superiori, un ufficio pubblico del difensore civico è in genere creato dall'organo legislativo o da quello esecutivo come strumento per garantire che gli uffici statali adempiano le leggi nel servizio pubblico. Il rapporto rivela che, negli ordinamenti esaminati, il ruolo di questi mediatori diverge significativamente quanto a funzione e ambito di attività. Se non c'è neanche un esempio di ombudsman preposto specificamente al settore dell'impresa e dei diritti umani, ci sono invece vari esempi di difensori civici preposti ad aspetti specifici della relazione tra imprese e diritti umani: uffici costituiti appositamente per occuparsi di antidiscriminazione, di protezione dei dati o di diritti dei fanciulli oppure uffici preposti alla sorveglianza della legalità delle procedure decisionali amministrative delle autorità pubbliche.

[24] Mentre tutti gli uffici del difensore civico possono indagare sui reclami presentati da singoli soggetti o da gruppi di persone, la competenza di indagare d'ufficio è rara. Analogamente, mentre la maggior parte degli uffici ha l'autorità di emettere raccomandazioni agli attori statali sul modo in cui rimediare al loro comportamento non conforme alla legge, alcuni degli uffici analizzati hanno anche poteri quasi-giudiziari potendo emanare provvedimenti contro particolari comportamenti o decretare il pagamento di ammende. Se queste ultime facoltà sono piuttosto l'eccezione, considerata la sufficiente autorità di cui dispongono per indagare sui reclami contro agenti statali e imprese e per rispondere con determinazione, c'è invece il potenziale per offrire rimedi effettivi ai soggetti i cui diritti umani sono stati lesi da attività d'impresa.

[25] Nel campo delle imprese e dei diritti umani, l'ulteriore sviluppo di questi uffici dovrà valutare l'espansione della sfera di competenza delle loro attività (per coprire un numero maggiore di diritti umani), l'ampliamento della base di destinatari dei reclami (per includere l'operato di attori privati) e la definizione della competenza degli uffici quanto alla gestione di violazioni extraterritoriali dei diritti umani.

4. Istituzioni finanziarie di esportazione e istituzioni finanziarie di sviluppo

[26] Gli ultimi rimedi non giurisdizionali statali esaminati riguardano gli strumenti finanziari pubblici, in particolare le agenzie di credito all'esportazione e le agenzie nazionali («bilaterali») di finanziamento allo sviluppo. Le agenzie di credito all'esportazione (ACE) sono istituzioni che offrono a imprese di export private sostegno finanziario o copertura assicurativa per svolgere attività di esportazione all'estero. Mentre molte ACE concedono crediti diretti, alcune sono soggette a più limitazioni e forniscono solo copertura assicurativa («copertura pura»). Nel secondo caso, l'operazione di esportazione è completata al momento della risoluzione del contratto di assicurazione. Contribuendo a ridurre i rischi finanziari connessi alle attività commerciali, il finanziamento fornito dalle ACE può sostenere indirettamente la crescita economica nei Paesi in via di sviluppo. Inoltre può motivare le imprese a operare in aree geografiche che altrimenti comporterebbero un sostanziale (e pertanto inaccettabile dal punto di vista economico) grado di incertezza.

[27] Le istituzioni finanziarie di sviluppo (IFS) sono enti sostenuti dal governo che investono in progetti del settore privato in Paesi a basso e medio reddito. Le IFS sono generalmente strutturate come organizzazioni bilaterali che cercano di investire i progetti commercialmente sostenibili, spesso insieme a investitori privati.

[28] Gli UNGP suggeriscono agli Stati di richiedere che ogni finanziamento fornito dalle ACE o dalle agenzie di sviluppo a favore delle attività estere delle imprese sia condizionato all'esercizio, da parte dei beneficiari, della *due diligence* in materia di diritti umani, dove opportuno. Mettendo a disposizione i propri meccanismi di reclamo, le agenzie di finanziamento possono offrire un risarcimento alle vittime

nell'ambito di un più ampio sistema, in linea con il principio guida 25. Questi meccanismi possono inoltre migliorare le loro procedure di *due diligence*.

