

# Int'l Lis

[www.edicolaprofessionale.com/intlis](http://www.edicolaprofessionale.com/intlis)

Corriere trimestrale della litigation internazionale

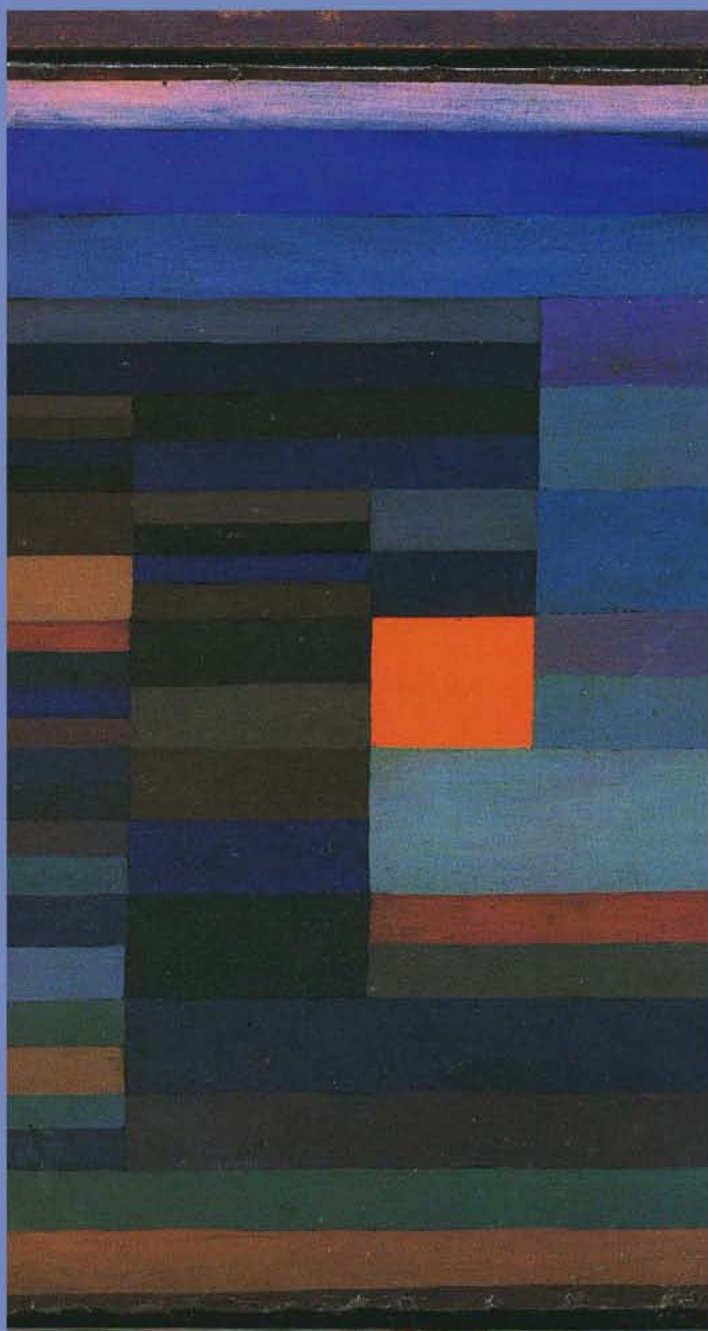
Direttore: **CLAUDIO CONSOLO**

Caporedattore: **MARCO DE CRISTOFARO**

Redattori: **BEATRICE ZUFFI, LUCA PENASA, MARCELLO STELLA**

**ANNO XIII** - DIREZIONE PRESSO IL DIPARTIMENTO DI DIR. PUBBLICO DELL'UNIVERSITA' DI PADOVA, SEMINARIO DI DIR. PROCESSUALE CIVILE  
REDAZIONE STRADA 1 PALAZZO F6 - 20090 MILANOFIORI ASSAGO

## 1 *Inverno 2013/2014*



P. Klee, Feuer Abend, 1929, Berna, The Museum of Modern Art, New York/Scala, Firenze, Inv. 95

**IL NUOVO TRIBUNALE UNIFICATO  
DEI BREVETTI**

**LA SENTENZA GOTHAER ED IL  
GIUDICATO SULLA COMPETENZA  
GIURISDIZIONALE**

**CLASS ARBITRATION NEGLI U.S.A.**

**CLASS ACTIONS IN SUDAFRICA**

**KIOBEL E LA FINE DELLA  
GIURISDIZIONE UNIVERSALE  
STATUNITENSE PER LE LESIONI  
DEI DIRITTI UMANI DA PARTE  
DELLE CORPORATIONS**

**RIFORMA IN APPELLO DELLA  
DECLINATORIA DI GIURISDIZIONE  
E RICORSO PER CASSAZIONE**

**SUL RICONOSCIMENTO  
DEGLI EFFETTI SOSTANZIALI  
DI RISTRUTTURAZIONI DEL DEBITO  
VALIDATE IN VIA DI GIURISDIZIONE  
VOLONTARIA DA CORTI INGLESÌ**

SARITA KO. C. - POSTE ITALIANE SPA - SERVIZIO F. F. ARRETRATI/ED. POSTALE - 01155/2001 (CONV. IN L. 27/02/2004 N. 46) ART. 1, COMMA 1, DEL MARCHIO



