

DIRITTO TRANSNAZIONALE, DIRITTI DI LIBERTÀ E FORME DI TUTELA\*

GIUSEPPE FRANCO FERRARI\*\*

**Abstract**

*The paper briefly tackles the problem of human rights protection in international trade law. It argues that after the foundation of the WTO international trade law has become a sui generis transnational law in which not only economic reasons are taken into account.*

**Suggerimento di citazione**

G.F. FERRARI, *Diritto transnazionale, diritti di libertà e forme di tutela*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1/2021. Disponibile in: <http://www.osservatoriosullefonti.it>

\* Il contributo costituisce la rielaborazione della relazione tenuta al webinar *L'impatto delle dinamiche transnazionali sui sistemi normativi* svoltosi il 23 novembre 2020 e organizzato dall'Università di Pisa, con le associazioni DPCE e AIPC, nell'ambito del Progetto di ricerca di Ateneo 2018-2019 su *Diritto senza politica. Le forme della produzione giuridica nell'epoca transnazionale*.

\*\* Già Professore ordinario di Diritto costituzionale presso l'Università commerciale Luigi Bocconi di Milano.

Contatto: [ferrari.giuseppe@unibocconi.it](mailto:ferrari.giuseppe@unibocconi.it)

Il tema che mi è stato assegnato dagli organizzatori riguarda il diritto internazionale del commercio (*international trade law*), con particolare riferimento ai diritti umani nella dimensione del commercio.

Questo è un settore che, a rigore, fino a una decina di anni fa si poteva considerare totalmente occupato dal diritto internazionale e poco avrebbe quindi a che fare con il diritto transnazionale, se per diritto transnazionale, lasciando da parte le definizioni storiche da Jessup in poi, intendiamo un'area grigia intermedia nella quale si incrociano e talora si sovrappongono discipline ibride di natura privatistica e pubblicistica per un verso e ibride di natura domestica e internazionale per un altro, la parte che comunque più ci interessa come studiosi di diritto costituzionale e comparato sul versante pubblicistico.

Ora, il motivo per cui questa materia non è più certamente classificabile come di diritto internazionale puro ma è invece transitata nella sfera del diritto transnazionale è che ci sono state evoluzioni storiche, direi negli ultimi 25 anni ma più marcatamente negli ultimi 10, le quali hanno cambiato radicalmente lo stato delle cose sia in fatto che in diritto. Il tema che sembra più interessante ed affascinante soprattutto per gli studenti, perché nel perimetro dei pubblicisti comparatisti questi temi cominciano ad essere abbastanza noti, benché non ancora come meriterebbero e non ancora come all'estero, è lo spazio che si è costruito intorno alle vicende del WTO, che come tutti sanno nasce nel 1994 entra in funzione nel 1996; il suo organismo giudiziario entra in funzione nel 1998. È nato in realtà dalle ceneri del GATT e quindi è, come dire, esso stesso uno stato evolutivo di vicende anteriori. D'altronde, come si diceva poco fa del diritto sportivo, siamo in contesti non solo non compiuti, ma fluidi, usando la terminologia di Zygmunt Bauman: il livello di evoluzione è notevole e soprattutto rapidissimo, per cui ci rendiamo conto che nello spazio di pochi anni spesso la situazione cambia anche in modo radicale.

Ebbene, questa evoluzione, che io daterei al più al 1994 ma probabilmente è nella gran parte più recente, ha trasformato il settore dell'*international trade law* in vero diritto transnazionale. Quello che più lo rende *sui generis* essa si è manifestata in un settore nel quale ci aspetteremmo di vedere dominare le ragioni economiche, quelle del *business* e quindi in gran parte riconducibili al diritto commerciale, che oltretutto negli ultimi 10-15 anni sono state in gran parte telematizzate. Invece si vede ivi apparire un abbondante uso della categoria dei diritti umani, addirittura talora definiti diritti umani fondamentali, e il fatto determinante, oltre che l'elemento di maggiore interesse in questo settore, è che, come si sa, queste trasformazioni epocali di interi settori di disciplina avvengono spesso per effetto di formanti che talora si sommano e talora si alternano: nel caso dell'Unione Europea il formante burocratico e i rapporti intergovernativi, la giurisprudenza della Corte di Giustizia ed altro ancora; in questo ambito è stato determinante il formante giurisdizionale e cioè

l'organismo giudiziale del WTO, l'Appellate Body, il quale ha prodotto un corpus di giurisprudenza molto organico. Tra l'altro nulla del genere esisteva nel vecchio GATT, anzi il superamento del GATT è stato anche motivato dall'esigenza di strutturare l'ordinamento di settore, riorganizzandolo e creando anche un organo giurisdizionale.