[29] Il rapporto comparativo mostra che i meccanismi di ricorso stragiudiziali non sono ancora ampiamente disponibili nei contesti ACE dei Paesi esaminati, con l'eccezione degli Stati Uniti. Tuttavia, vi sono meccanismi di questo tipo in Canada e in vari altri ordinamenti non analizzati nell'ambito del presente rapporto. Data la mancanza di una prassi consolidata in relazione a questi meccanismi, restano ancora aperte molte questioni sul modo più efficace per garantire l'accesso ad una riparazione effettiva .

[30] La maggior parte delle IFS bilaterali esaminate prevede meccanismi di reclamo. Il rapporto non rileva alcun modello standard di meccanismo: alcuni sono interni all'istituzione finanziaria mentre altri sono indipendenti.

III. TENDENZE INTERNAZIONALI E RACCOMANDAZIONI

1. Incentivi internazionali rilevanti

[31] Il presente rapporto non identifica una tendenza uniforme, ma importanti fattori di spinta a livello internazionale nel promuovere l'attuazione del pilastro degli UNGP sull'accesso al rimedio. Il consenso generalizzato internazionale sulla necessità di migliorare l'accesso delle vittime alla riparazione si riflette, tra gli altri, nel progetto sull'accesso al rimedio avviato dal Consiglio dei diritti umani, nel progetto finanziato dall'UE sulla rimozione delle barriere che ostruiscono l'accesso alla giustizia e nella recente (luglio 2017) dichiarazione dei leader del G20 in cui annunciavano il loro sostegno all'accesso al risarcimento e a rimedi non giurisdizionali, come il sistema dei PCN.

[32] In questo quadro generale, gli approcci adottati dagli Stati in materia di accesso al rimedio sono molto diversi: le differenze sono molte all'interno della Svizzera, in Europa e in Nord America. Lo studio rileva che i sistemi analizzati si rifanno agli UNGP e ne adempiono i requisiti in gradi molto diversi, sia dal punto di vista sostanziale che procedurale. Di conseguenza non emerge una tendenza uniforme che accomuni tutti i sistemi, ma piuttosto una serie di elementi che possono essere identificati come incentivi potenziali per l'evoluzione futura dei mezzi di ricorso statali.

1. I *rimedi non giurisdizionali esistenti* stanno acquisendo sempre più importanza nel risolvere controversie relative alla violazione dei diritti umani connesse all'esercizio dell'attività d'impresa. A questo proposito, il numero di casi afferenti ai diritti umani portati all'attenzione dei punti di contatto nazionali in virtù delle Linee guida OCSE destinate alle imprese multinazionali è aumentato considerevolmente dal 2011.
2. I *rimedi giurisdizionali esistenti* sono sempre più usati dalle vittime e da organizzazioni della società civile per sondare il terreno sulle possibilità di mettere le imprese davanti alle loro responsabilità sia per il proprio operato sia per quello delle loro controllate all'estero. Le domande emerse sono finora state affrontate solo da pochi Paesi, spesso con approcci divergenti e solo in contesti specifici, per esempio per le operazioni commerciali in aree di conflitto.
3. Nessuno degli ordinamenti esaminati nel presente rapporto offre una risposta chiara sull'*interazione giuridica tra rimedi giurisdizionali e non giurisdizionali*. Considerato il sempre maggiore numero di procedure stragiudiziali, vi sono stati approcci molto diversi per quanto riguarda i loro effetti sui procedimenti giudiziari o persino la loro dipendenza da questi ultimi. In mancanza di una tendenza internazionale, è necessario affrontare una serie di questioni

pratiche in questo contesto, per esempio quella della riservatezza o la possibilità di rinunciare a, o di sospendere temporaneamente, il procedimento giudiziario.