## ELENCO ABBREVIAZIONI PERIODICI

AILJ	American International Law Journal	KTS	Konkurs, Treuhand, Sanierung: Zeitschrift für Insolvenzrecht
All E.R.	All England Law Reports		
AJCL	American Journal of Comparative Law	Leg. St.	Legal Studies
Am. Bankruptcy LJ	American Bankruptcy Law Journal	Lloyd's LR	Lloyd's Law Reports
Arb. Int.	Arbitration International	LMCLQ	Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly
Arb. J.	Arbitration Journal (dal 1994 DRJ)		
Arb. Mat.	Arbitration Materials (dal 1994 WTAM)	LQR	Law Quarterly Review
ASA Bull.	Bulletin de l'Association Suisse Arbitrage	LR	Law Reports
BBTC	Banca, borsa e titoli di credito	Mod. LR	Modern Law Review
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen	Maastricht	Maastricht Journal of European and Comparative Law
Bull. Cass.	Bulletin des arrêts de la Cour de Cassation	NedIPR	Nederlands Internationaals Privatrecht
Cambridge JL	Cambridge Law Journal	NGCC	La nuova giurisprudenza civile commentata
CDE	Cahiers de droit européen	NILR	Netherlands International Law Review
CG	Corriere giuridico	NJW	Neue Juristische Wochenschrift
CJQ	Civil Justice Quarterly	NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift-RechtssprechungsReport
Clunet	Clunet - Journal du droit international		
CMLR	Common Market Law Review	NLCC	Le nuove leggi civili commentate
Comp. JR	Comparative Juridical Review	PIBD	Propriété industrielle - Bulletin documentaire
Contratti	I Contratti	RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
Contratto impr.	Contratto e impresa		
Contratto impr. - E	Contratto e impresa - Europa	Racc.	Raccolta della giurisprudenza della Corte di Giustizia delle Comunità Europee
Cop. Bull.	Copyright Bulletin	Rarb	Rivista dell'arbitrato
Dalloz	Recueil Dalloz-Sirey	R. arbitrage	Revue de l'arbitrage
D. aut.	Diritto di autore	RCDIP	Revue critique de droit international privé
DCI	Diritto del commercio internazionale	RDC	Rivista di diritto civile
DCSI	Il diritto comunitario e degli scambi internazionali	RDE	Rivista di diritto europeo
		RDI	Rivista di diritto internazionale
D. ind.	Diritto industriale	RDIDC	Revue de droit international et de droit comparé
D. inf.	Diritto dell'informazione e dell'informatica		
Doc. Giust.	Documenti giustizia	RD Ind.	Rivista di diritto industriale
DPA	Diritto processuale amministrativo	RD Int.	Revue de droit intellectuel
DPCE	Diritto pubblico comparato ed europeo	RDIPP	Rivista di diritto internazionale privato e processuale
DR	Danno e responsabilità		
DRJ	Dispute Resolution Journal	RDP	Rivista di diritto processuale
DUE	Il Diritto dell'Unione Europea	RD priv.	Rivista di diritto privato
ECLR	European Competition Law Review	Rec. Ac.	Recueil des Cours de l'Académie de droit international
EIPR	European Intellectual Property Review		
EJIL	European Journal of International Law	REF	Rivista esecuzione forzata
E.L.Dig.	European Law Digest	Resp.	Responsabilità civile e previdenza
ELF	European Legal Forum	RIDA	Revue internationale de droit d'auteur
ELR	European Law Review	RIDC	Revue internationale de droit comparé
EuA	Europa Archiv	RIDPC	Rivista italiana di diritto pubblico comunitario
EuDP	Europa e diritto privato	RIDU	Rivista internazionale dei diritti dell'uomo
EuR	Europarecht	RIPI	Revue internationale de la propriété industrielle et artistique
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht		
Fall.	Il Fallimento e le altre procedure concorsuali	RIW	Recht der internationalen Wirtschaft
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht	RMU	Revue du Marché unique européen
FD	Famiglia e Diritto	R. suisse dr. int.	Revue suisse de droit international et de droit européen
FI	Il Foro italiano		
For. Aff.	Foreign Affairs	RTDC	Revue trimestrielle de droit civil
GADI	Giurisprudenza annotata di diritto industriale	RTDE	Revue trimestrielle de droit européen
Gaz. Palais	Gazette du Palais	RTDPC	Rivista trimestrale di diritto e procedura civile
GC	Giustizia civile	SJ	La semaine juridique
G. Cass.	Giurisprudenza completa della Corte Suprema di Cassazione - sezioni civili	Soc.	Le società
		Studium	Studium Juris
G. comm.	Giurisprudenza commerciale	Trav. comité fr.	Travaux du Comité français de droit international privé
G. cost.	Giurisprudenza costituzionale		
GD	Guida al diritto	UnLR	Uniform Law Review
GI	Giurisprudenza italiana	USPQ	United States Patent Quarterly
G. mer.	Giurisprudenza di merito	Wash. LR	Washington Law Review
GU	Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana	WIPR	World Intellectual Property Reports
GUCE	Gazzetta Ufficiale delle Comunità Europee	WLR	Weekly Law Reports
Harv. LR	Harvard Law Review	WTAM	World Trade and Arbitration Materials
HR	Human Rights	Yb. Comm. Arb.	Yearbook of Commercial Arbitration
ICLQ	International and Comparative Law Quarterly	Yb. Eur.L.	Yearbook of European Law
IJE	International Journal of Evidence and Proof	Yale LR	Yale Law Review
ILM	International Legal Materials	YECHR	Yearbook of the European Convention on Human Rights
ILP	International Litigation Procedure		
IPLR	Intellectual Property Law Review	ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
IPRax	Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts	ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
		ZR	Zeitschrift für Rechtsvergleichung
IRIP	International Review of Industrial Property and Copyright Law	ZZP	Zeitschrift für Zivilprozess
JB	Juristische Blätter		
J Business Law	Journal of Business Law		
JCR	Journal of Conflict Resolution		
JIA	Journal of International Arbitration		
JLS	Journal of Legal Studies		
J. trib.	Journal des tribunaux		
Jus	Jus		
JZ	Juristenzeitung		

## I. CRONACHE

---

- *Brevi note sulla giurisdizione dell'istituendo Tribunale unificato dei brevetti*, di Elena Benigni (Milano) 5
- *Decisioni di rilievo internazionale-processualistico*, di Marcello Stella (Milano) 12
- *Resoconto a convegno "Assises de la Justice: What Role for Justice in the European Union?"* 14

## II. GIURISDIZIONE E RICONOSCIMENTO NELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE UE

---

- *Corte di giustizia dell'Unione Europea, Sez. III, 15 novembre 2012, C-456/11 - Un giudicato "europeo" sulla competenza giurisdizionale?*, di Domenico Dalfino (Bari) 16
- *Noterella sull'uso dei precedenti e delle fonti nella sentenza Gothaer*, di C.C.-L.P.-M.S. 25

## III. GIURISPRUDENZE NAZIONALI

---

### PROBLEMI DI DIRITTO PROCESSUALE INTERNAZIONALE ANGLOSASSONE

- *Supreme Court of the United States, 20 giugno 2013, 133 S. Ct. 2304 - Il caso Amex e i sentieri accidentati della class arbitration in America*, di Matteo M. Winkler (Milano Bocconi) 27
- *Supreme Court of the United States, 23 aprile 2013, 133 S. Ct. 1659 - Once upon a time in America. Kiobel: la fine della human rights litigation negli Stati Uniti?*, di Giacomo Pailli (Firenze) 31

### PROBLEMI DI DIRITTO PROCESSUALE INTERNAZIONALE ITALIANO

- *Cassazione civile, sez. un., 12 febbraio 2013, n. 3268; Cassazione civile, sez. un., 22 aprile 2013, n. 9684; Cassazione civile, sez. un., 24 gennaio 2013, n. 1717 - Inammissibile il ricorso per cassazione "immediato" avverso una sentenza d'appello ex art. 353 c.p.c. di remissione al primo giudice, per verificata sussistenza della giurisdizione italiana?*, di Luca Penasa (Padova) 40

## IV. ANTOLOGIA

---

- *Recent developments regarding class actions in South Africa*, di Wouter Le R De Vos (Cape Town) 44

## V. IL CASO DEL TRIMESTRE

---

- *Recognition in Italy of an English Order endorsing an agreement between a company and its creditors*, *Parere pro veritate*, di Romano Vaccarella (Roma Sapienza) 52

## VI. INDICE LIBRARIO

---

- *Francesca C. Villata, L'attuazione degli accordi di scelta del foro nel regolamento Bruxelles I*, Cedam, Padova, 2012, 282 57

**Referees:** Presidenti Riccardo Luzzatto, Bruno Nascimbene e Nicolò Trocker che si avvalgono della collaborazione di Prof. Filip De Ly, Erasmus Universiteit Rotterdam; Prof. Frédérique Ferrand, Université Jean Moulin Lyon 3; Prof. Antonio Gidi, University of Houston; Prof. Burkhard Heß, Ruprecht Karls Universität Heidelberg; Avv. Sébastien Besson, Université Lausanne; Dr. Emmanuel Guinchard, Lecturer in University of Northumbria in Newcastle.

