



DI PIRATI E MULTINAZIONALI: L'*ALIEN TORT STATUTE* E LA TUTELA EXTRATERRITORIALE DEI DIRITTI UMANI DA PARTE DELLA GIURISPRUDENZA CIVILE DEGLI STATI UNITI

RAFFAELE CADIN*

SOMMARIO: 1. Prologo. – 2. Il caso *Filártiga* risveglia da un torpore secolare l'*Alien Tort Statute* (ATS) nel contesto della internazionalizzazione dei diritti umani. – 3. Cosa si intende oggi per violazione della *law of nations* e quale era l'intento originario dei legislatori americani che emanarono l'ATS nel 1789? – 4. Il torturatore/pirata nemico del genere umano: la potenza evocativa di una doppia metafora in stile dantesco, i rischi giuridici di un suo abuso. 5. – Ascesa e apparente tramonto dell'ATS: dalla proliferazione delle cause transnazionali sui diritti umani nei tribunali degli Stati Uniti alla sconfessione della giurisprudenza *Filártiga* da parte della Corte suprema nel caso *Kiobel* del 2013. – 6. Conclusione: una "bella menzogna" rimane tale anche se chi la svela non ha a cuore "la veritate ascosa".

1. Prologo

La storia che ci apprestiamo a narrare non è forse destinata ad avere un epilogo soddisfacente sotto il profilo giuridico, ma vale la pena di essere raccontata. Apparentemente perché è piena di elementi misteriosi, evocativi e sorprendenti che di solito vengono accuratamente evitati dai cultori della scuola "positiva" del diritto internazionale. In realtà, questi elementi esotici e anacronistici (ben rappresentati dalla figura classica del "pirata"), che pure arricchiscono la narrativa giuridica, sono il frutto dell'applicazione del metodo logico-storico nello studio del diritto internazionale e delle sue linee di sviluppo che inevitabilmente si perdono nella storia e che alle volte trovano origine (*abimè!* ... esclamerebbe qualcuno) anche nel diritto naturale per tornare poi inaspettatamente d'attualità in chiave prospettica nel dibattito giuridico.

La linea "rossa" al centro delle dinamiche oggetto del presente scritto è l'ambiguo contenuto normativo dell'*Alien Tort Statute* (d'ora in avanti, ATS), una legge emanata nel 1789 dal primo Congresso degli Stati Uniti che così recita: "The district Court shall have

* Professore associato di Diritto internazionale, Sapienza Università di Roma.

original jurisdiction of any civil actions by an alien for a tort only, committed in violations of the law of nations or a treaty of the United States”. Il mistero sui suoi scopi (non sono giunti a noi i lavori parlamentari, così secondo il giudice Friendly la legge è “a kind of legal Lohengrin; although it has been with us since the first Judiciary Act ... no one seems to know from whence it came”¹), il clamore suscitato dal caso *Filártiga* del 1980 e dal celebre *dictum* della Corte di Appello di New York: “the torturer has become – like the pirate and slave trader before him – hostis humani generis, an enemy of all mankind”², nonché il tentativo ultimo, sia pure abortito, di utilizzare l’ATS per affermare la responsabilità civile delle multinazionali nelle corti statunitensi per i crimini commessi nell’ambito della globalizzazione predatoria, hanno fatto di questa legge interna un caso giuridico senza precedenti in cui il diritto internazionale ricerca, non senza contraddizioni, nelle proprie radici storiche lo spirito normativo per affrontare le principali sfide della contemporaneità.

2. Il caso *Filártiga* risveglia da un torpore secolare l’Alien Tort Statute (ATS) nel contesto della internazionalizzazione dei diritti umani

L’impatto che ha avuto la sentenza della Corte distrettuale di New York del 1980 nel caso *Filártiga* nel dibattito sulla protezione internazionale dei diritti umani è stato senza precedenti, tanto che si può parlare di un “prima” e di un “dopo”³. Basti pensare che in quella fase storica, segnata dai rigurgiti della Guerra Fredda e dal tentativo dell’amministrazione Carter di porre seriamente la questione del rispetto dei diritti umani anche con riferimento alle allora fiorenti dittature latino-americane, la dottrina internazionalista ancora si divideva sulla possibilità di configurare la tortura ufficiale come una violazione del diritto internazionale generale e considerava il precedente di Norimberga alla stregua di un evento giuridico eccezionale e non ripetibile. In quell’epoca, in cui i cultori dei diritti umani apparivano più come predicatori che come giuristi, il fatto che un tribunale degli Stati Uniti, sia pure in ambito civile, affermasse la propria giurisdizione su un caso di tortura perpetrato all’estero, in cui sia il torturatore che la vittima erano stranieri, è sembrato aprire una nuova era in cui il principio della giurisdizione universale poteva diventare uno strumento idoneo a forzare il tradizionale concetto di sovranità territoriale e a garantire se non la repressione delle violazioni dei diritti fondamentali ovunque

¹ *ITT v. Vencap Ltd.*, 519 F.2d (2d Cir. 1975), p. 1001 ss., p. 1015.

² *Filártiga v. Peña-Irala*, 630 F.2d (2d Cir. 1980), p. 876 ss., p. 890 (d’ora in poi *Filártiga*). Sul caso *Filártiga*, cfr. tra gli altri: J. M. BLUM, R. G. STEINHARDT, *Federal Jurisdiction over International Human Rights Claims, The Alien Tort Claim Act after Filártiga v. Peña-Irala*, in *Harvard International Law Journal*, 1981, p. 53 ss.; L. B. SOHN, *Torture as Violation of the Law of Nations*, in *Georgia Journal of International and Comparative Law*, 1981, p. 37 ss.; J. HADLEY LOUDEN, *The Domestic Application of International Human Rights Law: Evolving the Species*, in *Hastings International and Comparative Law Review*, 1982, 161 ss., p. 177 ss.; A. CASSESE, *Violenza e diritto nell’era nucleare*, Bari, 1986, p. 162 ss. Critici, ma con diverse sfumature: W. T. D’ZURILLA, *Individual Responsibility for Torture under International Law*, in *Tulane Law Review*, 1981, p. 186 ss.; M. DANAHER, *Torture as a Tort in Violation of International Law: Filártiga v. Peña-Irala*, in *Stanford Law Review*, 1981 ss., 353 ss. La più preziosa fonte di documentazione sul caso *Filártiga* e sulla giurisprudenza successiva si trova in W. J. ACEVES, *The Anatomy of Torture. A Documentary History of Filártiga v. Peña-Irala*, Leiden/Boston, 2007.

³ Questo non vale per la dottrina italiana del tempo che, con l’importante eccezione di A. CASSESE, *Violenza e diritto nell’era nucleare*, cit. (ma cfr. anche F. LATTANZI, *Garanzie dei diritti dell’uomo nel diritto internazionale generale*, Milano 1983, pp. 351-361), ha scoperto con qualche decennio di ritardo questa giurisprudenza innovativa.

consumate, almeno il diritto delle vittime ad ottenere un risarcimento da parte dei loro perpetratori⁴.

I fatti che hanno originato il caso ebbero luogo in Paraguay alla fine degli anni settanta nel classico contesto delle dittature latino-americane dell'epoca: una economia basata in gran parte sul contrabbando si intrecciava con il regime del Presidente Stroessner che si è retto per decenni sullo stato di assedio proclamato ogni tre mesi dalla presa del potere nel 1954 al fine di sospendere i diritti individuali garantiti dalla Costituzione del 1967. Tale situazione fece emergere un codice non scritto di norme, chiamato in lingua guarani "mbareté", superiore a quello del sistema legale, che garantiva l'immunità alle forze di polizia per qualsiasi violazione dei diritti umani della popolazione civile⁵. In questo quadro, non stupisce che l'attività medica del Dr. Joel Filártiga in favore della dimenticata popolazione rurale venisse considerata come "politica" e sospetta. Nel marzo del 1978 l'offensiva della guerriglia paraguaiana fece crescere la tensione e nella notte del 29 marzo il figlio del del Dr. Filártiga, Joelito, fu rapito dalla propria abitazione in Asunción e portato nel commissariato locale dall'ispettore di polizia Peña-Irala e da tre ufficiali suoi complici. Pur non essendo stato dimostrato che l'azione poliziesca fosse stata ordinata da una precisa direttiva governativa, quello che è certo è che, al fine di avere notizie sulle attività del padre, Joelito fu torturato per ore fino alla morte per arresto cardiaco a causa delle scariche elettriche ad alto voltaggio praticategli⁶. Anche il tentativo di Peña-Irala di camuffare l'omicidio come delitto passionale fu vanificato da una autopsia indipendente che stabilì in maniera irrefutabile la realtà dei fatti. Un aspetto di grande rilevanza è se i Filártiga ebbero la possibilità di un rimedio legale in Paraguay perché da questo dipendeva, *inter alia*, l'applicazione della dottrina del *forum non conveniens* da parte di un tribunale statunitense. A tal riguardo, si può concludere nel senso di un palese diniego di giustizia: quando l'avvocato dei Filártiga richiese che gli ufficiali di polizia fossero citati in giudizio, egli venne arrestato e minacciato per essere poi radiato dall'albo degli avvocati. Stessa sorte di soprusi e minacce toccò alla famiglia Filártiga, finché una corte paraguaiana si oppose alla richiesta di presentare la causa⁷.

La storia giudiziaria del caso ebbe un inaspettato e clamoroso seguito: l'ispettore Peña-Irala, radiato dalla polizia paraguaiana sotto la pressione dell'opinione pubblica internazionale e dell'ambasciatore americano⁸, entrò negli Stati Uniti con un visto turistico andando, invece, a vivere a Brooklyn: qui fu scovato da un gruppo di esiliati paraguaiani e quindi arrestato dal servizio immigrazione per essere rimasto negli Stati Uniti più dei tre

⁴ Ad esempio, W. J. ACEVES, *The Anatomy of Torture*, cit., p. 77, osserva: "Because of its prominence, the Filártiga case is used in every major international law and human rights law textbook as an example of the domestic application of international law". Secondo M. W. JANIS, J. F. NOYES, *Teacher's Manual. Cases and Commentary on International Law*, St. Paul (MN), 2006, p. 3: "When it first appeared Filártiga seemed the answer to every international law teacher's dream of the first week case, and so it has remained".

⁵ Non c'è una stima sicura delle vittime del sistema del "mbareté": "as unknown numbers of victims of political repression have died under torture or by extra-judicial execution in Paraguay", *Amnesty International, Paraguay, Briefing Paper n. 4*, London, 1978, pp. 7-9.

⁶ I fatti sono esposti in *Inter-American Commission on Human Rights, Report on the Situation of Human Rights in Paraguay, Organization of American States*, Washington (D.C.), 1978, p. 26.

⁷ La legge paraguaiana permetteva ad una parte privata, su autorizzazione del tribunale, di iniziare una azione penale congiuntamente allo Stato, ma con propri avvocati e testimoni.