2. La posizione della Svizzera nel contesto internazionale

2.1. Rimedi giurisdizionali

[33] Nell'area dei *rimedi giurisdizionali*, il rapporto 2016 dell'Alto Commissariato dell'ONU per i diritti umani (OHCHR) offre un «orientamento per migliorare la responsabilità giuridica delle imprese e l'accesso ai rimedi giurisdizionali per gli abusi dei diritti umani da parte delle imprese» (guida). La guida distingue tra il perseguimento di illeciti di diritto pubblico e le azioni di diritto privato e offre un quadro che consente di contestualizzare le circostanze dell'accesso al risarcimento nei due ambiti.

[34] Con riferimento alla responsabilità penale dell'impresa, il Codice penale svizzero prevede la *responsabilità penale delle imprese*, anche se è limitata a casi nei quali una persona fisica «per carente organizzazione interna» (un concetto che resta relativamente oscuro) non possa essere ritenuta responsabile, oppure a reati specifici (prevalentemente reati finanziari o collegati alla corruzione). Il diritto penale svizzero non copre pertanto necessariamente tutte le gravi violazioni dei diritti umani. Se le incertezze e le limitazioni sulla punibilità delle imprese sono tratti che accomunano la responsabilità penale delle imprese in molti ordinamenti, il diritto penale svizzero non riflette tuttavia elementi espressi nella guida OHCHR (che si possono invece trovare in alcuni ordinamenti giuridici).

[35] Altri fattori menzionati nella guida, come la responsabilità per le catene di approvvigionamento o per le operazioni del gruppo, in genere non vengono esplicitamente trattati nella maggior parte degli ordinamenti giuridici esaminati. Un'eccezione è rappresentata dal diritto francese. Il diritto penale svizzero segue il modello più diffuso, visto che, ai sensi del quadro normativo vigente, non è contemplata la responsabilità primaria per gli atti delle società controllate.

[36] Altra caratteristica della responsabilità penale è la possibilità concessa alle *vittime di partecipare ai procedimenti*. Secondo la guida OHCHR, le sanzioni penali devono contemplare una riparazione effettiva per la perdita subita (obiettivo politico 11) e le vittime dovrebbero essere consultate. Esistono vari strumenti internazionali che impongono una protezione considerevole degli interessi della vittima. Da un punto di vista comparativo, si rilevano approcci sostanzialmente differenti nell'offrire alle vittime la possibilità di partecipare ai procedimenti penali. Rispetto ad altri ordinamenti, il diritto svizzero prevede, in generale, un elevato grado di partecipazione e di protezione della vittima, benché l'assistenza per le vittime straniere di atti criminosi commessi all'estero sia limitata.

[37] Per quanto concerne la *giurisdizione e il diritto applicabile* – un fattore chiave nei casi transfrontalieri – le differenze all'interno del contesto europeo sono relativamente poche. Tutti gli ordinamenti esaminati prevedono in genere la competenza del giudice del foro nel caso di azioni contro le società controllanti aventi sede nel territorio dello Stato. È così anche ai sensi del diritto svizzero. Risulta invece più difficile individuare una competenza sulle società controllate aventi la sede fuori dal territorio dello Stato. Per le società che non hanno la sede nel territorio di uno Stato, fori competenti sussidiari sono (i) il luogo dove è stato commesso l'illecito (per esempio, verosimilmente, dove sono prese le decisioni); (ii) un foro risultante dalla connessione di azioni; o, in alcuni ordinamenti (tra cui anche la Svizzera), (iii) un foro di necessità che potrebbe essere istituito per includere casi di gravi violazioni dei diritti umani. Tra l'altro, la Svizzera non dispone di meccanismi che consentano a un tribunale di astenersi dall'esercizio della giurisdizione di cui è munito (*forum non conveniens*), come invece hanno in genere gli ordinamenti di *common law*. Quanto al diritto applicabile, la regola generale (valida anche in Svizzera) è di indicare l'applicazione delle leggi del

luogo in cui è stato commesso l'«atto dannoso», così la legislazione dello Stato dove ha sede l'impresa si applicherà in genere solo agli atti commessi (e anche, verosimilmente, alle decisioni prese) in Svizzera. Molti ordinamenti consentono anche di applicare il diritto del foro se lo impongono perentori motivi di ordine pubblico (*ordre public*). Il diritto svizzero è in linea con le tendenze internazionali anche in questo ambito, benché sia considerevole l'incertezza sulla possibilità che i tribunali interpretino in questo senso le clausole derogatorie.