# Int'l Lis

Corriere trimestrale  
della litigation internazionale

## COORDINATORE

Prof. Avv. Claudio Consolo, Lungadige Re Teodorico, 6  
37129 Verona e L.go Richini 2, 20122 Milano, nonché c/o la  
Facoltà di Giurisprudenza Università di Roma1 La Sapienza  
e-mail: redazione.intllis@libero.it

– Redazione principale patavina c/o Prof. **Marco De  
Cristofaro** (Capo-redattore), Dipartimento di Diritto Pubblico,  
Internazionale e Comunitario, Seminario di Diritto  
Processuale Civile, Palazzo del Bò, Via VIII Febbraio, 2,  
35121 Padova, tel.-fax. 049-8273323, e-mail:  
marco.decristofaro@libero.it

– Redazione milanese c/o Prof.ssa **Elena Merlin**,  
Dipartimento di Diritto Pubblico, Processuale Civile,  
Internazionale ed Europeo, Università Statale,  
Via Festa del Perdono, 7, 20122 Milano,  
tel. 02-50312558/50312559, fax 02-50312505,  
e-mail: merlin@mailserver.unimi.it

– Redazione trentina, c/o Prof. **Marino Marinelli**,  
Dipartimento di Scienze Giuridiche, Università  
di Trento, Via Verdi, 53, 38100 Trento,  
tel. 0461-883835, fax 0461-881899,  
e-mail: marinelli@jus.unitn.it

– Redazione fiorentina c/o Prof. **Remo Caponi**, Dipartimento  
di diritto privato e processuale,  
Università di Firenze, Via delle Pandette, 35,  
50127 Firenze, tel. 055-4374232, fax 055-4374903,  
e-mail: remo.caponi@unifi.it

– Redazione romana c/o Prof. **Antonio Carratta**,  
Dipartimento di Diritto dell'Economia e Analisi Economica  
delle Istituzioni, Università di Roma III, Via Ostiense,  
139, 00154 Roma, tel. 06-57334081, fax 06-7802106,  
e-mail: antonio.carratta@libero.it

– Redazione pisana c/o Prof.ssa **Elena D'Alessandro**,  
Dipartimento di Diritto Pubblico, Università di Pisa,  
Piazza dei Cavalieri, 2, 56126 Pisa, tel. 050-24815,  
fax 050-502428,  
e-mail: elena.dalessandro@gmail.com

– Segreteria di redazione: Dr.ssa **Beatrice Zuffi**,  
Dott. **Luca Penasa**, Dott. **Marcello Stella**  
Dipartimento di Diritto Pubblico,  
Internazionale e Comunitario, Seminario di Diritto  
Processuale Civile, Palazzo del Bò, Via VIII Febbraio, 2,  
35121 Padova, tel.-fax. 049-8273427,  
e-mail: redazione.intllis@libero.it

## EDITRICE

Wolters Kluwer Italia S.r.l.  
Strada 1, Palazzo F6 - 20090 Milanofiori Assago (MI)

## DIRETTORE RESPONSABILE

Giulietta Lemmi

Per informazioni in merito a contributi, articoli  
ed argomenti trattati

scrivere o telefonare a:

**Casella postale 12055 - 20120 Milano**  
**telefono (02) 82476.828**  
**e.mail: redazione.intllis.ipsoa@wki.it**

Per informazioni su gestione abbonamenti, numeri  
arretrati, cambi d'indirizzo, ecc.

scrivere o telefonare a:

**IPSOA Servizio Clienti**  
**Casella postale 12055 - 20120 Milano**  
**telefono (02) 824761 - telefax (02) 82476.799**  
**Servizio risposta automatica**

## REALIZZAZIONE GRAFICA - Ipsoa

### FOTOCOMPOSIZIONE

Sinergie Grafiche Srl - Viale Italia, 12 - 20094 Corsico (MI)  
Tel. 02 57789422

### STAMPA

GECA s.p.a. - Via Magellano, 11 - 20090 Cesano Boscone (MI)

### PUBBLICITÀ:

**db Consulting** srl  
EVENTS & ADVERTISING

db Consulting srl Events & Advertising  
via Leopoldo Gasparotto 168 - 21100 Varese  
tel. 0332/282160 - fax 0332/282483  
e-mail: info@db-consult.it - www.db-consult.it

Autorizzazione del Tribunale di Milano n. 635  
del 12 novembre 2001

Tariffa R.O.C.: Poste Italiane Spa - Spedizione in  
abbonamento Postale - D.L. 353/2003  
(conv. in L. 27/02/2004 n. 46) art. 1, comma 1, DCB Milano  
Iscritta nel Registro Nazionale della Stampa con il n. 3353  
vol. 34 Foglio 417 in data 31 luglio 1991  
Iscrizione al R.O.C. n. 1702

### ABBONAMENTI

Gli abbonamenti hanno durata annuale, solare:  
gennaio-dicembre; rolling: 12 mesi dalla data  
di sottoscrizione, e si intendono rinnovati, in assenza  
di disdetta da comunicarsi entro 60 gg. prima della data  
di scadenza a mezzo raccomandata A.R. da inviare  
a Wolters Kluwer Italia S.r.l. Strada 1 Pal. F6 Milanofiori  
20090 Assago (MI).  
Compresa nel prezzo dell'abbonamento l'estensione on line  
della Rivista, consultabile all'indirizzo  
www.edicolaprofessionale.com/intllis

### ITALIA

Abbonamento annuale 2014: e 59,00

### ESTERO

Abbonamento annuale 2014: e 118,00

MAGISTRATI e UDITORI GIUDIZIARI - sconto del 30%  
sull'acquisto dell'abbonamento annuale alla rivista,  
applicabile rivolgendosi alle Agenzie Ipsoa di zona  
(www.ipsoa.it/agenzie) o inviando l'ordine via posta a  
Wolters Kluwer Italia S.r.l., Strada 1 Pal. F6, 20090  
Milanofiori Assago (MI)

o via fax al n. 02-82476403 o rivolgendosi al Servizio  
Informazioni Commerciali al n. 02-82476794.

Nell'ordine di acquisto i magistrati dovranno allegare  
fotocopia del proprio tesserino identificativo attestante  
l'appartenenza alla magistratura e dichiarare di essere iscritti  
all'**Associazione Nazionale Magistrati**.

### MODALITÀ DI PAGAMENTO

Versare l'importo sul C/C/P n. 583203 intestato a  
WKI Srl Gestione incassi - Strada 1, Palazzo F6, Milanofiori  
oppure  
Inviare assegno bancario/circolare non trasferibile intestato a  
Wolters Kluwer Italia S.r.l. Indicare nella causale del  
versamento il titolo della rivista e l'anno di abbonamento

Prezzo copia: e 25,00  
Arretrati: prezzo dell'anno in corso  
all'atto della richiesta

### DISTRIBUZIONE

Vendita esclusiva per abbonamento

Il corrispettivo per l'abbonamento a questo periodico  
è comprensivo dell'IVA assolta dall'editore ai sensi  
e per gli effetti del combinato disposto dell'art. 74  
del D.P.R. 26/10/1972, n. 633 e del D.M. 29/12/1989  
e successive modificazioni e integrazioni.

Egregio abbonato,  
ai sensi dell'art. 13 del D.Lgs. 30 giugno 2003 n. 196. La informa-  
mo che i Suoi dati personali sono registrati su database elettronici  
di proprietà di Wolters Kluwer Italia S.r.l., con sede legale in As-  
sago Milanofiori Strada 1-Palazzo F6, 20090 Assago (MI), titolare  
del trattamento e sono trattati da quest'ultima tramite propri in-  
caricati. Wolters Kluwer Italia S.r.l. utilizzerà i dati che La riguar-  
dano per finalità amministrative e contabili. I Suoi recapiti postali  
e il Suo indirizzo di posta elettronica saranno utilizzabili, ai sensi  
dell'art. 130, comma 4, del D.Lgs. n. 196/2003, anche a fini di  
vendita diretta di prodotti o servizi analoghi a quelli oggetto della  
presente vendita. Lei potrà in ogni momento esercitare i diritti di  
cui all'art. 7 del D.Lgs. n. 196/2003, fra cui il diritto di accedere ai  
Suoi dati e ottenerne l'aggiornamento o la cancellazione per vio-  
lazione di legge, di opporsi al trattamento dei Suoi dati ai fini di  
invio di materiale pubblicitario, vendita diretta e comunicazioni  
commerciali e di richiedere l'elenco aggiornato dei responsabili  
del trattamento, mediante comunicazione scritta da inviarsi a:  
Wolters Kluwer Italia S.r.l. - PRIVACY - Centro Direzionale Milano-  
fiori Strada 1-Palazzo F6, 20090 Assago (MI), o inviando un Fax al  
numero: 02.82476.403.