⁸ Gli Stati Uniti sospesero i prestiti internazionali al Paraguay. Il caso di Joelito Filártiga colpì l'opinione pubblica in Paraguay e all'estero anche grazie all'eclettica personalità del padre, il Dr. Filártiga: la sua clinica per i poveri, la "Esperanza", era finanziata attraverso la sua produzione artistica che rappresentava la povertà e il dolore delle classi contadine.

mesi previsti dal visto. Il Dr. Filártiga e la figlia Dolly, che in quel tempo viveva negli Stati Uniti e aveva chiesto asilo politico, presentarono una causa civile da dieci milioni di dollari contro Peña-Irala a norma dell'ATS per il *tort* di omicidio colposo reclamando che l'atto di tortura era stato commesso in violazione della *law of nations*. La Corte distrettuale di New York sospese l'ordine di espulsione del convenuto che presentò una istanza di rigetto dell'azione dei Filártiga sia per mancanza di "subject matter of jurisdiction" (la tortura non è un *tort* in violazione della *law of nations*) sia per la dottrina del *forum non conveniens*. Il giudice distrettuale, pur concedendo che "official torture violates an emerging norm of customary international law"⁹, ritenne che i precedenti del secondo circuito lo costringessero ad interpretare la frase *law of nations* in modo restrittivo nel senso di escludere il trattamento dei propri cittadini da parte di un Paese straniero¹⁰. In effetti, i frequenti dinieghi di giurisdizione¹¹ (l'ATS aveva fino ad allora sostenuto la giurisdizione solo in due casi) mettevano in dubbio che uno Stato potesse violare la *law of nations* nei confronti di un proprio cittadino, ma, d'altra parte, "none of the recent attempts to sustain jurisdiction had had as firm a basis in international law as did the Filártiga claim alleging death by torture"¹².

Davanti alla Corte d'appello la causa *Filártiga* fu sostenuta da numerosi scritti di prestigiose associazioni per la tutela dei diritti umani e dalle dichiarazioni di illustri studiosi che davano autorità alla tesi che il diritto internazionale proibisse la tortura ufficiale¹³. Di particolare importanza fu poi il *memorandum* nelle vesti di *amicus curiae* presentato dal Dipartimento di Stato e di Giustizia statunitense che sosteneva l'esercizio della giurisdizione¹⁴. La decisione nel merito arrivò il 30 giugno 1980: dopo aver preso in

⁹ *Filártiga v. Peña-Irala*, 79C917 Memorandum and Order (E.D.N.Y. May 15, 1979), p. 4 ss.

¹⁰ *Ibidem*. La decisione si basava su due casi allora piuttosto recenti, in particolare su *Dreyfus v. Finck*, 534 F.2d (2d Cir. 1976), p. 26 ss., in cui il presunto *tort* era la confisca della proprietà di un cittadino ebreo della Germania da parte della regime nazista e il seguente rifiuto del pagamento di un indennizzo. La "subject matter of jurisdiction" a norma dell'ATS fu negata perché secondo la Corte il rifiuto dell'indennizzo non violava la *law of nations*, confermando così la *ratio decidendi* seguita nel celebre caso *Sabbatino* (*Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino*, 376 U.S. 398 (1964)), in cui la Corte suprema decise che la confisca statale della proprietà dei propri cittadini non violava il diritto internazionale. Alcuni *dicta* (opinioni della Corte senza forza legale di precedenti) del caso *Dreyfus* suggerivano comunque che la *law of nations* non può essere violata quando la parte lesa è un cittadino dello Stato convenuto e che gli individui non possono commettere illeciti internazionali nei confronti di altri individui. Pur non essendo chiaro a quale di questi *dicta* fece riferimento la Corte distrettuale nel caso *Filártiga*, entrambi sono discutibili e verranno rigettati nel giudizio d'appello.

¹¹ Per l'elenco dei casi in cui fu invocato l'ATS prima del caso *Filártiga* (21 casi in 190 anni) e nei cinque anni seguenti (16 casi), cfr. la ricerca di K. C. RANDALL, *Federal Jurisdiction over International Law Claims: Inquiries into the Alien Tort Statute*, in *New York University Journal of International Law and Politics*, 1985, p. 1 ss., pp. 4-8.

¹² J. M. BLUM, R. G. STEINHARDT, *Federal Jurisdiction over International Human Rights Claims*, cit., p. 55.

¹³ RICHARD FALK: "it is now beyond reasonable doubt that torture of a person held in detection that results in severe harm or death is a violation of the law of nations"; THOMAS FRANCK offrì l'argomento che la tortura è stata rigettata da tutte le nazioni sebbene fosse una volta usata per estorcere confessioni; RICHARD LILLICH enumerò le fonti autoritative che dimostrano che la tortura ufficiale è una "violation of international law"; MYRES MCDUGAL affermò che è da lungo tempo riconosciuto che alcuni illeciti riconosciuti internazionalmente, come la tortura, "virtually affect relations between states", vedi *Filártiga*, cit., p. 879.

¹⁴ Il *memorandum* è riprodotto in *International Legal Materials*, 1980, p. 585 ss. A. CASSESE, *Violenza e diritto nell'era nucleare*, cit., pp. 170-171, considera la proficua collaborazione tra magistratura ed esecutivo realizzatasi nel caso *Filártiga* unica e decisiva per arrivare ad una svolta nella tutela internazionale dei diritti umani calpestatati da governi autoritari. Tuttavia, bisogna tenere in considerazione che, in linea generale, l'intervento dell'esecutivo sul potere giudiziario, oltre ad essere animato da considerazioni politiche contingenti, può essere pericoloso per la causa del diritto internazionale. Non a caso, nel 1987 l'amministrazione Reagan, meno incline di quella Carter a ... considerazioni umanitarie, formulò un *memorandum* nel caso *Trajano v. Marcos* (n.

considerazione la Carta delle Nazioni Unite (che, in particolare negli artt. 55-56 offre sostegno alla tesi che il trattamento statale dei propri cittadini è di interesse internazionale), le dichiarazioni adottate dall'Assemblea generale e le convenzioni internazionali in materia di diritti umani (che proibiscono la tortura in modo assoluto e specificano il contenuto dei relativi obblighi statali), la rinuncia da parte di tutti gli Stati alla pratica ufficiale della tortura come pure la sua proibizione negli ordinamenti interni (come espressione della pratica degli Stati e dei principi generali di diritto), la Corte d'appello concluse all'unanimità che la tortura ufficiale è una violazione del diritto internazionale generale, che la sua proibizione non ammette distinzioni tra il trattamento di stranieri e di cittadini e che, quindi, l'ATS fornisce la base per l'esercizio della giurisdizione federale. Lasciò, invece alla considerazione della Corte distrettuale, a cui rinviava la decisione nel merito della causa, la scelta della legge applicabile al caso, la valutazione della astensione per *forum non conveniens* e la concessione di un risarcimento¹⁵.

3. Cosa si intende oggi per violazione della law of nations e quale era l'intento originario dei costituenti americani che emanarono l'ATS?

Prima di esaminare il problema centrale dell'affermazione della giurisdizione universale in ambito civile per atti di tortura ufficiale, conviene considerare come la Corte d'appello ha interpretato il requisito della "violation of the law of nations" contenuto nell'ATS in merito alla rilevazione delle norme di diritto internazionale vigenti in epoca contemporanea. È utile notare da subito che tale indagine non ha soltanto finalità speculative a carattere storico-giuridico che di per sé la giustificerebbero ampiamente, ma ha delle implicazioni pratiche ed attuali della massima rilevanza. Infatti, l'attacco politico alla giurisprudenza Filártiga iniziato già negli anni ottanta del XX secolo e la sua recente sconfessione nel caso *Kyobel*¹⁶ del 2013 da parte della Corte suprema sono proprio basati sulla ricostruzione dell'intento "originario" dei costituenti statunitensi che adottarono l'ATS nel 1789.

In primo luogo, la Corte ha sostenuto che la *law of nations* forma parte integrante della *common law* e come tale diventò parte della *common law* degli Stati Uniti con l'adozione della Costituzione. Questa tesi, affermata in via giurisprudenziale, implica la competenza dei tribunali federali ad interpretare direttamente il diritto internazionale, anche quando il Congresso non ha provveduto ad incorporare nel diritto federale statunitense specifiche norme internazionali in virtù del suo potere costituzionale "to define and punish ... offences against the law of nations"¹⁷. A sostegno di questo principio i giudici d'appello riportano come precedente il caso *Nereide*, in cui si sostenne che, in assenza di un atto del

86-0207 (D. Hawaii, July 18, 1986), appeal docketed, n. 86-244818 (9th Cir., Aug. 20, 1986), p. 15), in cui invocava una interpretazione restrittiva dell'ATS, rigettando in pratica i principi giuridici emersi nel caso Filártiga.

¹⁵ *Filártiga v. Peña-Irala*, 577 F. Supp. (E.D.N.Y. 1984), p. 860 ss. (non applicazione della dottrina del *forum non conveniens* e concessione di un risarcimento di 10 milioni di dollari per violazione della norma internazionale sulla proibizione della tortura).

¹⁶ *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.*, 133 S.Ct. 1659 (2013) (d'ora in poi *Kiobel*).

¹⁷ Giova evidenziare che la Convenzione delle Nazioni Unite contro la tortura e altre punizioni o trattamenti inumani, crudeli o degradanti è stata adottata il 10 dicembre 1984 (in vigore a livello internazionale dal 26 giugno 1987) ed è stata ratificata dagli Stati Uniti solo nel 1994.

Congresso, i tribunali degli Stati Uniti sono “bound by the law of nations, which is part of the law of the land”¹⁸ e il celebre *dictum* della Corte suprema nel caso *The Paquete Habana*: “international law is part of our law, and must be ascertained and administered by the courts of justice of appropriate jurisdiction, as often as question of right depending upon it are duly presented for their determination”¹⁹.

In secondo luogo, la Corte d’appello ha ritenuto di dover procedere alla rilevazione del diritto internazionale non com’era nel 1789, ma come si è evoluto ed esiste oggi tra le nazioni del mondo: in questo modo ha implicitamente sostenuto che l’emanazione dell’ATS era espressione dell’intento del primo congresso di fornire un mandato generale per l’applicazione del diritto internazionale, comunque dovesse svilupparsi. Dovendo, infatti, nell’interpretazione di una legge federale mantenersi fedele allo scopo legislativo, la Corte si trovava nella difficoltà di dover giustificare l’esercizio della propria giurisdizione su una fattispecie che sicuramente non rientrava tra quelle a cui potevano aver pensato i costituenti del 1789. Anche in ordine a questo secondo problema, i giudici del secondo circuito hanno basato la loro decisione sul fatto che il carattere evolutivo della *law of nations* era stato ampiamente riconosciuto dai tribunali statunitensi nel diciannovesimo secolo. Ad esempio, sempre nel caso *The Paquete Habana*, si affermò che la tradizionale proibizione di catturare pescherecci costieri durante una guerra era venuta trasformandosi nel corso del secolo precedente da una regola di mera cortesia internazionale (rientrante nel concetto di “comity”) in a “settled rule of international law” attraverso “the general assent of civilized nations”²⁰. Ancora più significativa, per la vicinanza temporale con l’adozione della Costituzione, è una decisione della Corte suprema del 1796 in cui la “law of nations” veniva distinta tra “ancient” e “modern”²¹.

Del resto, la giustezza della posizione della Corte d’appello è confermata dall’attenzione posta dalla giurisprudenza statunitense in materia di commercio degli schiavi: prima tutelato dai tribunali degli Stati Uniti e poi, finalmente, considerato un illecito. Così, in uno dei primi tentativi di dichiarare il commercio degli schiavi illegale, nel caso *La Jeune Eugenie*, il giudice Story riconosceva l’evoluzione della *law of nations*: “It does not follow ... that because a principle cannot be found settled by the consent or practice of nations at one time, it is to be concluded, that at no subsequent period the principle can be considered as incorporated into the public code of nations. Nor it is to be submitted that no principle belongs to the law of nations, which is not universally recognized, as such, by all civilized communities, or even by those constituting what may be called, the Christian States of Europe. Some doctrine, which us, as well as Great Britain, admit to belong to the law of nations, are of but recent origin and application, and have not, as yet, received any public or general sanction in other nations”²².