[38] Nell'ambito del *diritto societario* e del *diritto della responsabilità civile* va segnalato che gli ordinamenti esaminati non sono in genere conformi al principio fondamentale della guida OHCHR riguardante la definizione di norme chiare circa la responsabilità per gli atti delle controllate in materia di violazioni di diritti umani da parte connesse all'esercizio di attività d'impresa. Ad eccezione degli obblighi normativi di *due diligence* recentemente introdotti in alcuni ordinamenti e spesso limitati a questioni specifiche (minerali provenienti da zone di conflitto, lavoro minorile), i contenziosi su cui vari tribunali si sono pronunciati non lasciano alcuna certezza quanto all'esito di cause future. Se si può dire che l'attuale quadro normativo svizzero è chiaro e restrittivo, è possibile (come dimostrano alcuni casi in altre giurisdizioni) che di fronte ai tribunali svizzeri siano portati casi di prova per esplorare i confini dell'attuale quadro normativo.

[39] Per quanto concerne l'*onere della prova*, la guida non fornisce indicazioni precise, limitandosi a porre la necessità di trovare un equilibrio adeguato. L'analisi comparativa rileva la tendenza di alcuni ordinamenti come i Paesi Bassi o la Francia, (ma non di tutte) a invertire o ad adeguare leggermente l'onere della prova (a favore della vittima) in alcuni casi di responsabilità. Al momento non sembra esserci sviluppi simili nel diritto svizzero.

[40] L'ultimo elemento trattato nella guida è quello degli *ostacoli finanziari alle azioni di diritto privato*. Conformemente all'obiettivo politico 15 i ricorrenti dovrebbero poter disporre di fonti diversificate di finanziamento per i contenziosi, come servizi di patrocinio legale gratuito, sovvenzioni statali in caso di difficoltà e persino di azioni collettive e accordi privati di finanziamento (tra cui accordi per il pagamento degli onorari in funzione dell'esito della causa). In questo ambito gli ordinamenti presi in considerazione divergono significativamente. Alcuni forniscono ai ricorrenti (prevalentemente) aiuti statali, altri prevedono accordi per il pagamento degli onorari in funzione dell'esito. Il diritto svizzero presenta meccanismi simili a quelli di molti ordinamenti giuridici europei, ma radicalmente diversi da quelli degli Stati Uniti. L'unica tendenza comune in questo ambito è una sempre maggiore disponibilità, anche negli Stati dell'Europa continentale, a introdurre azioni collettive. L'Unione europea ha accolto raccomandazioni in questo contesto. Rispetto ad altri ordinamenti, pur non sembrando particolarmente restrittivo, il diritto svizzero non appare neanche molto innovativo. Un emendamento proposto dal Consiglio Federale al codice di procedura civile ha l'obiettivo di ridurre gli ostacoli finanziari alle azioni di diritto privato e di introdurre la possibilità di azioni collettive. Questo corrisponderebbe alle attuali tendenze internazionali.