**U.S. SUPREME COURT, 23 aprile 2013, 133 S.Ct. 1659 (2013) - Esther Kiobel et al. v. Royal Dutch Petroleum et al.**

*Alien Tort Statute - 28 U.S.C. § 1350 - diritti umani - human rights*

**L'Alien Tort Statute (ATS), che fonda la giurisdizione del giudice americano in azioni di risarcimento pro-**

**mosse da attori stranieri per violazione del diritto internazionale consuetudinario, è sottoposto al canone interpretativo della "presunzione contro l'applicazione extraterritoriale della legge americana". Poiché non è possibile ravvisare un intento del Congresso in senso opposto, l'ATS non si applica a una fattispecie che non presenta alcun contatto con il territorio degli Stati Uniti e, pertanto, il giudice federale è sprovvisto di giurisdizione.**

## Once upon a time in America. Kiobel: la fine della *human rights litigation* negli Stati Uniti?

*The comment analyzes a leading decision by the U.S. Supreme Court, in which the majority, lead by the Chief Justice, held that the scope of application of the Alien Tort Statute is limited by the presumption against extraterritoriality. Federal courts, therefore, do not have jurisdiction to hear a case in which the whole conduct took place in another sovereign State and lacking any contact with the territory of the United States. Such holding could bring to the very end of human rights litigation in the U.S. based on the ATS.*

### 1. Introduzione

Il caso che qui commentiamo, *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.*, (1) deciso il 23 aprile 2013, è un classico esempio di *human rights litigation* nel quale la giurisdizione del giudice federale si basa sull'*Alien Tort Statute* (ATS): (2) un passaggio, a tratti angusto, attraverso il quale numerose vittime straniere hanno potuto citare autori ed eventuali complici davanti al giudice federale, al fine di avere un pulpito dal quale descrivere le violenze subite e chiedere il risarcimento monetario del danno.

(1) 133 S.Ct. 1659 (2013). La decisione è disponibile come *slip opinion* all'indirizzo [http://www.supremecourt.gov/opinions/12pdf/10-1491\\_l6gn.pdf](http://www.supremecourt.gov/opinions/12pdf/10-1491_l6gn.pdf) (ultimo accesso 21 settembre 2013). V. Wuerth, *The Supreme Court and the Alien Tort Statute: Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.*, *AJIL*, Vol. 107, 2013; *Vanderbilt Public Law Research Paper No. 13-26*, disponibile su SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2264323> (ultimo accesso 21 settembre 2013); v. anche l'*insta-symposium* su *Opiniojuris.org*, disponibile all'indirizzo <http://opiniojuris.org/2013/04/20/weekend-roundup-april-13-19-2013> (ultimo accesso 21 settembre 2013).

(2) 28 U.S.C. § 1350. L'ATS va anche sotto il nome di *Alien Tort Claims Act* (ACTA). Secondo la giurisprudenza e la dottrina prevalenti, l'ATS ha solo l'effetto di conferire al giudice federale una giurisdizione (*subject-matter jurisdiction*) che altrimenti non avrebbe. L'ATS non specifica, invece, quali *cause of action* (ossia quali violazioni) possano essere oggetto dell'azione, per le quali occorre analizzare la *law of nations*, ossia il diritto internazionale. *Sosa v. Alvarez-Machain*, 542 U.S. 692 (2004), p. 724. Sull'ATS si v. Dodge, *The Historical Origins of the Alien Tort Statute: A Response to the "Originalists"*, 19 *Hastings Int'l & Comp. L. Rev.* 221 (1995-96) nonché i numerosi riferimenti bibliografici ivi contenuti alla nt. 2.

(3) V. Randall, *Federal Jurisdiction over International Law Claims: Inquiries into the Alien Tort Statute*, 18 *N.Y.U. J. Int'l L. & Pol.* 1, 4 (1985), il quale riporta che nei duecento anni di "sonno", l'ATS era stato invocato a supporto da parte degli attori in ventuno casi, e che solo in due i giudici lo avevano utilizzato per affermare la propria giurisdizione: *Abdul-Rahman Omar Adra v. Clift*, 195 F. Supp. 857 (D.

Secondo l'ATS, infatti: "The district courts shall have original jurisdiction of any civil action by an alien for a tort only, committed in violation of the law of nations or a treaty of the United States".

Tale precetto, datato 1789 e, dunque, coevo alla carta costituzionale statunitense, è rimasto sostanzialmente dormiente per circa duecento anni, (3) sino al 1980 quando la Corte d'Appello federale che siede a New York ha sorpreso molti applicandolo a un caso di tortura accaduto in Paraguay. (4) Dagli anni '80 a oggi si è andato, poi, sviluppando un cospicuo contenzioso che ha visto alla sbarra delle corti federali americane, di volta in volta, individui rei di crimini odiosi (5) e, a partire dagli anni '90, (6) anche società multinazionali complici di gravi violazioni dei diritti umani, spesso commesse nei paesi in via di sviluppo e per mezzo di governi compiacenti o prezzolati gruppi paramilitari. Non tutte le azioni sono giunte a una sentenza favorevole. Un certo numero ha incontrato ostacoli e si è arrestato prima ancora del *trial*, mentre una buona porzione di quelle contro le multinazionali si è conclusa con *settlement* milionari, talvolta per evitare la pubblicità negativa del procedimento. (7)

Md. 1961) che riguardava una disputa tra due genitori sulla custodia di una figlia e *Bolchos v. Darrel*, 3 F. Cas. 810, 1 Bee 74 (D. S.C. 1795), un'azione promossa da un capitano francese che, durante la guerra franco-spagnola, aveva catturato un'imbarcazione nemica spagnola e ne reclamava, contro chi l'aveva fatto sequestrare, il carico della nave che trasportava schiavi.

(4) *Filártiga v. Peña-Irala*, 630 F.2d 876 (2d Cir. 1980). Si v. il *symposium* sul quarto volume, primo fascicolo del *Houston Journal of International Law* (1981).

(5) Un altro esempio oltre *Filártiga* è *Kadic v. Karadic*, 70 F.3d 232, 239 (2d Cir. 1995). In questi casi le vittorie giudiziarie acquistavano più un valore simbolico che economico, dato che le prospettive di esecuzione della sentenza sui beni del reo erano piuttosto limitate. Fu, "Sosa v. Alvarez-Machain" and the Future of ATCA Litigation: Examining Bonded Labor Claims and Corporate Liability, 106 *Colum. L. Rev.* 112, 116 (2006).

(6) *Bellinger, Enforcing Human Rights in U.S. Courts and Abroad: The Alien Tort Statute and Other Approaches*, 42 *Vanderbilt J. Trans'l L.* 1 (2009), pp. 3-4.