Muovendo da un'analogia con quanto è accaduto in Europa, cioè con l'evoluzione della giurisprudenza della Corte di Giustizia, che praticamente fino al '69 o al '74, secondo che si faccia riferimento al precedente *Nolde* o a *Stauder*, ha di fatto ignorato qualunque diritto che non fosse di natura economica e poi si è convertita ai diritti civili e politici un po' alla volta, con molta prudenza e precauzione, perché la sua missione istituzionale era meramente economica. Qui, invece, benché possa sembrare paradossale, a un livello non continentale ma globale, l'appellate body del WTO si è mosso fin da subito in un'ottica non squisitamente economica. Ovviamente non ha dimenticato che la *mission* della sua organizzazione è il perseguimento di interessi economici e quindi dell'efficienza, del profitto, dello scambio di beni e di servizi, la proprietà intellettuale, gli investimenti, gli scambi monetari e finanziari. Tra l'altro non bisogna dimenticare che i *terms of reference*, l'ambito competenziale del WTO, si è allargato progressivamente: ad esempio, all'inizio non includeva materie come le telecomunicazioni, l'agricoltura e gli alimenti; ora, queste aggiunte, soprattutto quella dell'ambito agro-alimentare, hanno arricchito notevolmente il *set* di competenze e ha contribuito ad attivare l'attenzione per i diritti umani; ma non va dimenticata nemmeno l'area delle telecomunicazioni per le ovvie implicazioni sulla quantità e sulla natura degli scambi. È impossibile parlare di cibo e agricoltura senza che entrino in gioco considerazioni non economiche e quindi si potrebbe dire, pur non cadendo nel classico vizio dell'innamoramento per l'oggetto di studio, che una parte del dibattito dottrinale sulla cosiddetta *global justice* paradossalmente sia finita dentro la giurisprudenza dell'Appellate Body. Quindi l'organo giudiziario del WTO è andato cercando una specie di soluzione compromissoria a metà strada tra il *business* e l'economia pura: da una parte il mercato e lo sviluppo, dall'altra le considerazioni che fanno riferimento ai valori. Naturalmente può non essere un caso che questo sia accaduto: le ragioni sono molteplici, ed una di esse è certamente quella che la creazione stessa del WTO e il suo sviluppo coincidono con quel ciclo del costituzionalismo che ben conosciamo, quello degli anni '90, cioè quello successivo alla disintegrazione dell'impero sovietico e quindi alla elaborazione di quelle decine di costituzioni che caratterizzano l'Europa dell'Est, il mondo euroasiatico che era già sovietico e che poi ha ingenerato un effetto d'onda in molti altri paesi europei, come ad esempio Svizzera e Finlandia che hanno revisionato le loro carte costituzionali a fine secolo, negli anni '98/'99, e l'America Latina, che, a sua volta, liberata dai condizionamenti della Guerra fredda, ha aggiornato il proprio dato

costituzionale così che poi la stessa Corte Interamericana dei diritti di San José è venuta tenendo conto di queste importanti democratizzazioni continentali.

Come si è venuta sviluppando questa tendenza? Una prima concausa risiede nel ciclo del costituzionalismo; altri motivi possono essere in qualche modo collegati anche a vicende politiche globali. Va comunque ricordato che i movimenti no *global* nascono nel 1999 con i riots di Seattle e sono indirizzate in gran parte proprio contro il WTO. Così come spesso si pensa che la democratizzazione dell'Europa dell'Est sia stata così celere perché questi Paesi dovevano aderire al Consiglio d'Europa, all'Unione Europea e perfino alla NATO, e quindi avevano bisogno di un biglietto di presentazione adeguato, allo stesso modo anche il WTO deve fare fronte a proteste massicce su scala globale spesso violente che si avvicinano al terrorismo e quindi evidentemente adegua il proprio atteggiamento, lo ammantava di valori democratici o di valori costituzionali *tout court*. Tanto che gli internazionalisti o almeno una parte di essi, costruiscono il WTO come un caso esemplare di quello che si chiama la costituzionalizzazione del diritto internazionale, anche se in realtà si è andati ben più oltre, pervenendo ormai al terreno transnazionale, non più strettamente delle organizzazioni internazionali.