2.2. Rimedi non giurisdizionali

[41] Diversamente da quanto fatto per quelli giurisdizionali, l'OHCHR non ha ancora pubblicato una guida sui rimedi non giurisdizionali, ma ha ricevuto dal Consiglio dei diritti umani il mandato di condurre opportune ricerche in merito. In questo contesto l'OHCHR ha pubblicato nel febbraio 2017 uno studio esplorativo, che invita a coordinare rimedi giurisdizionali e non giurisdizionali con lo scopo di offrire un quadro coerente alle vittime di violazioni dei diritti umani connesse all'esercizio dell'attività d'impresa. Il documento identifica due funzioni chiave dei *rimedi non giurisdizionali*: la *gestione dei reclami* e la *risoluzione (alternativa) delle controversie*. Queste funzioni chiave sono integrate da una

serie di importanti funzioni «altre» per garantire una riparazione effettiva, come le attività preventive, le funzioni di supervisione e le analisi normative.

[42] A parte il PCN, in Svizzera non esistono rimedi non giurisdizionali statali specificamente preposti a trattare i casi di violazione dei diritti umani in conseguenza dell'attività d'impresa. Tuttavia, vari strumenti esistenti possono essere usati anche in questo contesto. Nell'ambito del sistema per ottenere una riparazione effettiva, in Svizzera gli attuali rimedi non giurisdizionali istituzionalizzati rispondono a diverse finalità:

- gli uffici del difensore civico (ombudsman) possono ricevere *reclami individuali e collettivi* in ambiti definiti dalla legge o da strumenti non vincolanti connessi alla legislazione esistente. I difensori civici in Svizzera possono di solito emanare raccomandazioni, ma non possono pronunciare decisioni vincolanti;
- il PCN svizzero riceve *reclami* e può offrire servizi di mediazione. Non può, sulla base del suo mandato, fornire compensazione;
- un terzo gruppo di organismi in Svizzera, come la Commissione federale contro il razzismo, non riceve reclami, ma offre *servizi di consulenza* per le vittime. Inoltre, gli organismi di arbitrato e conciliazione possono accogliere reclami, offrire mediazione o arbitrato e, in alcuni casi, fornire compensazione o riconciliazione.

[43] Questa varietà di approcci, relativamente sia alle finalità sia ai modelli istituzionali, non appartiene esclusivamente alla Svizzera, ma può essere trovata in tutti gli ordinamenti esaminati. Naturalmente solleva questioni sul coordinamento tra i vari meccanismi, concernenti le loro funzioni e la loro integrazione nell'ordinamento giuridico generale. [44] Vari Stati hanno lanciato iniziative nel contesto dei propri piani d'azione nazionali su imprese e diritti umani (PAN) per coordinare meglio e/o migliorare l'accesso ai rimedi non giurisdizionali. Gli Stati esaminati dal presente studio seguono approcci diversi a questo proposito: molti si concentrano sul ruolo chiave dei PCN nell'offrire un rimedio, mentre altri sottolineano il mandato delle INDU in qualità di organismi di coordinamento o persino di monitoraggio.

[45] In linea con altri Paesi, il PAN della Svizzera menziona il ruolo chiave del PCN come foro per la mediazione e la composizione di controversie. Con la proposta di vagliare la possibilità che le rappresentanze all'estero fungano da foro facilmente accessibile per coadiuvare la risoluzione dei contenziosi, il PAN svizzero potrebbe – a seconda dell'esito – addentrarsi in un nuovo territorio. A differenza di altri Paesi, il PAN della Svizzera non menziona i rimedi non giurisdizionali esistenti che non sono specificamente preposti al trattamento di casi relativi alla violazione dei diritti umani connesse all'attività d'impresa, ma che potrebbero essere comunque usati a questo fine.

[46] Nel complesso, con il suo attuale panorama di rimedi non giurisdizionali statali, la Svizzera si colloca in una posizione più o meno intermedia tra tutti i Paesi analizzati in questo rapporto, quindi non è nelle avanguardie, ma nemmeno nelle retrovie. Ciononostante è possibile operare alcune distinzioni: dal momento che il PCN svolge un ruolo molto importante e riconosciuto nel mediare e nel comporre le controversie – collocandosi così piuttosto nelle avanguardie che in posizione mediana –, la mancanza di rimedi o di meccanismi di compensazione non ha ancora ricevuto la stessa attenzione avuta in altri Paesi o presso l'OHCHR. Infine, come altri Paesi, anche la Svizzera dispone di meccanismi meno specifici per reagire a violazioni di diritti umani da parte delle imprese.