(7) Ne è esempio l'azione che il figlio di Ken Saro-Wiwa, noto uomo di cultura e attivista Ogoni e altra vittima della ferocia del governo nigeriano, aveva proposto autonomamente assieme ai familiari di altre due vittime. Rispetto alla *class action* proposta in *Kiobel*, l'iniziativa in parola si è conclusa con il pagamento da parte di Shell di circa quindici milioni di dollari a pochi giorni dall'inizio del *trial*, pur senza alcuna ammissione di responsabilità. V. Wuerth, *Wiwa v. Shell: The \$15.5 Million Settlement*, *ASIL Insight*, September 4, 2009, volume

## 2. Il fatto e il procedimento davanti alle Corti inferiori

Tornando ai fatti che danno origine a *Kiobel*, siamo negli anni '90, in un'area del delta del Niger nota come Ogoniland, dove una controllata della multinazionale *Royal Dutch Shell* conduce attività di esplorazione ed estrazione petrolifera incontrando la forte opposizione della popolazione locale che, in stato di povertà, deve sopportare i danni ambientali senza ottenere alcun beneficio dalla lucrosa attività estrattiva. (8) Secondo il racconto degli attori, la multinazionale si rivolge allora al governo nigeriano del Generale dittatore Abacha, partner commerciale nella *joint venture* petrolifera, il quale avvia una campagna di violenza contro i villaggi Ogoni per mezzo di esercito e polizia, con omicidi, violenze sessuali, arresti arbitrari e vaste distruzioni. In questo quadro la Shell si rende complice remunerando i militari e fornendo assistenza logistica. (9) Non v'è dubbio che i fatti narrati, se provati, potrebbero essere caratterizzati come gravi violazioni dei diritti umani. Al tempo stesso, è chiaro che le vittime non hanno alcuna reale possibilità di tutelare i propri diritti nel paese che li ha così brutalmente violati. (10)

Così Esther Kiobel e un gruppo di connazionali decidono di proporre una *class action* avanti alla corte federale del *Southern District of New York* sulla base dell'ATS. La storia processuale di *Kiobel* è particolarmente complessa. Ci concentreremo qui esclusivamente sui punti salienti, funzionali all'analisi che proponiamo. Siamo nel 2006 quando i convenuti (11) propongono una *motion to dismiss* per bloccare l'azione. (12) La corte distrettuale accoglie in parte l'istanza della Shell, respingendo solo alcune delle domande svolte poiché i fatti allegati non integrerebbero, nemmeno se provati, una violazione del diritto internazionale sufficiente a soddisfare i requisiti dell'ATS, (13) ma per la restante parte permette che il procedimento continui. (14) Secondo una regola di

diritto processuale federale, (15) il giudice di prime cure concede alle parti la possibilità di proporre appello immediato e così la controversia giunge prontamente davanti alla Corte d'Appello per il Secondo Circuito.

La *Court of Appeal*, pronuncia una decisione assai controversa e molto criticata. Secondo due dei tre giudici che compongono il collegio, l'ATS sarebbe sì astrattamente applicabile alla fattispecie, ma la norma integratrice, ossia la *law of nations*, difetterebbe di portata precezionale nei confronti delle *corporation*: (16) "customary international law has steadfastly rejected the notion of corporate liability for international crimes, and no international tribunal has ever held a corporation liable for a violation of the law of nations". Osserva, quindi, la maggioranza che il diritto internazionale si limita a regolare i rapporti tra Stati o le responsabilità penali degli individui, ma non assume come soggetti di diritto le società. Poiché queste non sarebbero "liable under international law" ne consegue che non potrebbero nemmeno essere legittimate passive in un'azione basata sull'ATS che proprio al diritto internazionale fa riferimento. (17) Inutile la richiesta degli attori di un *rehearing en banc* di una tale posizione ad opera della Corte d'Appello in seduta plenaria, *petition* che viene respinta da un collegio fortemente contrapposto con cinque giudici per parte. (18)

La decisione dei due giudici che compongono la maggioranza, aspramente ed efficacemente criticata dalla lunga opinione concorrente del Giudice Leval, (19) è assai interessante e meriterebbe una trattazione separata, ma una volta giunta davanti alla Corte Suprema viene presto dimenticata. Nonostante che il ricorso alla Corte riguardi specificamente la questione della *liability* delle società alla luce del diritto internazionale, i *Justices*, come ci hanno di recente abituato, riformulano a piacere la domanda, stravolgendone completamente confini e portata. (20) Durante la discussione orale, infatti, più

13, fascicolo 14, disponibile online su asil.org.

(8) Per un racconto dettagliato della vicenda dell'Ogoniland e di Ken Saro-Wiwa si v. Cassel, *Corporate Initiatives: A Second Human Rights Revolution?*, 19 *Fordham Int'l L.J.* 1963 (1995), pp. 1964-68.

(9) *Kiobel*, 133 S.Ct. a pp. 1662-63.

(10) Notiamo, *en passant*, che l'ATS di per sé, e diversamente dal TVPA (vedi *infra* nt. 50) non richiede il previo esaurimento dei ricorsi giurisdizionali disponibili nello stato ove si sono verificati i fatti, nonostante che il precedente della Corte Suprema in *Sosa* abbia laconicamente affermato che un tale requisito potrebbe applicarsi, *Sosa*, 542 U.S. a pp. 733, nt. 21, e 760. V. Waugh, *Exhaustion of Remedies and the Alien Tort Statute*, 28 *Berkeley J. Int'l L.* 555 (2010).

(11) Formalmente i convenuti erano tre *Royal Dutch Petroleum Company*, *Shell Transport and Trading Company, p.l.c.*, e *Shell Petroleum Development Company of Nigeria, Ltd.*, poi ridotti a due dopo la fusione di *Royal Dutch* e *Shell*.

(12) Come riporta il giudice distrettuale Wood, gli avvocati della Shell invocano tre motivi: "Plaintiffs' claims (1) are barred by the act of state doctrine; (2) are barred by the doctrine of international comity; and (3) fail to state claims on which relief can be granted". *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.*, 456 F. Supp. 2d 457, 459 (S.D.N.Y. 2006).

(13) Si tratta dei seguenti crimini: extrajudicial killings, violazione dei diritti alla vita, libertà, sicurezza e associazione, esilio forzato, distruzione di proprietà. *Kiobel*, 456 F. Supp. a p. 468.

(14) Prosegue, quindi, l'azione relativa ai crimini contro l'umanità, tortura e arresto e detenzione arbitrari. *Ivi*.

(15) 28 U.S.C. § 1292(b).

(16) *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.*, 621 F.3d 111 (2d Cir. 2010). V. Winkler, *Kiobel v. Royal Dutch Shell, ovvero cronaca di una morte (quasi) annunciata: niente più azioni di risarcimento nei confronti di imprese multinazionali per violazioni dei diritti umani*, DCI, 2011, 221; Pistoia, *La fine di una giurisprudenza? Sulla sentenza Kiobel v. Royal Dutch Petroleum in tema di applicazione dell'Alien Tort Statute alle società*, RDI, 2011, 480.

(17) "We must conclude, therefore, that insofar as plaintiffs bring claims under the ATS against corporations, plaintiffs fail to allege violations of the law of nations, and plaintiffs' claims fall outside the limited jurisdiction provided by the ATS". *Kiobel*, 642 F.3d a p. 120. Colpisce che una tale pronuncia origini da quello stesso organo che, trent'anni prima, aveva recuperato l'ATS dal suo lungo sonno e inaugurato la stagione di *human rights litigation*.

(18) *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.*, 642 F.3d 379 (2d Cir. 2011).

(19) "The majority opinion deals a substantial blow to international law and its undertaking to protect fundamental human rights. According to the rule my colleagues have created, one who earns profits by commercial exploitation of abuse of fundamental human rights can successfully shield those profits from victims' claims for compensation simply by taking the precaution of conducting the heinous operation in the corporate form". *Kiobel*, 621 F.3d a 149-150. In chiave critica si v. anche Giannini e Farbstein, *Corporate Accountability in Conflict Zones: How Kiobel Undermines the Nuremberg Legacy and Modern Human Rights*, 52 *Harv. Int'l L.J. Online* 119 (2010).