¹⁸ *The Nereide*, 13 U.S. 388 (1815), p. 422.

¹⁹ *The Paquete Habana*, 175 U.S. 677 (1900), p. 700. La diretta applicabilità del diritto internazionale consuetudinario nell’ordinamento interno statunitense è sostenuta, tra gli altri, da E. D. DICKINSON, *The Law of Nations as Part of the National Law of the United States*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 1952, p. 26 ss.

²⁰ *The Paquete Habana*, cit., p. 694.

²¹ *Ware v. Hilton*, 3 U.S. 199 (1796), p. 198.

²² *La Jeune Eugenie*, 26 F. Cas. 832 (D. Mass. 1821), p. 846. Un resoconto dettagliato del caso, incluse le sintesi delle posizioni assunte dai rappresentanti delle parti processuali e un repertorio della giurisprudenza dell’epoca in materia di commercio degli schiavi, è offerto da W. P. MASON, *A Report of the Case of The Jeune Eugenie, determined in the Circuit Court of the United States, for the First Circuit, at Boston, December 1821. With an Appendix*, Boston, 1822, disponibile on line al seguente indirizzo telematico: <http://hydrastg.library.cornell.edu/fedora/objects/sat:4304/datastreams/pdf/content>. Nella parte

Questi casi dimostrano come gli operatori giuridici statunitensi sono stati da sempre consapevoli dei mutamenti che si verificano senza soluzione di continuità nell'ordinamento internazionale, come sicuramente lo erano i costituenti che promulgarono l'ATS: quest'ultimi ebbero l'intuizione di non limitare l'applicabilità dell'ATS agli illeciti che costituivano dinieghi di giustizia al momento della sua emanazione²³, ma scelsero un

introduttiva di tale pubblicazione si ricorda che “[b]y an act passed by the Congress of the *United States* on the 2d of March, 1807, the importation of *slaves* into any port of the *United States* was prohibited after the 1st of June 1808; the time limited by the Constitution of the *United States*, beyond which slaves could not be imported. By this act the President was also authorized to employ armed vessels to cruise on any part of the coast, where he may judge attempts would be made to violate the act, and to instruct the commanders of armed vessels to seize, and to bring in, vessels found on the high seas contravening the provisions of the law” (p. 1). Ai nostri fini, è interessante notare che il 15 maggio del 1820 fu emanata una ulteriore legge secondo la quale qualsiasi cittadino o persona implicata nel commercio di schiavi, salvo il caso [... *sic*] di “any negro or mulatto, not held to service or labour, by the laws of either of the States or Territories of the *United States*”, “shall be adjudged a pirate, and of conviction shall suffer death” (pp. 2-3). Il paradigma normativo della pirateria ebbe dunque un ruolo centrale nella qualificazione del mercante di schiavi come nemico del genere umano con tutte le implicazioni di diritto internazionale che questo comporta. Del resto, anche nel caso *La Jenne Eugenie*, in cui peraltro non si arriva a considerare il trafficante di schiavi quale *hostis humani generis*, il legale dei proprietari della nave schiavista catturata si era retoricamente chiesto: “But by what law can an American Court, *in time of peace*, condemn, or withhold restitution of, a vessel of a foreign nation, which is found engaged in the African slave trade? The gentleman who conduct this litigation for the libellants, answer, By the Law of Nations” (p. 12). Nella rilevazione dei principi applicabili del diritto internazionale, il legale fece riferimento alle autorità dottrinarie dell'epoca secondo cui: “No nation has any jurisdiction at sea, but over its own citizens, or vessels, or offences against itself ... The right to any nation to punish, is limited, in its nature, to offences against the nation inflicting the punishment; this principle is believed to be universally true’ ... Piracy ‘under law of nations, which alone is punishable by all the nations, can only consist in an offence against all. No particular nation can increase, or diminish, the list of offences, thus punishable” (p. 22).

²³ La maggior parte dei commentatori ha cercato di collegare l'ATS con l'obiettivo dei Padri Fondatori, incaricati di redigere la nuova Costituzione, di garantire la sicurezza nazionale (cfr. K. C. RANDALL, *Federal Jurisdiction over International Law Claims*, cit.; W. R. CASTO, *The Federal Courts' Protective Jurisdiction over Torts Committed in Violation of the Law of Nations*, in *Connecticut Law Review*, 1986, 467 ss.; A. A. D'AMATO, *The Alien Tort Statute and the Founding of the Constitution*, in *American Journal of International Law*, 1988, p. 62 ss.). Per una così giovane nazione ciò equivaleva a mantenere una rigorosa neutralità nei confronti delle potenze e battagliere nazioni europee e, soprattutto, ad evitare dinieghi di giustizia che erano allora dei pretesti usuali per iniziare le ostilità (così A. A. D'AMATO, *The Alien Tort Statute*, cit. pp. 63-64). Diverse norme della Costituzione esprimono questa esigenza: così la sez. 8 dell'art. 1 attribuisce al Congresso il potere di “define and punish Piracies and Felonies committed on the high Seas, and Offences against the Law of Nations” (il termine “define” è utilizzato nell'antico significato di “riconoscere”) e l'art. 3, nella “Diversity Clause”, estende i poteri giudiziari a casi e controversie “between a State, or a Citizens thereof, and foreign States, Citizens or Subjects” e nella “Arising Under Clause” a tutti i casi “arising under (the) Constitution, the Law of United States, and Treaties made ... under their Authority”. Per essere sicuri che le azioni per illeciti basate su una violazione del diritto internazionale fossero conoscibili dalle corti federali senza tenere conto del requisito dell'importo (che era di 500 \$ per i casi sotto la “Diversity Clause”) e che anche uno straniero potesse iniziare una azione civile nei confronti di un altro straniero (nel senso della “Arising Under Clause”), l'ATS fu introdotto nel *First Judiciary Act* dai negoziatori alla Convenzione Costituzionale. Alla luce di quanto precede, mentre i “crimes against the law of nations” furono inseriti nella Costituzione per assicurare la prevalenza sulla legislazione statale, i “torts against the law of nations” trovarono posto nella legislazione “organica” del 1789 in un quadro di giurisdizione federale concorrente con quella statale (così prevedeva originariamente l'ATS). L'evenienza che le corti statali potessero avere giurisdizione esclusiva su alcune classi di azioni civili che coinvolgevano stranieri per violazioni della “law of nations” avrebbe comportato rischi di dinieghi di giustizia, data la prevenzione di queste corti verso gli stranieri: fu quindi stabilita la giurisdizione concorrente dei giudici federali che erano più attenti al mantenimento della neutralità e meno condizionati dalle passioni statali. Il fatto che l'applicazione dell'ATS fu ristretta ai “torts” (illeciti extracontrattuali) e non incluse le

linguaggio che, assecondando l'evoluzione del diritto internazionale avrebbe contribuito a garantire meglio, allora, la sicurezza nazionale, e due secoli dopo, in una prospettiva, solo superficialmente differente, i valori giuridici fondamentali della comunità internazionale²⁴.

Come emergerà meglio più avanti, tale linea argomentativa fondata su un duplice assunto – la teoria del “diniego di giustizia” quale intento originario dei costituenti americani e quella che possiamo chiamare della “consapevolezza della natura evolutiva della *law of nations*” che implicava fin dall’inizio, tramite il riferimento alla violazione della *law of nations*, una espansione dell’ambito di applicazione dell’ATS ben oltre le fattispecie di fine settecento – pur essendo sostenuta dalla dottrina più autorevole, non ha infine resistito al vaglio della Corte suprema che, almeno nella sua composizione attuale, segue la discutibile teoria dei cosiddetti “originalisti”. Nella sua versione più sofisticata, detta tecnica interpretativa non limita rigidamente l’applicazione statutaria alle fattispecie originariamente contemplate, ma sottopone il loro progressivo ampliamento al rispetto del significato originario. Se, dunque, nel caso dell’ATS, quest’ultimo era quello di evitare dinieghi di giustizia agli stranieri per ragioni di sicurezza nazionale, ne discende che la violazione extraterritoriale dei diritti umani di cittadini stranieri da parte dei loro governanti o di altre entità non rientra per definizione nella “*subject matter of jurisdiction*” dell’ATS²⁵.

Lo scenario descritto nei suoi tratti essenziali era stato a suo tempo immaginato da una delle più brillanti commentatrici della giurisprudenza *Filártiga*, il cui contributo, già apprezzato per la sua capacità di rappresentare culturalmente un’epoca, deve essere oggi rivalutato sotto il profilo eminentemente giuridico. Stiamo parlando della suggestiva tesi della BURLEY secondo cui lo scopo primo dell’ATS non fu quello di evitare dinieghi di giustizia, ma quello più nobile di rispondere al dovere nazionale di propagare ed applicare le norme di diritto internazionale che regolano la condotta degli individui. Questa ipotesi si basa sullo spirito che animava i Padri fondatori: nella loro concezione il dovere nazionale non era sinonimo soltanto di obbligo giuridico internazionale, ma era anche espressione di un dovere morale. Di conseguenza, applicare il diritto internazionale non era tanto un imperativo pratico che nasceva dalla necessità di assicurare la sicurezza di una giovane

“commercial actions” (nel diciottesimo secolo la “*law of nations*” era intesa comprendere il diritto internazionale pubblico, il diritto commerciale e il diritto marittimo), come il resto del *Judiciary Act*, lascia comunque intendere che il contenuto della legge fu determinato da un compromesso tra federalisti e anti-federalisti alla Convenzione costituzionale originata dall’intento di escludere la giurisdizione federale sulle cause commerciali dei creditori britannici contro i debitori americani, ipotesi assai frequente dopo la fine della Guerra d’indipendenza (così K. C. RANDALL, *Federal Jurisdiction over International Law Claims*, cit., pp. 28-31). A.-M. BURLEY, *The Alien Tort Statute and the Judiciary Act of 1789: A Pledge of Honor*, in *American Journal of International Law*, 1989, p. 461 ss., pp. 467-468, nel quadro della sua critica alla teoria del diniego di giustizia (sulla quale vedi *infra*), si chiede perché proprio queste cause, potenziali minacce alla sicurezza nazionale, furono escluse dall’ambito di applicazione dell’ATS.

²⁴ A.-M. BURLEY, *The Alien Tort Statute and the Judiciary Act of 1789*, cit., p. 477 ss., riporta una risoluzione del 1781 del Congresso Continentale, considerata dall’autrice l’atto che precorre l’ATS, in cui si enumerano una serie di delitti “against the law of nations” (violazione dei salvacondotti, delle immunità degli ambasciatori e dei trattati dei quali gli Stati Uniti erano parti) per i quali si raccomandava agli Stati membri dell’allora Confederazione sia di provvedere alla punizione dei responsabili, sia di autorizzare azioni civili per il risarcimento dei danni subiti dalle parte lese. Questi delitti, comunque, erano “only those ... which are most obvious” e si esortavano gli Stati ad istituire tribunali con il potere di decidere su ulteriori “offences ... not contained in the foregoing enumerations” (21 J. Cont. Cong. (1781) pp. 1137-7). Ad esempio, la BURLEY osserva: “Piracy, while non included in enumeration of potential crimes or torts in the 1781 resolution, was certainly not excluded by the language of the Tort Alien Statute” (p. 488, nota 120).