3. Raccomandazioni

3.1. Bisogno di concettualizzare

[47] Attualmente il sistema di accesso al rimedio è molto poco esplorato in Svizzera. Questa situazione non riguarda solo la Svizzera ma, come confermato da studi recenti dell'OHCHR, anche altri Paesi (in esito all'analisi comparativa). Se è vero che in Svizzera esistono numerosi rimedi non giurisdizionali statali e non statali per l'accesso alla riparazione, c'è invece una consapevolezza limitata di cosa facciano queste istituzioni e di come cooperino – se lo fanno: per esempio quali effetti comportino per i rimedi giurisdizionali, i risultati dei rimedi non giurisdizionali. Il legame tra rimedi giurisdizionali e rimedi non giurisdizionali deve essere chiarito dal punto di vista concettuale al fine di prevenire difficoltà operative.

[48] È necessario teorizzare i rimedi non giurisdizionali per l'accesso a una riparazione, per fondare un approccio più uniforme alla gestione delle violazioni dei diritti umani fuori dai tribunali. Mentre sono chiari i benefici pratici di promuovere soluzioni stragiudiziali delle controversie giuridiche, il fondamento teorico di questi meccanismi non lo è. Facendo chiarezza si avrebbe cognizione della misura in cui questi meccanismi di denuncia contribuiscano effettivamente a promuovere un più completo rispetto dei diritti umani delle parti deboli.

3.2. Raccomandazioni politiche

[49] Prima di fare qualunque altra cosa, è necessario prendere una *decisione politica* sul modo in cui la Svizzera vuole posizionarsi nel contesto delle tendenze emergenti e dei recenti sviluppi internazionali qui descritti. L'attuale mancanza di chiarezza ha varie conseguenze: le disposizioni sostanziali o procedurali aperte o poco chiare potrebbero incentivare l'avvio di procedimenti pilota per testare il sistema e innescare l'interpretazione di un tribunale o del corrispondente meccanismo non giudiziario. Procedimenti come questi sono stati avviati o sono attualmente in corso in vari Paesi.

[50] Da un punto di vista giuridico alla Svizzera si prospettano tre opzioni di base, tutte corredate di vantaggi e svantaggi.

- a) *Scenario (1)*: in un primo scenario, la Svizzera potrebbe decidere di non prendere ulteriori provvedimenti ma di *aspettare e vedere* come si manifestano le tendenze e gli sviluppi internazionali identificati e che impatto avranno sul Paese e sulle imprese svizzere. Nel complesso lo scenario (1) si configurerebbe come piano *re-attivo* piuttosto che come approccio pro-attivo o attivo, come quelli descritti negli scenari (2) e (3).
- b) *Scenario (2)*: diversamente dallo scenario (1), la Svizzera potrebbe decidere di posizionarsi *nelle avanguardie* sviluppando un quadro globale per l'accesso a una riparazione effettiva che includa sia rimedi giurisdizionali che non giurisdizionali. Con un approccio *pro-attivo* di questo tipo, la Svizzera sarebbe tra gli apripista se decidesse non solo di chiarire le zone d'ombra nella normativa esistente, ma completasse anche il frammentario quadro esistente per l'accesso a una riparazione con un piano complessivo che includa gli elementi mancanti per garantire misure effettive di riparazione e compensazione.
- c) *Scenario (3)*: il terzo scenario che la Svizzera potrebbe scegliere è più o meno a metà tra gli scenari (1) e (2) e può essere descritto come un approccio *attivo*, che comporterebbe il chiarimento delle zone d'ombra e delle lacune esistenti in modo da riflettere nel sistema gli sviluppi e le tendenze internazionali. Si tratterebbe di un approccio dinamico e graduale nella ricerca della sincronia con gli sviluppi internazionali.