(20) Lo riporta lo stesso Roberts: "The Second Circuit dismissed the entire complaint, reasoning that the law of nations does not reco-

di un membro del collegio (e in particolare Kennedy, colui che a ragione è considerato il pendolo decisivo tra la ormai prevalente componente conservatrice e l'ala più liberale della Corte) si mostra disinteressato circa la delicata questione della *liability* delle multinazionali alla luce del diritto internazionale, domandando, invece, insistentemente agli avvocati delle parti se l'ATS sia applicabile *tout court* alla fattispecie, così poco connessa al territorio statunitense. Non paga, individuando in questo profilo un elemento dispositivo dell'intera controversia, la Corte chiede alle parti di depositare ulteriori memorie sulla questione e di prepararsi per un'altra tornata di discussione orale, circostanza certo non comune.

E così che il 23 aprile 2013, nonostante gli sforzi dell'avvocato degli attori Paul Hoffman e innumerevoli *brief* depositati da *amici curiae*, (21) la Corte respinge il ricorso e conferma, pur stravolgendone la motivazione, la decisione del grado inferiore. Il verdetto dei giudici è unanime: i nove *Justices* concordano nell'affermare che l'azione dei residenti dell'Ogoniland non può trovare spazio in una corte federale americana, poiché l'ATS non vale a consentire l'esercizio della giurisdizione del giudice federale su una controversia così remota e priva di alcuna connessione con gli Stati Uniti. L'uniformità di vedute del dispositivo, però, si limita al risultato e maschera una netta frattura tra l'opinione che potremmo definire di maggioranza – e che quindi è destinata ad assumere autorità di precedente – affidata alla penna del *Chief Justice* Roberts e la *concurring opinion* dell'ala liberale firmata da Breyer che vedremo in seguito. (22) A contrapporre i *Justices* sono visioni e letture radicalmente differenti dell'ATS e delle regole che sanciscono i limiti d'applicazione extraterritoriale delle leggi americane.

### 3. L'opinione della maggioranza: l'ATS non si applica extraterritorialmente

Il *Chief Justice* che, com'è sua prerogativa, si riserva il diritto di redigere l'opinione, specifica subito che la questione da risolvere non è se gli attori abbiano soddisfatto

i requisiti necessari per agire sulla base dell'ATS come interpretati in *Sosa*, unico altro precedente della Corte Suprema in materia, (23) bensì se l'ATS stesso possa estendersi fino a colpire condotte e fatti che si sono verificati nel territorio di un altro Stato sovrano e che mancano di un legame col territorio americano. In altre parole, archiviato senza colpo ferire l'interrogativo posto dalla Corte d'appello circa la *liability* delle società secondo il diritto internazionale e il quadro di atrocità descritto dagli attori, ci si concentra qui esclusivamente sull'estensione territoriale dell'ATS alla luce del canone di interpretazione delle leggi noto come *presumption against extraterritoriality*.

La risposta della corte è negativa e poiché la natura dell'ATS è giurisdizionale, la conclusione è che il giudice federale non può che constatare il proprio difetto di giurisdizione. Se può sorprendere l'espedito utilizzato, (24) non stupisce, invece, il risultato raggiunto che si inserisce nel solco di una tendenza delle corti americane, e in particolare del loro vertice, ormai consolidata nel senso di limitare la possibilità per attori stranieri di usufruire, come al contrario avveniva in passato, dell'armamentario procedurale e sostanziale del diritto americano per colpire condotte o pregiudizi che hanno avuto luogo all'estero.

La "presunzione contro l'applicazione extraterritoriale" attorno alla quale ruota l'intero impianto dell'opinione di maggioranza è un canone interpretativo delle leggi del Congresso di elaborazione giurisprudenziale che ha la funzione dichiarata di limitare l'applicazione delle leggi americane alle condotte che hanno avuto luogo sul suolo americano. Si tratta della declinazione di una concezione territoriale della *jurisdiction*, intesa qui come sinonimo di potere, che affonda le sue origini nella storia, specialmente per quanto riguarda il campo dell'antitrust. (25) Una concezione forse troppo angusta dei limiti di applicazione delle leggi americane ha indotto, poi, la stessa giurisprudenza a riconoscere la possibilità di applicare il diritto antitrust domestico quando la condotta extrater-

gize corporate liability. We granted certiorari to consider that question. After oral argument, we directed the parties to file supplemental briefs addressing an additional question: "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". 1663 / 8

(21) Come ci si potrebbe aspettare tra gli *amici* in favore delle vittime figurano associazioni internazionali per i diritti umani, professori, centri universitari e, almeno in una fase iniziale, anche il governo degli Stati Uniti. In occasione della seconda tornata di discussione orale, gli Stati Uniti sostengono, invece, la limitazione territoriale dell'ATS. Dalla parte dei convenuti, i governi di Germania e Regno Unito, gruppi e associazioni industriali, e anche alcuni professori universitari.

(22) Secondo più di un commentatore, l'uniformità di vedute, pur limitata al risultato, è in parte spiegabile perché *Kiobel*, priva di un qualsiasi legame con gli USA, non era la giusta controversia da portare davanti alla Corte Suprema. In tale chiave, una certa responsabilità politico-strategica potrebbe essere ascrivibile direttamente a Paul Hoffman, esperto avvocato dei diritti umani, che scegliendo di spingere troppo in alto un caso simile ha finito per danneggiare la *human rights litigation* in generale. In un'altra ottica, si potrebbe leggere l'unanimità come la conseguenza di una sapiente opera del giovane *Chief Justice* della corte che, con una tecnica "del bastone e della carota" ha saputo spostare l'asse della Corte su posizioni complessivamente più conservatrici, inducendo la minoranza liberale ad accettare e a

compromettere su posizioni più moderate rispetto a quanto ci si sarebbe potuti attendere, magari per non dare costantemente l'immagine di una corte polarizzata su posizioni irriducibili o per assicurarsi la collaborazione in altre partite.

(23) *Sosa v. Alvarez-Machain*, 542 U.S. 692 (2004). A dir la verità, la Corte in *Sosa* non aveva chiarito più di tanto. Si v. le opinioni contrastanti di Stephens, *Sosa v. Alvarez-Machain - The Door Is Still Ajar for Human Rights Litigation in U.S. Courts*, 70 *Brook. L. Rev.* 533 (2004-2005) e Kontorovich, *Implementing Sosa v. Alvarez-Machain: What Piracy Reveals about the Limits of the Alien Tort Statute*, 80 *Notre Dame L. Rev.* 111 (2004-2005). V. anche Dodge, *Bridging Erie: Customary International Law in the U.S. Legal System after Sosa v. Alvarez-Machain*, 12 *Tulsa J. Comp. & Int'l L.* 87 (2004-2005).

(24) Che però era già nell'aria, v. Bellinger, cit., 5 e 9.