Vorrei citare 3 esempi di questa costituzionalizzazione o democratizzazione. Il primo è quello processuale, nel senso che l'Appellate Body decide fin da subito, in assenza di un codice di procedura civile proprio, di scegliere una tecnica di acquisizione delle prove più simile a quello del nostro processo amministrativo che a quella di un processo civile di matrice europea, che gli americani chiamano appunto *inquisitorial fact finding*: il Giudice può acquisire le prove che crede, ordina alle parti di produrre, si va al di là della normale *evidence* di produzione di parte; questo significa che il ruolo che il Giudice assume è un ruolo molto attivo, che lo propone come un vero facitore di diritto persino al di là del modello del *common law*.

Quanto all'uso dei valori e quindi dei principi che ne sono la traduzione, si può citare sul versante metodologico, il famoso caso Shrimps-Turtles (1998) - non a caso si tratta di alimentazione, di gamberi e tartarughe - dove appunto l'Appellate Body inizia a costruire questa sua teoria processuale per cui le prove sono fatte acquisire dal Giudice. Sul terreno della elaborazione di valori costituzionali - ed anche qui si verte in casi concernenti l'alimentazione - va menzionato il caso degli ormoni (formones, 1998) cioè dell'ammissibilità del divieto europeo di importazione di carni bovine allevate mediante antibiotici, che ovviamente contrasta con le regole della WTO, tese a favorire la libera circolazione dei beni, inclusi gli alimenti. Il giudice globale si trova allora in imbarazzo; non va dimenticato che dei 163 soggetti aderenti alla WTO uno è l'Unione Europea e dunque non si poteva rischiare una sentenza che drasticamente desse torto all'Europa mettendo a repentaglio la stessa appartenenza

degli Stati europei all'organismo come tale. Quindi l'Appellate Body decide di applicare uno standard di *review* che praticamente consente al Giudice, in ossequio al principio di libera acquisizione delle prove, di farsi un'idea propria senza applicare necessariamente gli *standards* scientifici che ha seguito una delle parti, nel caso di specie l'Europa appunto: viene dunque affermata la possibilità di una *new review*. Per la prima volta, al tempo stesso, l'Appellate Body elabora una teoria dei livelli di *review* molto simile a quella della Corte Suprema degli Stati Uniti: esso individua infatti un livello rigido di controllo, uno lasco e uno intermedio, con effetti di grande somiglianza con la giurisprudenza costituzionale statunitense e di altri ordinamenti. E poi in un altro caso, detto *Bananas Case* (1998-2000-2012), che si riferisce pure al *food*, individua *standards* applicativi del principio di eguaglianza e teorizza la proporzionalità come applicabile al principio di discriminazione.

Sembra quindi di poter dire che sia dal punto di vista delle modalità processuali che da quello dell'applicazione di valori e della creazione di livelli di scrutinio si sia verificata una forte costituzionalizzazione della giurisprudenza dell'Appellate Body. Si trovano decisioni che fanno riferimento a garanzia e sviluppo di diritti che potremmo chiamare di terza o quarta generazione, quegli stessi che vengono riconosciuti dalle carte costituzionali del ciclo che si richiama prima ma che appaiono anche in moltissime carte internazionali comunque definite: convenzioni, accordi, dichiarazioni. Quindi ad esempio, benché possa sembrare sorprendente, il ricorso a queste categorie è massiccio e quindi non è più sorprendente.

Ad esempio, il diritto ad un adeguato *standards* di vita, che peraltro è previsto dall'art. 25 della Dichiarazione dell'ONU, dall'art. 11 della Convenzione sui diritti civili e politici, dall'art. 27 della Convenzione sui diritti del fanciullo e perfino nella formula rooseveltiana del diritto al bisogno che fu enunciata dal Presidente davanti al Congresso degli Stati Uniti nel 1941 e che faceva parte peraltro anche del Rapporto *Beveridge*: alla fine è diventato una specie di luogo comune del *welfare state* occidentale in tutte le sue varianti. Questo implica alcune applicazioni, come il *duty to respect*, di rispettare le misure necessarie per soddisfare i bisogni fondamentali degli individui e dei gruppi - e sottolinea l'importanza dei gruppi perché ovviamente, per quanto riguarda il dato culturale ed agro-alimentare sono in gioco ad esempio gli alimenti tipici delle popolazioni aborigene e perfino i principi terapeutici-. Non bisogna dimenticare che su questo terreno sono state combattute battaglie legali sanguinarie, se così si può dire, tra Paesi occidentali, che intendevano sfruttare industrialmente erbe, radici, principi attivi alimentari e medici reperibili nel terzo mondo, e la resistenza dei popoli locali all'utilizzo industriale di questi principi in quanto elementi tipici della cultura indigena. Da questo punto di vista la giurisprudenza della Corte Suprema americana per esempio sul peyote e della Corte canadese

che molto ha fatto a tutela delle popolazioni aborigene, sono arrivate talora addirittura dopo alcune pronunce del WTO.