[51] Che la Svizzera opti per lo scenario (1), (2) o (3) non è prevalentemente una questione giuridica, ma è piuttosto una decisione politica. Il presente rapporto offre le seguenti raccomandazioni per affrontare alcune delle questioni chiave identificate nell'indagine per migliorare l'accesso ai rimedi, le loro implicazioni a seconda dello scenario politico scelto dalla Svizzera.

- (1) La prima raccomandazione è che la Svizzera *incrementi la visibilità* dei suoi rimedi per l'accesso alla riparazione, una misura che può essere contemplata in tutti e tre gli scenari.
- (2) Con l'esclusione dello scenario (1), un *dialogo multi-stakeholder (multipartenariale)* ampio e inclusivo che coinvolga non solo rappresentanti del mondo imprenditoriale, del governo e della società civile, ma anche dei meccanismi di denuncia esistenti, come esponenti della funzione giurisdizionale, avvocati, PCN, difensori civici, potrebbe rappresentare un buon primo passo per avere un quadro più chiaro degli ostacoli a un accesso effettivo e efficace alla riparazione in linea con gli UNGP. Lo scenario (2) potrebbe essere la base per raggiungere un consenso sui possibili passi da prendere per integrare i rimedi giurisdizionali e non giurisdizionali esistenti allo scopo di attuare il terzo pilastro degli UNGP. Nello scenario (3) un dialogo di questo tipo potrebbe aiutare a identificare sviluppi internazionali pertinenti e a esplorare le opzioni per la loro attuazione in Svizzera (vincolanti, non vincolanti ecc.).
- (3) Al fine di garantire la loro coerenza, sarebbe utile *consolidare o allineare*, più di quanto lo siano ora, *le procedure dei rimedi non giurisdizionali statali*. Nello scenario (1) questa raccomandazione non andrebbe oltre la mappatura dei meccanismi esistenti tracciata nel presente studio. Nello scenario (3) la mappatura sarebbe prima integrata da una categorizzazione conforme ai criteri definiti dall'OHCHR. Il passo successivo in questo scenario (3) sarebbe quindi un'analisi per stabilire se le tendenze e gli sviluppi internazionali impongono adeguamenti. Nello scenario (2) i risultati della mappatura, della categorizzazione e dell'analisi delle conclusioni dell'OHCHR sugli sviluppi internazionali servirebbero da base per la messa a punto di un sistema globale per l'accesso ai rimedi non giurisdizionali in Svizzera.
- (4) Un'alternativa a definire norme armonizzate per i vari rimedi non giurisdizionali sarebbe quella di avere uno «*sportello unico*» per i reclami, dal quale il ricorrente sarebbe indirizzato al meccanismo più efficace per ogni singolo caso. Nello scenario (3), l'attuazione di questa raccomandazione comporterebbe la realizzazione di un portale per accedere ai meccanismi *esistenti*. In linea con gli sviluppi internazionali, una funzione di orientamento – non di monitoraggio – di questo tipo potrebbe essere, per esempio, parte del mandato di una INDU svizzera. Nello scenario (2) la Svizzera potrebbe valutare di creare un nuovo organismo o di investire un'istituzione esistente con il compito di coordinare le procedure in essere. Da un punto di vista giuridico, il problema chiave della scarsa visibilità dei meccanismi esistenti tra le vittime sarebbe risolto con l'introduzione di un sistema di orientamento.
- (5) Dal punto di vista istituzionale l'analisi comparativa nel presente studio rileva che le *istituzioni nazionali per i diritti umani e i punti di contatto nazionali* sono potenzialmente piattaforme naturali per migliorare l'accesso alla riparazione. In questa fase le INDU non sono in genere investite del mandato di indagare su controversie legate alla violazione dei diritti umani da parte delle imprese. Il rafforzamento del quadro istituzionale per l'accesso ai rimedi in Svizzera potrebbe consistere, nello scenario (2), nell'affidare a una futura istituzione nazionale svizzera per i diritti umani, conforme ai Principi di Parigi, il mandato di garantire rimedi per le violazioni dei diritti umani e andare così oltre quella che può essere al momento considerata una tendenza internazionale. Nello scenario (3) la Svizzera potrebbe valutare di rafforzare il suo PCN attribuendogli ulteriori posizioni in organico e definendo più precisamente i ruoli dei vari attori (p. es. consiglio consultivo). In questo modo il PCN potrebbe svolgere un ruolo più attivo