(25) Una sua risalente applicazione al campo dell'antitrust si deve alla penna del *Justice* Holmes nel noto precedente *American Banana Co. v. United Fruit Co.*, 213 U.S. 347 (1909), p. 356-57 "the general and almost universal rule is that the character of an act as lawful or unlawful must be determined wholly by the law of the country where the act is done" e "the foregoing considerations would lead in case of doubt, to a construction of any statute as intended to be confined in its operation and effect to the territorial limits over which the lawmaker has general and legitimate power". Questa visione è superata da *Alcoa* e dalla sua progenie, v. nt. successiva.

ritoriale è diretta a produrre o comunque produce effetti sul suolo americano (c.d. “*effects doctrine*”). (26) Al di là dei confini dell’antitrust, però, la *presumption* non ha goduto di molta fortuna, anche se non mancano alcune eccezioni. (27)

Più recentemente, però, la *presumption* è stata ripresa e specificata nel caso *Morrison*, sebbene i suoi confini di applicazione non risultino molto più chiari di quanto avveniva in passato. (28) In generale, secondo il comando in *Morrison*, una legge americana non si applica extraterritorialmente a meno che attraverso il testo, il contesto storico o lo scopo dell’atto, non risulti il chiaro intento del Congresso di estenderne la portata oltre i confini nazionali. Il fine appare, di per sé, non privo di meriti. Il giudice federale vuole rispettare la separazione dei poteri ed evitare che, applicando in modo sconsiderato la legge americana a tutto ciò che accade all’estero, vi sia un’impropria interferenza del giudiziario nelle relazioni internazionali degli Stati Uniti con altri paesi, appannaggio dell’Esecutivo e, in misura inferiore, del Congresso. (29) Altra *ratio* a supporto del canone in parola è di non rendere l’America *custos morum* dell’intero globo, e di non applicare le proprie leggi e i propri valori a qualsiasi evento ovunque questo si verifichi. (30) La conseguenza pratica di queste affermazioni di principio, però, è che il potere legislativo è sottoposto a un limite territoriale in parte dipendente dalla discrezionalità del giudice federale. *Kiobel*, come vedremo, rappresenta un chiaro esempio dell’ampia libertà che i *Justices* si attribuiscono nell’interpretazione e utilizzo della *presumption*. La Corte, poi, analizza e risolve sul piano dell’interpretazione della legge questioni che potrebbero essere, forse, meglio risolte sul piano della giurisdizione o della determinazione della

legge applicabile in virtù di un esercizio di diritto internazionale privato.

Occorre notare, e Roberts è costretto ad ammetterlo, che la *presumption against extraterritoriality* non si applica a qualsiasi legge americana, ma solo a quelle che vengono definite come *conduct-regulating*, ossia tese a reprimere e sanzionare determinate condotte. L’ATS, invece, è uno *statute* a natura puramente giurisdizionale: si limita a conferire al giudice federale *subject-matter jurisdiction* sulle controversie previste dall’ATS, giurisdizione della quale, altrimenti, si sarebbe potuto dubitare. In sé considerato, l’ATS non mira, perciò, a permettere o vietare alcuna particolare condotta. È la norma integratrice richiamata, il diritto internazionale, a contenere il precetto e a definire le *cause of action* che legittimano l’azione. (31) In teoria, quindi, i precedenti relativi alla *presumption* non sarebbero applicabili al caso in questione.

Roberts, tuttavia, distilla la *ratio* della *presumption* e la estende anche all’ATS, ritenendolo, non necessariamente a torto, fonte d’interferenza nelle relazioni estere USA potenzialmente anche maggiore rispetto ad altre leggi. (32) Un tale rischio rende opportuna una particolare cautela giudiziaria sia nell’individuare quali violazioni del diritto internazionale potrebbero formare oggetto di una domanda di risarcimento (questione alla quale la Corte aveva già fornito qualche risposta in *Sosa*), (33) sia, ed è il punto saliente, nel determinare se, a prescindere dall’esistenza di un valido *claim*, l’ATS possa raggiungere condotte che hanno avuto luogo entro i confini di un altro Stato sovrano. Qui entra in gioco la *presumption*.

Una volta stabilito che l’eventuale applicazione extraterritoriale dell’ATS è soggetta al limite in parola, l’analisi si sposta sul piano ermeneutico, alla ricerca di indizi

(26) V. dall’effects test in *United States v. Aluminium Co. of America* (Alcoa), 148 F. 2d 416 (1945) al jurisdictional rule of reason in *Timberlane Lumber Co. v. Bank of America*, 549 F.2d 597 (1976), fino ai substantial effects di *Hartford Fire Insurance Co. v. California*, 113 S. Ct. 2891 (1993). V. Friedberg, *The Convergence of Law in an Era of Political Integration: The Wood Pulp Case and the ALCOA Effects Doctrine*, 52 U. Pitt. L. Rev. 289 (1990-1991). Scalia non perde occasione di criticare aspramente l’effects test, anche se spesso solo come dicta, v., ad es., *Morrison*, 130 S.Ct. a 2877-81; *Hoffmann-La Roche v. Empagran*, 542 U.S. 155, 176 (2004); *Hartford Fire*, 113 S. Ct. a p. 2918 e ss.. La critica è tale da far concludere a Conway che “The effects is dead”. *Extraterritoriality’s Watchdog after Morrison v. National Australia Bank*, 105 Am. Soc’y Int’l L. Proc. 394 (2011), 396.

(27) *EEOC v. Arabian American Oil Co.*, 499 US 244 (1991) e *Benz v. Compania Naviera Hidalgo, S.A.*, 353 US 138 (1957) nell’ambito del diritto del lavoro. Dopo la decisione della Corte Suprema in *Aramco*, il Congresso ha emendato la legge in questione, il Titolo VII del *Civil Rights Act* del 1964, per specificarne l’applicazione extraterritoriale. *Microsoft v. AT&T*, 550 US 437 (2007) nel campo del diritto industriale. Secondo Dodge, *Understanding the Presumption against Extraterritoriality*, 16 *Berkeley J. Int’l L.* 85 (1998): “Perhaps the most famous modern statement of the presumption against extraterritoriality is Justice Holmes’ opinion in *American Banana* (...). However, the influence of the presumption soon began to wane. While paying lip service to *American Banana*, both the Supreme Court and lower federal courts began to ignore its holding in antitrust cases. And although the Supreme Court continued to apply the presumption against extraterritoriality to few statutes, particularly in the area of labor law, the Court refused to apply the presumption to other statutes”.

(28) Per dirla con Dodge, *The Presumption against Extraterritoriality after Morrison*, Proceedings of the Annual Meeting (American Society

of International Law), Vol. 105, (March 23-26, 2011), pp. 396-399: “The Supreme Court’s recent extraterritoriality jurisprudence has been a mess. The Court has applied a presumption against extraterritoriality but has seemed to do so inconsistently”.

(29) *Morrison v. National Australia Bank*, 561 U.S. 247 (2010), 130 S.Ct. 2869 (2010). Si v. Silberman-Choi, *Transnational Litigation and Global Securities Class-Action Lawsuits*, Wisc. L. Rev. 465 (2009); Silberman, *Morrison v. National Australia Bank: Implications for Global Securities Class Actions*, (June 14, 2011), *Swiss Yearbook of Private International Law* 2010, NYU School of Law, Public Law Research Paper No. 11-41, disponibile su SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1864786> (ultimo accesso 10 settembre 2013). Per un commento in italiano, v. Bariatti, *Riflessioni sull’applicazione extraterritoriale delle norme relative ai servizi finanziari: dal caso “Morrison” al “Dodd-Franck Act” e oltre*, DCI, 2012, 423.

(30) Si v. *EEOC v. Arabian American Oil Co.*, 499 US 244, 248 (1991); *Benz v. Compania Naviera Hidalgo, S.A.*, 353 US 138, 147 (1957); *Microsoft v. AT&T*, 550 US 437, 454 (2007).

(31) Il diritto americano si interroga se l’ATS incorpori direttamente il diritto internazionale nell’ordinamento (cioè se il diritto internazionale venga attuato direttamente per mezzo dell’ATS), tesi minoritaria, oppure se l’ATS permetta la creazione di *federal common law* sulla base dei precetti internazionali.