²⁵ Su questo canone interpretativo, cfr. A. SCALIA, *A Matter of Interpretation. Federal Courts and the Law*, Princeton, 1997.

nazione, quanto un imperativo morale, una questione d'onore²⁶. È bene evidenziare che l'autrice non nega che alcuni incidenti diplomatici dell'epoca abbiano avuto un ruolo significativo nella redazione della Costituzione e del *First Judiciary Act* al fine di garantire una protezione efficace ai diritti degli ambasciatori stranieri²⁷, ma afferma con autorevolezza che la formulazione aperta ed espansiva dell'ATS è frutto, al contrario, proprio della pulsione positiva, si potrebbe dire quasi moralizzatrice, a rendere le relazioni internazionali conformi ai precetti e agli standard giuridici universalmente riconosciuti. Al di là della stessa idoneità di questa lettura a depotenziare le critiche degli "originalisti" alla giurisprudenza *Filártiga*, è chiaro che essa conferisce una legittimazione più solida e profonda al ricorso all'ATS per promuovere nella contemporaneità il rispetto dei diritti umani a livello universale.

4. *Il torturatore/pirata nemico del genere umano: la potenza evocativa di una doppia metafora in stile dantesco, i rischi giuridici di un suo abuso*

Bisogna premettere che la sentenza della Corte d'appello nel caso *Filártiga* è sicuramente un buon esempio di come un tribunale interno può interpretare il diritto internazionale, non ci sono né esemplificazioni né visioni nazionalistiche del diritto internazionale. Nonostante ciò, il ragionamento logico non è portato alle estreme conseguenze e questo porta ad alcune contraddizioni giuridiche che avrebbero potuto essere risolte attraverso una esatta impostazione teorica dei problemi. Al contrario, la forza simbolica della metafora utilizzata pare trascendere la sua dimensione di rappresentazione

²⁶ A.-M. BURLEY, *The Alien Tort Statute and the Judiciary Act of 1789*, cit., in particolare p. 481 ss. Il seguente passaggio è molto istruttivo: "In the final analysis ..., the contemporary dichotomy between a deontological value structure and a consequentialist calculus did not hold in 1789. Virtue *was* its own reward; at a same time, a system in which all states were virtuous would be a much better place for the United States. This is the teaching in Washington's Farewell Address. He enjoined his countrymen to '[o]bserve good faith and justice toward all nations. Cultivate peace and harmony with all. Religion and morality enjoin this conduct. And can it be that good policy does not equally enjoin it? It will be worthy of a free, enlightened, and at no distant period a great nation to give to mankind the magnanimous and too novel example of a people always guided by an exalted justice and benevolence. Who can doubt that in the course of time and things the fruits of such a plan would richly repay any temporary advantages which might be lost by a steady adherence to it? Can it be that Providence has no connected the permanent felicity of a nation with its virtue?'" (p. 486). Così conclude l'autrice: "Compliance with the law of nations had a strong positive component. Collective compliance by all the nations would assure a world safe for trade and travel, rich in exchange of goods and ideas, conducive to both national and human progress. Honor as a shared concept motivating such compliance, was a check on the abuse of power. It was thus a pillar of a beneficial and lasting international order. The Alien Tort Statute is best seen as an expression of this positive conception. The drafters of the First Judiciary Act ... authorized civil as well as criminal suits against offenders. Individuals who flouted international law would find no quarter in the United States. Even if they escaped criminal prosecution, they would be amenable to suit to compensate their victims for the damages inflicted. By effectively publishing this message in the First Judiciary Act, the Framers visibly discharged the duty of a nation, and, in some small measure, enhanced its reputation" (pp. 487-488).

²⁷ Infatti, secondo l'autrice: "The desire to protect foreign ambassadors helps explain various provisions of Article III of Constitution, as well the scope of federal criminal and Supreme Court jurisdiction in the First Judiciary Act. But it does not explain the Alien Tort Statute" (*ibidem*, p. 471). La teoria del cosiddetto "Ambassador Protection Plan" è sostenuta, in particolare, da W. R. CASTO, *The Federal Courts' Protective Jurisdiction*, cit., pp. 489-498.

figurata e quindi fittizia della realtà ed incidere direttamente sul discorso giuridico attraverso l'individualizzazione e la demonizzazione della figura del "torturatore" in quanto, rispettivamente, "pirata" e "hostis humani generis".

La metafora è una figura centrale del linguaggio giuridico che svolge una funzione di non secondaria importanza, quella di sintetizzare in modo efficace un complesso ragionamento giuridico che diversamente richiederebbe una rappresentazione verbale assai laboriosa se non addirittura contorta. Il ricorso a tale figura linguistica è sicuramente indicato nell'ipotesi di un *leading case* giurisprudenziale come quello *Filártiga* che segna una svolta significativa sia nel diritto internazionale sia nel diritto interno di uno Stato, come anche nei loro rapporti reciproci. Tale *turning point* ha bisogno di essere rappresentato giuridicamente in maniera semplice ed efficace per essere socializzato ed entrare nel dibattito pubblico. L'utilizzo della metafora nel caso *Filártiga* è stato poi esemplare anche sotto un altro profilo. L'immagine giuridica che "the torturer has become – like the pirate and slave before him – hostis humani generis, an enemy of all mankind" è infatti una doppia (per non dire tripla) metafora e ciò ne amplifica la potenza evocativa e simbolica nel solco della tradizione dantesca²⁸.

Nello specifico, la similitudine tra il torturatore e il pirata genera un ponte giuridico intertemporale tra la *law of nations* di fine settecento e il diritto internazionale contemporaneo in quanto la pirateria ha rappresentato per antonomasia il paradigma normativo dell'eccezione al principio positivista che solo gli Stati e non gli individui possono violare il diritto internazionale. Inoltre, la metafora in esame ha un significato profondo anche per l'ordinamento giuridico degli Stati Uniti in quanto rappresenta sia un ritorno simbolico agli scopi originari dell'ATS sia un riconoscimento della loro natura espansiva attraverso il riferimento al mercante di schiavi, figura prima tutelata e poi messa al bando dal diritto e dalla giurisprudenza statunitense.

La seconda similitudine, tra il torturatore e l'*hostis humani generis*, oltre a rinforzare la prima, offre una legittimazione metagiuridica alla punizione del torturatore da parte di qualsiasi Stato a prescindere dall'esistenza di collegamenti significativi tra lo Stato del foro e il comportamento antiggiuridico. La qualificazione negativa di essere "nemico di tutti" implica metaforicamente che il torturatore (alla stregua appunto ... del pirata) non ha alcun "porto" sicuro in cui rifugiarsi in quanto può essere catturato e processato da tutti.

Fin qui *nulla questio*. Tuttavia, riprendendo il ragionamento centrale dell'importante contributo in materia di GALGANO²⁹ se è possibile rappresentare la metafora (*rectius* ... l'allegoria) con Dante, come "veritate ascosa sotto bella menzogna"²⁹, "il punto è che da questa 'veritate ascosa', una volta individuata, sarà legittimo trarre conclusioni, non dalla 'bella menzogna' che la riassume"³⁰. In altri termini, nel discorso giuridico non bisogna prendere troppo su serio la metafora fino al punto di trasformare una similitudine in una analogia o, addirittura, in una identità. Proprio in questa insidia è incorsa, in maniera non del tutto inconsapevole, la Corte d'appello nel caso *Filártiga*.

²⁸ Una bella doppia similitudine dantesca ci viene offerta nel terzo Canto del Paradiso, quando Dante incontra le anime di coloro che mancarono ai voti fatti: "Quali per vetri trasparenti e tersi, o ver per acque nitide e tranquille, non sì profonde che i fondi sien persi, tornan d'i nostri visi le postille debili sì, che perla in bianca fronte non vien men forte a le nostre pupille; tali vid'io più facce a parlar pronte"(versi 10-16).

²⁹ DANTE ALIGHIERI, *Convivio*, II, 1. In realtà, nel passaggio citato Dante definisce l'allegoria che è una figura retorica differente dalla metafora. Tuttavia, tale definizione si presta ad essere utilizzata con riferimento ad una immagine, quella del "torturatore/pirata", che è stata al centro di un filone giurisprudenziale, ovvero di una "metafora continuata" che diventa allegoria nel significato aristotelico del termine.

³⁰ F. GALGANO, *Le insidie del linguaggio giuridico. Saggio sulle metafore nel diritto*, Bologna, 2010, Prologo.

Sotto questo profilo, il punto maggiormente critico è quello della individualizzazione della tortura che discende dalla metafora piratesca, ma che contraddice la natura giuridica della tortura “ufficiale” che nel diritto internazionale è un illecito statale come del resto riconosce la stessa sentenza *Filártiga* al fine di soddisfare il requisito posto dall’ATS della “violation of the law of nations”. La “bella menzogna” nella metafora del torturatore/pirata è, infatti, riscontrabile nel fatto che i comportamenti del secondo, a differenza di quelli del primo, non sono attribuibili ad uno Stato che ne diventa internazionalmente responsabile. Nel diritto internazionale, il pirata è un privato, il torturatore è un “individuo/organo” di uno Stato. La pirateria è un crimine individuale, la tortura è un crimine contro l’umanità che ha natura statale (anche se non esclusivamente, come vedremo subito).

Ebbene, la sentenza *Filártiga* non svela l’artificio, ma al contrario mantiene sul punto un atteggiamento ambiguo, anche al fine di evitare il rischio di doversi astenere dalla trattazione del caso in virtù dell’applicazione della dottrina interna dell’atto di Stato³¹. Tale necessità porta la Corte a fare due osservazioni che, almeno nel diritto internazionale, sono in contraddizione: “we doubt whether the action by a state official in violation of the Constitution and laws of the Republic of Paraguay, and wholly unratified by that’s nations government, could properly be characterized as an act of a state ... Paraguay’s renunciation of torture as a legitimate instrument of state policy, however, does not strip the tort of its character as an international law violation, if in fact occurred under color of government authority”³². Il CASSESE acutamente chiosa: “Queste due proposizioni, invero alquanto oscure, sembrano anche contraddittorie. Da una parte la Corte afferma che l’atto non era stato commesso da Peña-Irala in qualità di organo statale, dall’altra essa invece asserisce che, in ogni caso, si trattava di una violazione del diritto internazionale (e quindi di un atto

³¹ L’affermarsi dell’*Act of State Doctrine* nei paesi di *common law* è stata contrassegnata da una ricca e, da ultimo, contrastata giurisprudenza. L’attuale concezione della dottrina è stata segnata dalla celebre sentenza della Corte suprema nel caso *Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino*, 376 U.S. 398 (1964) in cui è stato abbandonato il tradizionale fondamento logico del rispetto dell’altrui sovranità territoriale per quello basato sulla problematica interna della separazione dei poteri. In questo contesto, la *ratio decidendi* della sentenza fu che non c’era un consenso internazionale sufficiente sulle regole internazionali in materia di espropriazioni per evitare il coinvolgimento del potere giudiziario in questioni politiche, da sempre di competenza dell’esecutivo. Di conseguenza, sembra logico dedurre che nelle materie dove questo consenso esiste, come nel campo dei diritti fondamentali dell’uomo, il precedente *Sabbatino* legittimi un tribunale statunitense ad affermare la propria giurisdizione su atti di Stati stranieri in violazione di norme internazionali dal contenuto chiaro e che godono di un consenso universale. Per un esame critico della dottrina, cfr. M. J. BAZILER, *Abolishing the Act of State Doctrine*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 1986, p. 325 ss.