Si aggiunga il *duty to protect*, quindi ad esempio il divieto di vendere e far circolare prodotti dannosi o di utilizzare pratiche commerciali scorrette, si converte in o si somma al *duty to fulfill*, l'aiuto per conseguire le necessarie risorse o facilitarne l'acquisizione, sia anche alla forma detta *duty to provide*, dovere di fornire assistenza sociale o sicurezza sociale in tempi di crisi e di emergenza, favorendo le categorie più deboli, tema ultimamente è ritornato di gran moda. E poi ancora sono emersi in questa giurisprudenza il diritto al cibo, di cui non sto a citare le fonti internazionali né quelle costituzionali per amore di brevità; il diritto alla vita, con inclusione di quello alla salute e al trattamento medico, il diritto all'*accomodation*, che ha un'identità molto ampia quindi spazia dall'abitazione, o *vivienda* alla spagnola, fino al trattamento dei rifugiati in termini di sistemazione; il diritto all'identità culturale, che oltretutto è ribadito nella convenzione dell'UNESCO del 2003 e che quindi riguarda le proprietà culturali intangibili ad inclusione delle manifestazioni materiali che vanno dal linguaggio, alla danza, al cibo ed alle diete, il diritto all'ambiente, su cui non è il caso di soffermarsi, dato che è ampiamente ormai trattato in tutte le forme che vanno dallo sviluppo sostenibile alle varianti più diverse.

Nella più squisita tradizione dell'incrementalismo i poteri del WTO sono stati arricchiti progressivamente attraverso i vari *rounds*. Esso stesso, d'altronde, è nato dall'*Uruguay round* del GATT e gli ultimi due, il *Bali package* del 2013 e il *Nairobi package* del 2015, hanno riaffermato la supremazia del WTO come forum globale per le regole del commercio.

Quindi fin qui si è registrata un'apparente crescita, un apparente sviluppo e consolidamento di questa tipica Organizzazione Internazionale, la quale tende ad assumere i caratteri procedimentali e organizzativi tipici delle organizzazioni internazionali. Ad esempio è strutturata in base ad una Conferenza dei Ministri, un Consiglio Generale che delibera a maggioranza ed un Direttore Generale designato dalla Conferenza dei Ministri.

Nel 2015, però, inizia la crisi: sembra una contraddizione che nel momento in cui l'organizzazione sta offrendo agli internazionalisti l'esempio della verticalizzazione, cioè della costruzione *bottom up*, l'esempio della sua costituzionalizzazione, anche grazie al formante giudiziario, e sta fornendo esempi di rafforzamento strutturale, in realtà finisce col dimostrarsi un colosso di argilla che sta preparandosi a franare per effetto di fenomeni vari. Non disponiamo di molto tempo per descriverli in dettaglio, ma se ne possono richiamare almeno due.

Il primo è rappresentato dalla cosiddetta balcanizzazione, cioè dal fatto che il WTO si è rafforzato avendo come dottrina fondamentale il multilateralismo, cioè ha costruito le proprie basi su trattati che si estendono per quanto

possibile a tutti gli Stati membri dell'organizzazione. Tuttavia negli ultimi vent'anni, ed anche prima, sin dai tempi del GATT, ma in misura sempre crescente, siano stati stipulati oltre trecento trattati bilaterali o plurilaterali, quindi in teoria incompatibili, in quanto non multilaterali, con il WTO, che avrebbe dovuto autorizzarli in quanto in deroga. In realtà la procedura di deroga non è stata pressoché mai seguita (sono stati censiti, su 70 trattati, solo 4 casi di riconoscimento esplicito di compatibilità): infatti, molti di questi trattati non contengono le clausole tipiche del WTO, come ad esempio la clausola della nazione più favorita, e quindi introducono istituti non in armonia e accordi privilegiati; alcuni si strutturano su base continentale ed altri, siccome il commercio ormai è totalmente globalizzato, su base di filiera, per materia e per contenuto, tenuti insieme da esigenze funzionalistiche o sostanzialistiche. Questo dato già si pone in contrasto con il criterio organizzativo di base del WTO.