nella promozione delle Linee guida dell'OCSE e dunque anche degli UNGP, oltre a incrementare la propria visibilità e trasparenza.

- (6) Per quanto riguarda i rimedi giurisdizionali, lo scenario (1) lascerebbe ai tribunali il compito di chiarire la responsabilità penale delle imprese aventi sede in Svizzera con riferimento al loro operato all'estero e ai ricorrenti quello di esplorare fino a che punto i tribunali sono disposti a spingersi in sede di valutazione della responsabilità civile delle imprese, soprattutto per quanto concerne l'onere della prova. Nello scenario (3) un intervento legislativo potrebbe chiarire il concetto di "carente organizzazione interna" nella responsabilità penale dell'impresa, ispirandosi eventualmente agli esempi del Canada o dei Paesi Bassi. La Svizzera potrebbe inoltre introdurre un ricorso per l'esercizio di azioni collettive, come hanno fatto altri ordinamenti giuridici europei, così come previsto dagli emendamenti al codice di procedura civile. Questi meccanismi potrebbero essere applicati in modo generale oppure essere specificamente rivolti alle vittime di violazioni dei diritti umani da parte di imprese.

Nello scenario (2) un provvedimento fondamentale sarebbe quello di imporre alle imprese obblighi chiari sulla necessità di monitorare e contenere l'eventuale impatto negativo delle loro attività (incluse quelle delle controllate) all'estero sui diritti umani (*due diligence* in materia di diritti umani). Adeguate provvedimenti in materia di illeciti dovrebbero precisare che una comprovata e opportuna *due diligence* in materia di diritti umani esonererebbe dalla responsabilità. La legislazione adottata in Francia nel 2017 potrebbe fungere da esempio per un provvedimento legislativo di questo tipo. Un approccio più contenuto (benché piuttosto atipico per la tradizione normativa svizzera) consisterebbe nell'adozione di norme afferenti esclusivamente a una questione specifica (p. es. il lavoro minorile). Oltre alla modifica del diritto sostanziale, lo scenario (2) potrebbe anche comportare una regolamentazione del finanziamento delle procedure giudiziarie, dati gli attuali limiti nell'assistenza legale.

- (7) Il SIFEM (Swiss Investment Fund for Emerging Markets) potrebbe essere esortato a esplorare ulteriormente il potenziale insito nella creazione di, o nella partecipazione a, meccanismi che consentono alle vittime di presentare direttamente azioni relative a progetti dei clienti, condividendo esperienze con le IFS che dispongono già di tali meccanismi. Nello scenario (2) il SIFEM potrebbe esplorare le opzioni che consentirebbero di partecipare al meccanismo congiunto di reclamo, attualmente istituito dall'FMO e dalla DEG nell'ambito dell'associazione EDFI¹.

Infine, per quanto attiene agli scenari (2) e (3), si suggerisce che l'Assicurazione svizzera contro i rischi delle esportazioni prenda in considerazione la possibilità di aggiornare la sua strategia di reclamo attuale tenendo conto dei criteri di efficacia del principio guida 31 (UNGP).

¹ Dati l'ampia base di adesione dell'EDFI, da un lato, e l'innovativa concezione del nuovo meccanismo congiunto di reclamo, dall'altro, si potrebbe sostenere che la Svizzera si posizionerebbe da qualche parte tra lo scenario (2) e il (3).