³² *Filártiga*, cit., pp. 889-890. Sul punto, bisogna osservare che la Commissione del diritto internazionale ha chiaramente riconosciuto il principio consuetudinario che la condotta di un organo dello Stato è attribuibile a detto Stato perfino se l’organo è andato oltre le sue competenze o ha trasgredito il proprio diritto nazionale. Si veda, in proposito, l’art. 7 del Progetto di articoli sulla responsabilità degli Stati per fatti internazionalmente illeciti, adottato dalla Commissione del diritto internazionale in seconda e definitiva lettura nel 2001: “Article 7. Excess of authority or contravention of instructions: The conduct of an organ of a State or of a person or entity empowered to exercise elements of the governmental authority shall be considered an act of the State under international law if the organ, person or entity acts in that capacity, even if it exceeds its authority or contravenes instructions” (*Report of the International Law Commission on the work of its fifty-third session*, 2001, New York, 2008, p. 45). Nel commentario dell’articolo in questione, la Commissione precisa che “[t]he State cannot take refuge behind the notion that, according to the provisions of its internal law or to instructions which may have been given to its organs or agents, their actions or omissions ought not to have occurred or ought to have taken a different form. This is so even where the organ or entity in question has overtly committed unlawful acts under the cover of its official status or has manifestly exceeded its competence. It is so even if other organs of the State have disowned the conduct in question” (*ibidem*).

imputabile ad uno Stato). Probabilmente la Corte ha intuito – anche se ha maldestramente enunciato – la soluzione giusta, che consisteva nel ritenere che al pari del genocidio e di altri crimini contro l’umanità, la tortura, pur essendo stata commessa da un organo statale, non esime quest’ultimo da responsabilità individuale. In altri termini, la tortura andrebbe considerata alla stregua di tali crimini, con la conseguenza che il diritto internazionale non fornisce alcuno scudo protettivo a coloro che la praticano”³³.

Mi pare che queste osservazioni colgano nel segno nello spiegare perché la tortura ufficiale, in quanto crimine contro l’umanità, generi nel diritto internazionale la responsabilità sia dello Stato al quale è attribuibile che dell’individuo-organo che l’ha perpetrata, che dunque non si escludono, ma si completano a vicenda. Tra l’altro, tale soluzione non avrebbe comportato l’applicazione automatica della dottrina dell’atto di Stato dato che la Corte aveva la possibilità di eludere in origine questo “cacth 22” rifacendosi al principio giurisprudenziale statunitense secondo cui quando un atto di uno Stato straniero è in violazione del diritto internazionale detta dottrina non viene in rilievo³⁴.

Ma c’è di più. L’esatto inquadramento giuridico nel diritto internazionale del caso *Filártiga* avrebbe consentito alla Corte di risolvere correttamente anche il secondo problema principale emergente dalla sua *ratio decidendi*, quello dell’affermazione del principio della giurisdizione universale, sia pure in ambito civile, nei confronti di individui/organi di uno Stato straniero. Anche con riferimento a questo aspetto, il ricorso alla metafora dell’*hostis humani generis*, sicuramente efficace sotto il profilo emozionale, era giuridicamente debole. Infatti, questa dottrina era diretta a rendere punibili da ogni nazione azioni prettamente individuali, universalmente stigmatizzate, che non implicavano la responsabilità internazionale di alcuno Stato e che, almeno nel caso dei pirati e dei mercanti di schiavi, venivano perpetrate al di fuori della giurisdizione territoriale di ogni sovranità³⁵. Al contrario, il caso *Filártiga* comporta l’affermazione della giurisdizione da parte di un tribunale statunitense sopra atti di uno Stato straniero compiuti sul territorio e nei confronti di cittadini di quest’ultimo che secondo il tradizionale principio della sovranità territoriale integrano una violazione del divieto di intervento negli affari interni di questo Stato.

Consapevole di questa forzatura, la Corte distrettuale ha affrontato la questione giurisdizionale in modo innovativo senza però arrivare ad una conclusione chiara sotto il

³³ A. CASSESE, *Violenza e diritto nell’era nucleare*, cit., p. 168.

³⁴ Si veda sul punto *supra* la nota 31.

³⁵ La dottrina dell’*hostis humani generis* ebbe un ruolo preminente nella *law of nations* tra la fine del settecento e l’inizio dell’ottocento. La sua essenza era che “certain acts specified as universally reprehensible would make the perpetrator liable to capture and trial whenever he went. The principal, though by no means the only, applications of hostis humani generis was to pirates”, *United States v. Pirates*, 18 U.S. (5 Wheat) (1820), p. 184 ss. In quella occasione, la Corte suprema precisò che secondo questa dottrina “every individual becomes punishable whatever may be his national character” (p. 193). L’inclusione della pirateria era determinata non soltanto dal fatto che di solito aveva luogo in alto mare, e quindi al di fuori della giurisdizione territoriale di ogni sovranità, ma anche perché era internazionalmente riconosciuta la sua natura di odiosa minaccia alla sicurezza della comunità internazionale. Come si è già considerato con riferimento al tentativo di estendere l’applicazione della dottrina ai mercanti di schiavi, il concetto non era peraltro limitato ai pirati (si veda *supra* la nota 22 e il testo corrispondente). In ogni caso, gli atti ufficiali di sovranità straniere non potevano essere giudicati nei tribunali degli Stati Uniti e, in particolare, ciò era vero per gli abusi compiuti nei confronti dei propri soggetti da parte di sovrani e principi stranieri. Con l’affermarsi, nella seconda metà dell’ottocento, della concezione positivista che il diritto internazionale regola soltanto la condotta delle nazioni, la pirateria e la tratta degli schiavi divennero eccezioni codificate di questa regola generale e si persero le tracce della dottrina che le aveva prodotte.

profilo del diritto internazionale. Infatti, i giudici d'appello partono dal presupposto che rientrano nell'ambito di applicazione dell'ATS solo quelle violazioni del diritto internazionale che sono di interesse reciproco di tutte le nazioni e come tali sono diventate oggetto di convenzioni internazionali. Il trattamento statale dei cittadini, in relazione ad alcuni diritti fondamentali dell'uomo, tra i quali quello di essere liberi dalla tortura, non è più, quindi, inquadrabile nel concetto di giurisdizione domestica, ma è rilevante per il "common good" della comunità internazionale. Così i giudici concludono: "In the twentieth century the international community has come to recognize the common danger posed by the flagrant disregard of basic human rights and particularly the right to be free from torture. ... In the modern age, humanitarian and practical considerations have combined to lead the nations of the world to recognize that respect for fundamental human rights is in their individual and collective interest"³⁶.

Queste per alcuni versi storiche considerazioni sull'esistenza di interessi fondamentali della comunità internazionale che consentono a ogni Stato di intervenire a tutela degli stessi, e che richiamano in qualche modo, pur senza esplicitarlo, il concetto di obblighi *erga omnes*, non portano peraltro all'inquadramento della tortura tra i crimini contro l'umanità con conseguente affermazione dei principi della responsabilità internazionale dell'individuo/organo e della giurisdizione universale, sia pure in ambito civile, quanto alla sua punizione sia pure limitata ad un risarcimento delle vittime, ma alla doppia metafora del "torturatore/pirata nemico del genere umano". Detta immagine spoglia il torturatore di qualsiasi legame con l'organizzazione statale di appartenenza dando una connotazione solo individuale all'accertamento della sua responsabilità internazionale sulla base del criterio demonizzante dell'essere "nemico di tutti".

Ecco perché la sentenza *Filártiga*, pur avendo creato una strada nuova nella tutela extraterritoriale dei diritti umani da parte dei tribunali interni e un ponte tra *law of nations* e diritto internazionale contemporaneo in spregio dei capisaldi del positivismo giuridico, non ha dato vita a una giurisprudenza solida: le finzioni giuridiche, che in qualche modo l'hanno resa celebre, nel contempo l'hanno condannata a subire gli attacchi più o meno strumentali di coloro che si confrontano con l'ATS guardando al passato (gli "originalisti") e le critiche teoriche degli studiosi che considerano questa legge come uno strumento utile a promuovere lo sviluppo progressivo del diritto internazionale dei diritti umani.

5. *Ascesa e apparente tramonto dell'Alien Tort Statute: dalla proliferazione delle cause transnazionali sui diritti umani nei tribunali degli Stati Uniti alla sconfessione della giurisprudenza Filártiga da parte della Corte suprema nel caso Kiobel del 2013*

Nonostante i profili critici evidenziati, è doveroso sottolineare che la sentenza *Filártiga* non ha soltanto dimostrato la vitalità dell'*Alien Tort Statute* nel tempo contemporaneo, ma ha determinato "the birth of transnational litigation in the United States"³⁷. In altri termini, a partire da questo *leading case* i tribunali federali statunitensi hanno iniziato ad assumere un ruolo attivo nella protezione a livello globale dei diritti umani simile a quello storicamente esercitato dai giudici degli Stati Uniti nella promozione dei diritti civili. Non a caso, c'è chi ha osservato che "[i]n *Filártiga*, transnational public law

³⁶ *Filártiga*, cit., p. 890.

³⁷ W. J. ACEVES, *The Anatomy of Torture*, cit., p. 77.

litigants finally found their *Brown v. Board of Education*³⁸, ovvero la sentenza della Corte suprema che nel 1954 dichiarò l'incostituzionalità della segregazione razziale nelle scuole pubbliche degli Stati Uniti³⁹.

La proliferazione delle cause transnazionali portate al cospetto dei tribunali statunitensi sulla base dell'ATS è stata determinata, sotto il profilo tecnico/giuridico, dal fatto che in numerose situazioni patologiche della prassi internazionale era piuttosto semplice soddisfare i tre requisiti richiesti per far nascere la competenza delle corti federali: una istanza presentata da uno straniero per un illecito extracontrattuale in violazione del diritto internazionale. C'è anche da sottolineare che l'impatto senza precedenti della giurisprudenza *Filártiga* sull'applicazione del diritto internazionale da parte dei tribunali statunitensi è dimostrato da un altro fenomeno che si è manifestato a partire dall'inizio degli anni novanta del XX secolo e che ha visto come protagonista il Congresso degli Stati Uniti. Infatti, per superare i limiti a carattere giurisdizionale dell'ATS sia con riferimento alle parti attrici (solo gli stranieri e non i cittadini statunitensi) e convenute (esclusione degli Stati stranieri), il Congresso ha emanato una serie di normative (in particolare quelle sulla protezione delle vittime di tortura⁴⁰, sul terrorismo e in materia di emendamenti al *Foreign Sovereign Immunities Act*) che hanno ampliato la possibilità per le vittime di gravi violazioni dei diritti umani di ricorrere ai tribunali statunitensi per ottenere un risarcimento⁴¹.