Il secondo fenomeno, detto in termini alquanto brutali e sintetici, è indubbiamente il fatto che alcuni importanti Stati membri del WTO, a cominciare dagli Stati Uniti soprattutto durante la presidenza attuale, hanno iniziato a mostrare segni di totale sfiducia verso questo ed altri organismi collegati alle Nazioni Unite. Per quanto riguarda il WTO, mentre hanno preannunciato l'uscita dal WHO, ne hanno semplicemente minato le basi in due modi: stipulando trattati bi- o plurilaterali, come ad esempio il trattato detto USMCA con il Messico e il Canada nel luglio del 2020, di fatto svuotando il NAFTA. Allo stesso modo sono usciti dalla *Trans Pacific Partnership* del 2017. Soprattutto il Presidente Trump a fine 2018 ha rifiutato di nominare il nuovo membro dell'Appellate Body, perché il componente statunitense era scaduto e non è più stato sostituito. Il Presidente Bolsonaro ha fatto altrettanto per il Brasile e quindi di fatto l'Appellate Body sta per entrare in una totale impossibilità di funzionamento.

In complesso, quindi, se già era in corso una fase di transizione dal diritto internazionale puro al diritto transnazionale grazie al *trigger* giurisprudenziale, ora si aprono scenari di difficile prevedibilità certo. Certo occorrerebbero ben altre esperienze che non quella del comparatista per intuire verso quali esiti il sistema del commercio internazionale si stia muovendo e se pure vi sia un punto d'arrivo. In questo momento si intravede con chiarezza che il multilateralismo è in crisi. È evidente altresì che molta parte di queste acquisizioni giurisprudenziali che sembravano così orientate a coniugare le esigenze del *business* e dell'economia con i valori costituzionali più tradizionali, gli stessi della Carta di Nizza e della Dichiarazione Universale potrebbero essere rimesse in discussione. Lo scenario si fa più fosco e certamente più complesso e non si può stabilire che alternativa ne possa prendere le veci.

Possiamo ricordare che l'evoluzione storica è avvenuta per cicli: da fine '800 sino al volgere del secolo si registrò una fase ad egemonia britannica con un

liberalismo pieno ma a direzione inglese; all'inizio del '900 e fino alla seconda guerra mondiale si è manifestato un periodo contrassegnato da nazionalismi protettivi; in fondo il GATT era nato per generare una forma di liberalismo istituzionalizzato, di multilateralismo strutturato, anche se l'idea di Truman, peraltro, ebbe la stessa fortuna di quella di Woodrow Wilson, il quale concepì la società delle Nazioni ma non riuscì a fare approvare dal Congresso la sua creatura. Truman spinse fortissimo sull'eredità rooseveltiana per creare un organismo che doveva essere come il WTO e ed invece riuscì poi come il GATT, e poi non riuscì a farlo approvare dal Congresso degli Stati Uniti.

Oggi il mondo si ritrova in un ciclo molto simile ad eventi del passato, e non è dato comprendere che modello prevarrà se cade il multilateralismo e se ne prenderà il posto. Non più un'egemonia, a meno che l'egemonia non sia destinata ad essere quella cinese: indubbiamente l'America sta cercando di accentuare il suo eccezionalismo, salvo possibili svolte presidenziali; la Cina procede in maniera non sempre molto trasparente ad acquisire il consenso di numerose nazioni africane ed asiatiche e quindi si prospetta come altro polo di un'eventuale egemonia polarizzata a due, a tre o a quattro punte. L'Europa non può in questo contesto che rafforzare la sua posizione, ma perde la Gran Bretagna ed ha vertenze interne molto gravi con gli Stati dell'Est, sia con riferimento al potere giudiziario ed alla sua indipendenza sia quanto alla gestione dell'immigrazione e di altre *policies* molto importanti.

È quindi difficile predire il futuro di questi diritti come elaborati dalla giurisprudenza dell'Appellate Body del WTO in un momento in cui la stessa struttura cui questo organo giudiziario appartiene entra in crisi e non si mostrano all'orizzonte soluzioni organizzative che con qualche tasso minimo di democrazia possano prenderne il posto. Non si può che chiudere con questa nota di dubbio, se non di sfiducia.