A partire dalla seconda metà degli anni novanta si è realizzato un altro passaggio importante nella storia giurisprudenziale dell'ATS *post Filártiga*, ovvero il cambiamento delle tipologie di cause. Se inizialmente il modello dominante era rappresentato dal ricorso ai tribunali statunitensi da parte di vittime di gravi abusi, sostenute da organizzazioni non governative impegnate nella promozione dei diritti umani, contro individui/organi di regimi stranieri che spesso erano riparati negli Stati Uniti, progressivamente il contenzioso è diventato più vario, includendo, ad esempio, anche azioni intese a riparare le conseguenze di crimini storici come l'Olocausto. In questo panorama frastagliato, hanno acquisito sempre maggiore rilevanza le tematiche della globalizzazione predatoria: "ATS litigation

³⁸ H. H. KOH, *Transnational Public Law Litigation*, in *Yale Law Journal*, 1991, p. 2347 ss., p. 2366.

³⁹ *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954).

⁴⁰ In particolare, il 12 marzo 1992 il Congresso ha emanato il *Torture Victim Protection Act* del 1991 (TVPA) che consente a cittadini statunitensi o stranieri di presentare una causa civile nei tribunali statunitensi contro individui/organi di un Paese straniero accusati di aver commesso tortura e/o omicidio extragiudiziale, sempre che la parte attrice abbia esaurito i rimedi locali "adequate and available". Di conseguenza, un caso come quello *Filártiga* sarebbe oggi portato a conoscenza dei tribunali statunitensi sulla base del TVPA e non dell'ATS, normative che peraltro mantengono un ambito di applicazione sotto alcuni aspetti non coincidente, a parte l'ovvia differenza che per il TVPA la parte attrice può essere anche un cittadino statunitense. Ad esempio, nel 2012 la Corte suprema degli Stati Uniti, nel caso *Mobamad v. Palestinian Authority*, 132 S Ct 1702 (USSC 2012), ha deciso all'unanimità che il TVPA si applica esclusivamente alle persone fisiche e non a quelle giuridiche perché nella legge si utilizza il termine "individual" e non "person". La Corte è giunta a questa conclusione alla luce dell'interpretazione della legge e dello studio dei lavori parlamentari. Si ricorda, invece, che, con riferimento all'ATS, la possibilità di presentare cause contro persone giuridiche è ancora *sub judice*.

⁴¹ Su questa dinamica e sui dettagli delle normative adottate, cfr. W. J. ACEVES, *The Anatomy of Torture*, cit., p. 78 ss. Si rammenta soltanto che nel 1989 la Corte suprema degli Stati Uniti ha stabilito nel caso *Hercules (Argentine Republic v. Amerada Hess Shipping Corporation et al.)*, 488 U.S. 428 (1989) che solamente il *Foreign Sovereign Immunities Act* del 1976 (e non l'ATS) può fornire un titolo giurisdizionale nei confronti di uno Stato straniero. Questo sulla base dell'intento del Congresso nel momento dell'emanazione dell'atto e dell'interpretazione letterale e sistematica dello stesso, dunque senza affrontare le questioni di diritto internazionale che il caso sollevava. Su questa vicenda, cfr. A. BIANCHI, *Violazioni del diritto internazionale ed immunità degli Stati dalla giurisdizione civile degli Stati Uniti: il caso Hercules*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1989, p. 546 ss.

focused increasingly on corporate defendants such as Barclay National Bank, Chevron, Del Monte, Ford, IBM, Rio Tinto, Talisman Energy, and Unocal, all of whom allegedly aided and abetted foreign governments' human rights violations such as slave labor, extraordinary rendition, apartheid, war crimes, and torture"⁴². Il tentativo di fare delle multinazionali i moderni pirati del XXI secolo, che pure in alcuni casi ha portato a compensazioni extragiudiziali di considerevole importo e grande significato metagiuridico, non poteva non avere delle conseguenze radicali sul contenzioso in esame che ha assunto una dimensione finanziaria notevole (con i grandi studi legali americani chiamati a difendere le *corporations*) ed è diventato più complesso sotto il profilo giuridico e più sensibile sotto quello politico. In particolare, quest'ultimo aspetto ha comportato una precisa presa di posizione da parte delle amministrazioni repubblicane che hanno iniziato a richiedere alle corti di rigettare le cause sulla base di una serie di argomentazioni "politiche" legate alle relazioni internazionali e alla separazione dei poteri, le stesse che, come emergerà più avanti, saranno alla base della *ratio decidendi* seguita dalla Corte suprema nel caso *Kiobel*⁴³ del 2013.

Non rientra nei limiti e nelle finalità del presente contributo analizzare gli innumerevoli e complessi problemi giuridici sollevati da un filone giurisprudenziale che ormai ha una storia decennale e conta centinaia di casi. Come ricorda la WUERTH "[t]hese questions included not only the amenability of corporations to suit and the statute's extraterritorial application, but also the potential immunity of individual defendants, the appropriate deference to afford the U.S. government as to the statute's interpretation and case-by-case application, the existence and scope of an exhaustion requirement, the application of the forum non conveniens doctrine, the viability of aiding and abetting claims, the source of applicable law, and the statute's purpose and substantive scope"⁴⁴. Si intende, invece, fare riferimento soltanto alle due importanti sentenze sull'ATS in cui la Corte suprema, nell'arco appena di un decennio, ha prima (caso *Sosa* del 2004⁴⁵) apparentemente consolidato l'interpretazione dell'ATS seguita nel caso *Filártiga* per poi (caso *Kiobel* del 2013) sconfessarla. Tale esame sarà anche l'occasione per verificare quale peso hanno avuto i più volte evidenziati profili critici o irrisolti della sentenza *Filártiga* in questi sviluppi giurisprudenziali, con specifico riferimento alle tematiche della cosiddetta "universal civil jurisdiction"⁴⁶ e del ruolo della figura paradigmatica del pirata in tale contesto.

Infatti, tale figura rimane saldamente (e ... curiosamente) il centro di gravità giuridica di questa giurisprudenza della Corte suprema. Non a caso, così si esprime il giudice Breyer sul significato della sentenza *Sosa* nella sua opinione concorrente (condivisa da altri tre

⁴² I. WUERTH, *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.: The Supreme Court and the Alien Tort Statute*, in *American Journal of International Law*, 2013, p. 601 ss., p. 604.

⁴³ *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.*, 133 S.Ct. 1659 (2013) (d'ora in poi *Kiobel*).

⁴⁴ I. WUERTH, *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.*, cit., p. 602.

⁴⁵ *Sosa v. Alvarez-Machain*, 542 U.S. 692 (2004) (d'ora in poi *Sosa*).

⁴⁶ Il concetto è diventato di interesse dottrinario in tempi abbastanza recenti con una prevalenza di analisi critiche. Cfr., tra gli altri, N. BOSCHIERO, *The Corporate Responsibility to Protect Human Rights and the Question of Universal Civil Jurisdiction in Transnational Human Rights Cases. The U.S. Supreme Court Decision in Kiobel v. Dutch Petroleum*, in B. CORTESE (a cura di), *Studi in onore di Laura Picchio Forlati*, Torino, 2014, p. 3 ss.; D. WALLACH, *The Irrationality of Universal Civil Jurisdiction*, in *Georgetown Journal of International Law*, 2015, p. 803 ss.; A. G. JAIN, *Universal Civil Jurisdiction in International Law*, in *Indian Journal of International Law*, 2015, p. 209 ss.; P. D. MORA, *The Alien Tort Statute After "Kiobel": The Possibility for Unlawful Assertions of Universal Civil Jurisdiction Still Remains*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2014, p. 699 ss.

giudici e quindi ... quasi maggioritaria) alla sentenza *Kiobel*: “Recognizing that Congress enacted the ATS to permit recovery of damages from pirates and others who violated basic international law norms as understood in 1789, *Sosa* essentially leads today’s judges to ask: Who are today’s pirates? ... We provided a framework for answering that question by setting down principles drawn from international norms and designed to limit ATS claims to those that are similar in character and specificity to piracy”⁴⁷. A questa domanda – “chi sono i pirati di oggi?” - l’opinione maggioritaria in *Kyobel* semplicemente non risponde – we don’t care” ... verrebbe da chiosare - perché l’approccio realista impone l’applicazione della presunzione di non applicazione extraterritoriale all’ATS, atto che dunque non può rappresentare per definizione la fonte di un sistema di “universal civil jurisdiction” diretto a garantire un risarcimento alle vittime dei pirati moderni. Tale presunzione, peraltro, non si applica, come afferma espressamente, sia pure in maniera un po’ ambigua, la stessa opinione maggioritaria, proprio al pirata “classico” che da paradigma normativo di un contestato sistema in costruzione (*Sosa*) ritorna ad essere l’eccezione storica alla regola di diritto positivo (*Kiobel*)!⁴⁸

Ai nostri fini, ma forse anche in un’ottica più generale, questa risulta essere la narrativa giuridica essenziale della giurisprudenza in esame. Anche perché il commento più azzeccato di un internazionalista è stato sicuramente quello di STEINHARDT: “what is law in *Kiobel* isn’t clear and what is clear in *Kiobel* isn’t law”⁴⁹. Ciò deriva da diversi fattori che, sia pure in misura minore, hanno interessato anche la sentenza nel caso *Sosa*:

- la Corte suprema ha adottato all’unanimità le due decisioni nel merito, ma si è divisa sulle rispettive motivazioni e ciò ha dato vita a numerose opinioni concorrenti dalle quali emerge l’esistenza di maggioranze diverse e variabili sui passaggi decisivi delle stesse;

- i due casi sono stati risolti quasi esclusivamente sulla base della rilevazione del diritto interno statunitense (peraltro assolutamente non pacifica come evidenziato nel punto precedente) e i riferimenti al diritto internazionale sono stati sempre mediati dall’accertamento della *federal common law* che in parte discende dalla *law of nations* intesa peraltro secondo i parametri del ...1789⁵⁰;

- la deferenza verso il potere politico dimostrata dalla Corte suprema (massima nel caso *Kiobel*, caso per caso in quello *Sosa*) rende difficile dare una valutazione delle due sentenze isolando gli aspetti giuridici da considerazioni di altro genere.

Pur con queste avvertenze, è tuttavia utile proporre alcune sintetiche osservazioni sui punti più significativi delle sentenze in esame, partendo dal caso *Sosa* in cui la Corte suprema doveva decidere se l’arresto arbitrario in Messico e la deportazione negli Stati Uniti di un cittadino messicano (parte attrice) perpetrata da altri cittadini messicani (parte convenuta) assoldati dalla DEA (*Drug Enforcement Administration*) statunitense rientrava nell’ambito di applicazione dell’ATS. Non si trattava, dunque, di una vicenda che chiamava in causa il principio della giurisdizione universale dato che il collegamento con lo Stato del foro era, come minimo, assicurato dal criterio territoriale (i fatti contestati si erano in parte verificati negli Stati Uniti), ma ciò nonostante l’intervento della Corte suprema era atteso

⁴⁷ *Kiobel*, cit., p. 1670 (Breyer, opinione concorrente).

⁴⁸ *Kiobel*, cit., p. 1667.

⁴⁹ R. G. STEINHARDT, *Kiobel and the Weakening of Precedent: A Long Walk for a Short Drink*, in *American Journal of International Law (Agora: Reflections on Kiobel)*, 2013, p. 841 ss., p. 841.

⁵⁰ Nel caso *Sosa*, cit., p. 730, peraltro, la Corte suprema ammette che nella rilevazione delle odierne “enforceable international norms” deve tenere conto del fatto che la *common law* ha nel frattempo perso “some metaphysical cachet on the road to modern realism”.

per fare chiarezza sulla natura giuridica dell'ATS nell'ordinamento interno e sulla tipologia di norme internazionali il cui mancato rispetto rientra nella "violations of the law of nations" richiesta dall'atto. La Corte suprema è sembrata non tradire le attese e ha dato, almeno apparentemente⁵¹, una risposta chiara ai due quesiti: a) l'ATS ha natura esclusivamente giurisdizionale (intesa come mera competenza a conoscere da parte di un tribunale) e dunque non offre una "cause of action" azionabile con riferimento alle violazioni della *law of nations*; b) le violazioni del diritto internazionale invocabili ai sensi dell'ATS devono essere previste da norme internazionale a carattere universale, obbligatorio e specifico.

In realtà, dalla prima affermazione (che pone fine a un lungo e tormentato dibattito dottrinario originato proprio dal caso *Filártiga*⁵²) avrebbe dovuto derivare la conseguenza dell'inapplicabilità dell'ATS dato che il Congresso non ha mai emanato una legge che rendesse azionabili davanti alle corti federali qualsiasi violazione del diritto internazionale. Davanti a tale ostacolo e dopo una lunga e dotta dissertazione storico/giuridica, il giudice Souter così conclude sul punto nella sua opinione maggioritaria: "In sum, although the ATS is a jurisdictional statute creating no new causes of action, the reasonable inference from the historical materials is that the statute was intended to have practical effect the moment it became law. The jurisdictional grant is best read as having been enacted on the understanding that the common law would provide a cause of action for the modest number of international law violations with a potential for personal liability at the time"⁵³. La spiegazione è tanto elegante quanto la contraddizione è evidente nell'ammettere quello che appena si è negato.

Anche la seconda affermazione, sulla tipologia di norme internazionali la cui violazione rientra nell'ambito di applicazione dell'ATS, è per la verità il frutto di un ragionamento oltremodo tortuoso che giunge a risultati insoddisfacenti. Senza entrare nei particolari, assumere ai fini indicati la pirateria come paradigma normativo è piuttosto discutibile: "we are persuaded that federal courts should not recognize private claims under federal common law for violations of any international law norm with less definite content and acceptance among civilized nations than the historical paradigms familiar when §1350 was enacted"⁵⁴, ovvero "violation of safe conducts, infringement of the rights of ambassadors, and piracy"⁵⁵. Inoltre, i tre parametri dell'universalità, obbligatorietà e specificità della norma internazionale violata non sono sufficienti ad aprire le porte dei tribunali federali perché "the determination whether a norm is sufficiently definite to support a cause of action should (and, indeed, inevitably must) involve an element of judgment about the practical consequences of making that cause available to litigants in the

⁵¹ Secondo il giudice W. A. FLETCHER, *International Human Rights in American Courts*, in *Virginia Law Review*, vol. 93, 2007, p. 1 ss., p. 13, la sentenza della Corte suprema nel caso *Sosa* "has left us with more questions than answers".

⁵² Ad esempio, A. D'AMATO, *The Alien Tort Statute*, cit., p. 62, nota 4, ricordava che "my basic disagreement with Professor Casto lies in his characterization of the Alien Tort Statute as jurisdictional only and not providing a statutory cause of action". Su questo punto, cfr. A. D'AMATO, *Judge's Bork Conception of International Law Is Profoundly Mistaken*, in *American Journal of International Law*, 1985, p. 100; W. R. CASTO, *The Federal Courts' Protective Jurisdiction*, cit. p. 479.

⁵³ *Sosa*, cit., p. 713.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 732.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 724. Per una critica serrata, cfr. E. KONTOROVICH, *The Piracy Analogy: Modern Universal Jurisdiction's Hollow Foundation*, in *Harvard International Law Journal*, 2004, p. 183 ss.

federal courts”⁵⁶. Questo oscuro riferimento alle “conseguenze pratiche” viene spiegato in nota facendo riferimento alla possibilità di considerare applicabile, in un caso appropriato, il principio del previo esaurimento dei ricorsi interni, nonché “a policy of case-specific deference to the political branches”⁵⁷. È veramente difficile comprendere come questi elementi possano attenere alla determinazione della tipologia di norme inquadrabili nell’ATS quando evidentemente dipendono e devono essere valutati in funzione delle specificità di un caso rientrante nella competenza di un tribunale federale.

Quanto al merito del caso *Sosa*, derubricato su richiesta della parte attrice, che ha lasciato cadere l’accusa di *trans-border abduction*, alla fattispecie di arresto arbitrario, la Corte suprema, dopo aver ritenuto irrilevante la Dichiarazione universale dei diritti dell’uomo per la sua natura dichiarativa e il Patto sui diritti civili e politici per via della dichiarazione statunitense che esclude che sia *self-executing*, ha concluso che “a single illegal detention of less than a day, followed by the transfer of custody to lawful authorities and a prompt arraignment, violates no norm of customary international law so well defined as to support the creation of a federal remedy”⁵⁸. A parte ogni altra considerazione critica, più che un problema di definizione o di specificità della norma consuetudinaria che vieta l’arresto arbitrario, la decisione solleva la questione se sia prevista una soglia minima di gravità della violazione al fine di soddisfare i requisiti normativi derivanti dall’ATS. Quello che è sicuro è che la Corte, pur non avendo incluso la gravità della violazione tra detti parametri, alla prima occasione utile ne ha fatto ... abusivamente ricorso.

Il secondo caso (*Kiobel*⁵⁹) deciso dalla Corte suprema nel 2013 era circondato da grande attesa per diversi e concomitanti motivi, in particolare perché: a) ascrivibile all’emergente filone della globalizzazione predatoria nella giurisprudenza *post Filártiga*; b) inquadrabile nei cosiddetti “foreign cubed cases” (cause per fatti avvenuti all’estero tra parti straniere che non presentano alcun collegamento con lo Stato del foro) che sono particolarmente probanti ai fini dell’affermazione della “universal civil jurisdiction”; c) implicante la soluzione del problema se le persone giuridiche (leggi: *corporations*) possono essere chiamate a rispondere di una violazione della *law of nations* sia in linea di principio che ai sensi dell’ATS; d) avente ad oggetto una forma di responsabilità secondaria (le multinazionali del petrolio avrebbero aiutato e sostenuto – “aided and abetted” - il Governo nigeriano a commettere gli abusi lamentati a danno del popolo degli Ogoni) al centro del dibattito circa il suo riconoscimento in ambito civile; e) riguardante un caso di gravi e sistematiche violazioni dei diritti umani (in particolare, crimini contro l’umanità, tortura, arresti e detenzioni arbitrarie) del popolo degli Ogoni, già peraltro oggetto di accertamento da parte della Commissione africana dei diritti dell’uomo e dei popoli⁶⁰.

Dato che nel 2011 la Corte di appello del secondo circuito aveva rigettato il ricorso sostenendo che la *law of nations* non riconosce la responsabilità delle persone giuridiche⁶¹ e che la Corte suprema aveva acconsentito a considerare detta questione, è stata a dir poco sorprendente la decisione della stessa Corte, quando già si era tenuta la discussione orale

⁵⁶ *Sosa*, cit., pp. 732-733.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 733.

⁵⁸ *Sosa*, cit., pp. 738.

⁵⁹ Per una dettagliata analisi delle questioni sollevate dalla sentenza *Kiobel*, cfr. N. BOSCHIERO, *The Corporate Responsibility to Protect Human Rights*, cit., in particolare p. 33 ss.

⁶⁰ Decisione della Commissione africana dei diritti dell’uomo e dei popoli del 27 ottobre 2001 sulla Comunicazione 155/96, *Social and Economic Rights Action Center (SERAC) and Center for Economic and Social Rights (CESR) v. Nigeria*.

⁶¹ *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.*, 621 F.3d (2d Cir. 2010), p. 111 ss.

della tematica originaria, di sottoporre alle parti un quesito addizionale: “Whether and under what circumstances the [ATS] allows courts to recognize a cause of action for violations of the law of nations occurring within the territory of a sovereign other than the United States”. Com'è noto, la risposta negativa a tale questione e l'assenza di collegamenti tra il caso di specie e lo Stato del foro, hanno comportato il suo rigetto senza che la Corte potesse esprimersi sul quesito originario e sulle questioni ad esso collegate.

Oltre ad essere una occasione mancata, la sentenza *Kiobel* è anche e soprattutto la decisione che pone fine alla giurisprudenza *Filártiga* e all'applicazione, sulla base dell'ATS, del principio della giurisdizione universale in ambito civile nei tribunali federali degli Stati Uniti. Infatti, la presunzione affermata dalla Corte suprema sulla non applicabilità extraterritoriale dell'ATS rappresenta una condanna definitiva, sia pure decisa a stretta maggioranza e, come ora vedremo, assai contestabile, dei “foreign cubed cases”. Ciò non significa, tuttavia, che l'ATS sarà destinato all'irrelevanza dato che potrà continuare ad essere invocato quando la violazione della *law of nation* a danno dello straniero è stata perpetrata sul territorio degli Stati Uniti e, con tutta probabilità, anche nei “foreign squared cases”, già pendenti presso i tribunali statunitensi, che coinvolgono direttamente o indirettamente società multinazionali incorporate negli Stati Uniti per abusi perpetrati all'estero.

Nel valutare l'affermazione della presunzione in esame, bisogna partire dalla constatazione che si è trattato di una decisione a carattere dichiaratamente politico finalizzata proprio ad impedire la continuazione della giurisprudenza *Filártiga*, considerata pernicioso per gli interessi degli Stati Uniti. Infatti, come ricorda l'opinione maggioritaria nel caso *Kiobel*, la *ratio* che giustifica il criterio interpretativo delle leggi secondo cui “[w]hen a statute gives no clear indication of an extraterritorial application, it has none”⁶² riflette la “presumption that United States law governs domestically but does not rule the world”⁶³ ed è finalizzata “to protect against unintended clashes between our laws and those of other nations which could result in international discord”⁶⁴. Qui avviene la prima forzatura perché il problema dell'applicazione estraterritoriale delle leggi è una questione di merito mentre la sentenza *Sosa* ha stabilito il carattere strettamente giurisdizionale dell'ATS. Ciononostante, l'opinione maggioritaria ritiene che detta presunzione si applichi a maggior ragione all'ATS: “Indeed, the danger of unwarranted judicial interference in the conduct of foreign policy is magnified in the context of the ATS, because the question is not what Congress has done but instead what courts may do”⁶⁵.

Il punto *dolens* della sentenza *Kiobel* è però un altro. Come si è osservato, è pacifico che se una legge offre una chiara indicazione di applicazione extraterritoriale la presunzione contraria si intende superata. Questo è esattamente il caso dell'ATS che, come sostiene il giudice Breyer nella sua opinione concorrente, “was enacted with ‘foreign matters’ in mind. The statute’s text refers explicitly to ‘alien[s],’ ‘treat[ies],’ and ‘the law of nations.’ ... The statute’s purpose was to address ‘violations of the law of nations, admitting of a judicial remedy and at the same time threatening serious consequences in international affairs.’ And at least one of the three kinds of activities that we found to fall within the statute’s scope, namely piracy, ... normally takes place abroad”⁶⁶. Davanti a queste argomentazioni

⁶² *Morrison v. National Australia Bank Ltd.*, 561 U. S. 255 (2010).

⁶³ *Microsoft Corp. v. AT&T Corp.*, 550 U. S. 437 (2007), p. 454..

⁶⁴ *EEOC v. Arabian American Oil Co.*, 499 U. S. 244 (1991) (Aramco), P. 248.

⁶⁵ *Kiobel*, cit., p. 1664.

⁶⁶ *Kiobel*, cit., p. 1671 (Breyer, opinione concorrente).

puntuali che non dovrebbero ammettere replica, l'opinione maggioritaria è in palese difficoltà e si rifugia più volte nella difesa che gli elementi evidenziati non sarebbero sufficienti a confutare la presunzione. Tale linea difensiva non è però percorribile con riferimento alla pirateria che viene perpetrata non solo in alto mare (e dunque in uno spazio extraterritoriale che, tra l'altro, la giurisprudenza degli Stati Uniti parifica al territorio straniero⁶⁷), ma anche sulle navi battenti bandiera straniera che dunque si trovano sotto l'altrui giurisdizione⁶⁸. Ecco dunque che il *Chief Justice* Roberts è costretto a fare, nella sua opinione maggioritaria, una concessione importante: "We do not think that the existence of a cause of action against them is a sufficient basis for concluding that other causes of action under the ATS reach conduct that does occur within the territory of another sovereign; pirates may well be a category unto themselves"⁶⁹. Come già anticipato, la pirateria da violazione paradigmatica dell'ATS torna ad essere una eccezione storica ad un diritto internazionale che secondo la maggioranza dei giudici della Corte suprema è ancora basato sulla tradizionale sovranità territoriale: "Applying U.S. law to pirates, however, does not typically impose the sovereign will of the United States onto conduct occurring within the territorial jurisdiction of another sovereign, and therefore carries less direct foreign policy consequences. Pirates were fair game wherever found, by any nation, because they generally did not operate within any jurisdiction"⁷⁰. A tal proposito, è stato puntualmente osservato che "[i]n doing so, he [Chief Justice Roberts] ignores the more obvious rationale that piracy was a clear violation of the law of nations and therefore allowing a claim of piracy was not an imposition of 'the sovereign will of the United States' but merely enforcement of international law. This more natural reading would of course raise the question of why that is true of piracy but not of genocide, torture, or crimes against humanity"⁷¹.

In realtà, la sentenza *Kiobel* contiene nel paragrafo conclusivo dell'opinione maggioritaria una eccezione all'applicazione solo territoriale dell'ATS ben più significativa di quella appena segnalata, anche perché rileva proprio nei casi che riguardano le multinazionali statunitensi accusate di aver commesso abusi all'estero ("foreign squared cases"). In tale paragrafo "strategico", introdotto con tutta probabilità per assicurare l'adesione della maggioranza dei giudici all'opinione del *Chief Justice Roberts*, si legge: "even where the claims touch and concern the territory of the United States, they must do so with sufficient force to displace the presumption against extraterritorial application". L'affermazione in esame è stata introdotta per spiegare perché la mera presenza di uffici negli Stati Uniti della multinazionale convenuta nel caso di specie (la *Royal Dutch Petroleum*) non è sufficiente a confutare la presunzione contro l'applicazione extraterritoriale dell'ATS. A conferma di ciò, il paragrafo citato continua specificando che "[c]orporations are often present in many countries, and it would reach too far to say that mere corporate presence suffices". Tuttavia, è chiaro che queste affermazioni hanno una portata e perseguono uno scopo che va ben oltre quello che le ha originate. Da una parte esse sembrano

⁶⁷ Come si riconosce nella stessa opinione maggioritaria: "Court has generally treated the high seas the same as foreign soil for purposes of the presumption against extraterritorial application" (*Kiobel*, cit., p. 1667).

⁶⁸ *Kiobel*, cit., p. 1671 (Breyer, opinione concorrente).

⁶⁹ *Ibidem*, p. 1667.

⁷⁰ *Ibidem*.

⁷¹ O. HATHAWAY, *Kiobel Commentary: The door remains open to "foreign squared" cases*, in SCOTUSBLOG (18 aprile 2013), disponibile online all'indirizzo: <http://www.scotusblog.com/2013/04/kiobel-commentary-the-door-remains-open-to-foreign-squared-cases/>.

implicitamente presupporre che la responsabilità delle persone giuridiche può essere fatta valere davanti ai tribunali federali invocando l'ATS, dall'altra ci dicono che nel caso in cui un ricorso "touch and concern ... with sufficient force" il territorio degli Stati Uniti la presunzione contro l'extraterritorialità sarebbe superata. Ed è ragionevole ipotizzare che la cittadinanza statunitense di una persona fisica o giuridica (incorporata nel diritto degli Stati Uniti) soddisfi questo parametro e che, di conseguenza, tale entità potrebbe essere chiamata a rispondere delle violazioni della *law of nations* perpetrate all'estero nei confronti di stranieri sulla base dell'ATS⁷².

È facile dunque concludere che la sentenza *Kiobel* della Corte suprema ha sancito il prematuro tramonto della giurisprudenza *Filártiga*, ma che paradossalmente l'ATS sopravviverà alla sconfessione del caso che lo aveva rivitalizzato dopo un torpore secolare.

6. *Conclusion: una "bella menzogna" rimane tale anche se chi la svela non ha a cuore "la veritate ascosa"*

Quando si evoca la conclusione del filone giurisprudenziale iniziato nel 1980 con il caso *Filártiga*, il dato giuridico che si vuole evidenziare è il tramonto della prospettiva di creare negli Stati Uniti un sistema di responsabilità civile per gravi violazioni dei diritti umani basato sul principio della giurisdizione universale⁷³. È chiaro che l'esito negativo di tale tentativo in fondo idealista è dovuto principalmente a ragioni politiche che poco hanno a che vedere con il diritto, ma che pur tuttavia hanno delle significative conseguenze giuridiche. Certo è paradossale che a farsi carico del realismo oggi dominante sia la Corte suprema che nel momento in cui depotenzia l'ATS afferma trionfante che "there is no indication that the ATS was passed to make the United States a uniquely hospitable forum for the enforcement of international norms"⁷⁴.

È anche doveroso riconoscere che non era obiettivamente facile affermare il principio della giurisdizione universale sulla base di una legge del 1789 dal contenuto

⁷² Sul punto, cfr. I. WUERTH, *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.*, cit., p. 608: "To be sure, the Court did not decide that such cases could go forward; it merely left the possibility open, perhaps because the Court could not agree or did not wish to resolve more than it had to in this case. The Court did not directly address the question on which it originally granted certiorari— corporate liability under the ATS— but the opinions arguably assume the viability of ATS suits against corporations".

⁷³ Su tale questione, cfr. J. G. KU, *Kiobel and the Surprising Death of Universal Jurisdiction Under the Alien Tort Statute*, in *American Journal of International Law (Agora: Reflections on Kiobel)*, 2013, p. 835 ss. Il giudice Breyer nella sua opinione concorrente affronta il problema di quali dovrebbero essere le "international jurisdictional norms" che dovrebbero delimitare la competenza giurisdizionale dei tribunali federali *ex* ATS, anche al fine di evitare frizioni internazionali. In particolare, questi criteri includerebbero quello territoriale, quello della cittadinanza attiva e quello degli interessi nazionali, con l'avvertenza che gli "American national interest[s]" ricomprendono la prevenzione a che torturatori o altri "common enem[ies] of mankind" possano trovare a "safe harbor" negli Stati Uniti (*Kiobel*, cit., p. 1671 (Breyer, opinione concorrente)). Tecnicamente e formalmente questo modello non può essere ricompreso tra quelli inquadrabili nella "civil universal jurisdiction" dato il riferimento agli interessi nazionali, ma nella sua applicazione pratica avrebbe degli effetti molto simili a quella che può essere definita una sorta di giurisdizione universale "condizionata" o "qualificata" dalla presenza del convenuto nello Stato del foro (e infatti il caso *Filártiga* rientrerebbe in quest'ultima ipotesi). Questo approccio sarebbe stato un buon compromesso tra diverse esigenze ed interessi, ma con tutta probabilità è stato proposto fuori tempo massimo.

⁷⁴ *Kiobel*, cit., p. 1668.

criptico, peraltro destinata ad essere interpretata sulla base dell'approccio "originalista" diretto a limitare l'applicazione progressiva della *statute law* per via giurisprudenziale all'intento iniziale del legislatore o, comunque, al significato originario del testo. Approccio radicalmente conservatore del quale sono campioni gli stessi giudici della Corte suprema che hanno redatto e condiviso l'opinione maggioritaria nel caso *Kiobel*.

Tutto ciò premesso, il presente contributo ha cercato di far emergere come non era ragionevole immaginare la creazione di un sistema di "universal civil jurisdiction" sulla base della doppia metafora del "torturatore/pirata nemico del genere umano". Se inizialmente, e pur con qualche ambiguità di troppo, con il caso *Filártiga* questa immagine evocativa ha svelato la "veritade ascosa" dell'imperativo giuridico di evitare che il torturatore, al pari del pirata, potesse rifugiarsi in un porto sicuro, successivamente tale metafora è stata presa troppo sul serio fino a fare del pirata il modello normativo paradigmatico delle violazioni della *law of nations* nel caso *Sosa*. Il problema è che tale "individualizzazione/demonizzazione" normativa non corrisponde alla realtà delle relazioni internazionali in cui i perpetratori di crimini internazionali non sono i "nemici di tutti", ma spesso rappresentano la *leadership* politico/militare/economica di attori statali o non statali. Per non parlare del fatto che, nel diritto internazionale contemporaneo, proprio e soprattutto al "nemico di tutti" va assicurato il godimento e l'esercizio dei diritti fondamentali. In altri termini, un sistema contemporaneo di "universal civil jurisdiction" può trovare fonte di ispirazione, ma non può certo basarsi sulla dottrina dell'*hostis humani generis*⁷⁵. Al contrario, il modello di riferimento normativo è costituito dal regime di responsabilità individuale per crimini contro l'umanità e dalle norme internazionali applicabili, per quanto imperfette esse siano, in materia di giurisdizione, immunità e rispetto dei diritti umani.

Ecco perché la "veritade ascosa" si è progressivamente rivelata una "bella menzogna" e dispiace solo che a svelare la *factio iuris*, relegando nuovamente il pirata alla sua essenza di innocua eccezione che conferma la regola sovranista, sia stato un organo, la Corte suprema degli Stati Uniti, che nella sua ultima giurisprudenza antepone gli interessi nazionali a qualsiasi altra considerazione.

⁷⁵ Pur non condividendo nel merito la gran parte delle premesse e delle conclusioni, è di sicuro interesse il contributo di E. KONTOROVICH, *The Piracy Analogy*, cit., sia per l'approccio metodologico seguito che per l'approfondimento di alcune tematiche trattate nel presente studio. In particolare, riteniamo particolarmente stimolante la seguente linea di ricerca proposta dall'autrice: "This Article challenges the generally accepted view that piracy was universally cognizable because of its heinousness. The Article shows that the rationale for piracy's unique jurisdictional status had nothing to do with the heinousness or severity of the offense. Indeed, piracy was not regarded in earlier centuries as being an egregiously heinous crime, at least not in the way that most human rights offenses are heinous. Thus piracy could not have become universally cognizable as a result of its perceived heinousness. By showing that piracy cannot serve as a precedent for the new universal jurisdiction, this Article calls into doubt the entire line of cases that have used the piracy analogy to apply universal jurisdiction to a variety of heinous offenses. It suggests that courts and scholars have accepted the piracy analogy uncritically, thereby allowing NUJ to be built on a hollow foundation" (p. 186).