(32) Si tratta di un rischio che era già stato denunciato dalla *concurring opinion* di Judge Bork in *Tel-Oren v. Libyan Arab Republic*, 726 F.2d 774, 801-05 (D.C. Cir. 1984). Un interrogativo è d’obbligo: poiché l’ATS attua il diritto internazionale consuetudinario, può davvero dirsi che ciò costituisca un’interferenza nelle relazioni internazionali degli Stati Uniti?

(33) *Sosa v. Alvarez-Machain*, 542 U.S. 692 (2004), cit. *supra* nt. 23.



nel testo, nel contesto storico o nello scopo dell'ATS che evidenzino o meno la "chiara intenzione" (34) del Congresso circa una sua applicazione extraterritoriale.

Dal punto di vista testuale l'ATS si presenta come una norma assai breve, ma che nella sua brevità menziona termini quali *alien*, *law of nations* e *treaty*, e ha ad oggetto violazioni del diritto internazionale. Per la Corte, però, questi dati, e in particolare il richiamo al diritto internazionale, non sono sufficienti a dimostrare l'intento nel legislatore, poiché potrebbero riguardare indistintamente violazioni commesse nel territorio nazionale o al di fuori. Quindi, sul primo punto la conclusione è che "nothing in the text of the statute suggests that Congress intended causes of action recognized under it to have extraterritorial reach". (35)

Quanto al contesto storico al momento dell'approvazione dell'ATS, l'esame riporta la Corte indietro nel tempo, quasi alle fondazioni della Federazione nel lontano 1789. (36) Si tratta di uno dei vari oboli pagati a una certa concezione originalista che, lungi dall'essere limitata alla sola Costituzione, costringe e informa l'interpretazione anche delle norme ordinarie, come se a più di duecento anni di distanza il contesto storico al tempo dell'approvazione di una norma assumesse una qualche importanza per il giurista ai fini della sua applicazione odierna. Si noti, poi, come venga utilizzato un criterio interpretativo relativamente recente, la *presumption* appunto, per limitare l'applicazione di una legge in vigore da un tempo assai più lungo, adattando *ex post* un canone interpretativo che non era conosciuto né conoscibile *ex ante* al Congresso che ha approvato l'ATS.

Le tesi originaliste hanno guadagnato consensi e così non è insolito che molte importanti sfide giuridiche siano combattute sulla punta di fioretto della storiografia, a colpi di interpretazioni e letture storiche più o meno piegate ai fini che ciascuna parte intende raggiungere. Ebbe nel 1789, ci informa la Corte già in *Sosa*, il diritto internazionale conosceva principalmente tre violazioni: (1) violazione di salvacondotto; (2) violazione dei diritti degli ambasciatori; (3) pirateria. (37) Mentre le prime due violazioni potrebbero avere luogo ovunque e, dunque, non sono significative nel mostrare l'intento del Congresso, qualche ostacolo è posto dal riferimento alla pirateria, fenomeno che per sua natura ha luogo in mare aperto, ossia in una sfera extraterritoriale. (38) La Corte supera agevolmente - seppur non elegantemente - la

contraddizione sostenendo che, da un lato, "[a]pplying U.S. law to pirates (...) 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", poiché i pirati sono sempre stati considerati *hostis humani generis* e dunque la repressione della pirateria, in linea di principio, non danneggia gli interessi di alcun altro Stato sovrano; (39) e dall'altro che, in fondo, la pirateria potrebbe costituire una categoria a sé, un'eccezione extraterritoriale all'ordinario limite territoriale di applicazione dell'ATS. (40) Il *Chief Justice* si rende conto, e non potrebbe essere altrimenti, del *non sequitur* nel quale incorre il proprio ragionamento, ma pare sorvolare sul suo impatto analitico/concettuale.

Appare ormai chiaro che Roberts CJ ha già formulato le proprie conclusioni e non stupisce che neanche l'analisi dello scopo dell'ATS possa spostare il baricentro della decisione. La Corte chiarisce che "there is no indication that the ATS was passed to make the United States - una nascente e fragile federazione - a uniquely hospitable forum for the enforcement of international norms", (41) né di rendere i giudici americani gendarmi del mondo intero, specialmente laddove, secondo i *Justices*, nessun altro Stato si è mai arrogato una tale prerogativa. Il vero scopo dell'ATS nel 1789 sarebbe stato un altro, opposto alla maniera in cui, dagli anni '80 del secolo scorso, è stato utilizzato: permettere agli stranieri presenti negli Stati Uniti di adire le corti americane per *tort* commessi negli USA in un momento in cui tale possibilità non era scontata, al fine di evitare le frizioni che sarebbero potute sorgere con nazioni estere in casi di denegata giustizia. (42)

Infine, la Corte offre anche una giustificazione politica per il proprio orientamento, dato che "accepting petitioners' view would imply that other nations, also applying the law of nations, could hale our citizens into their courts for alleged violations of the law of nations occurring in the United States, or anywhere else in the case. The presumption against extraterritoriality guards against our courts triggering such serious foreign policy consequences, and instead defers such decisions, quite appropriately, to the political branches". (43)

Esaurita l'indagine ermeneutica, la decisione è scontata: l'ATS non ha estensione extraterritoriale e non si applica nel caso di una fattispecie come quella in *Kiobel* do-

(34) *Kiobel*, 133 S.Ct., 1665.

(35) *Ibidem*.

(36) Per un'interessante analisi del contesto storico e della *ratio* che circonda l'approvazione dell'ATS, v. Burley, *The Alien Tort Statute and the Judiciary Act of 1789: A Badge of Honor*, 83 *AJIL* 461 (1989). Il noto Judge Friendly l'aveva a suo tempo definito un "legal Lohengrin", poiché "although it has been with us since the first Judiciary Act (...) no one seems to know whence it came". *IIT v. Vencap, Ltd.*, 519 F.2d 1001, 1015 (2d Cir. 1975).

(37) Secondo *Sosa* "federal courts should not recognize claims under federal common law for violations of any international law norm with less definite content and acceptance among civilized nations than the 18th-century paradigms familiar when §1350 was enacted". *Sosa*, 542 a 732.

(38) Anche se recentemente più di un giudice negli Stati Uniti ha punito degli individui per pirateria (*rectius* complicità in pirateria) commessa sulla terra ferma, nonostante che gli individui in questione

non avessero mai messo piede su una nave. V., ad es., i post di Guilfoyle su EJIL:Talk! agli indirizzi <http://www.ejiltalk.org/committing-piracy-on-dry-land-liability-for-facilitating-piracy> e <http://www.ejiltalk.org/piracy-on-dry-land-now-with-added-case-law/> (ultimo accesso 21 settembre 2013).

(39) Ha buon gioco il Giudice Breyer nella sua *concurring opinion* a criticare l'impostazione della maggioranza notando come gli atti di pirateria in acque internazionali si verificano in realtà su delle imbarcazioni che, in base al diritto internazionale, devono essere considerate come estensioni della giurisdizione territoriale dello Stato di bandiera. V. *Kiobel*, 133 S.Ct., 1672.

(40) *Kiobel*, 133 S.Ct., 1667: "pirates may well be a category unto themselves".

(41) *Ivi*, 1668

(42) *Ibidem*.

(43) *Kiobel*, 133 S.Ct., 1669.

ve tutti gli elementi della condotta incriminata hanno avuto luogo all'estero. Ne consegue che il giudice federale è sprovvisto di giurisdizione e la domanda degli attori è respinta.

Il paragrafo di chiusura - che non assume efficacia di precedente vincolante in quanto *obiter dictum* - lascia il lettore con un'affermazione sibillina. Roberts vi affronta, in via ipotetica, il nodo problematico di quali tipi di controversie non interamente extraterritoriali potrebbero in futuro essere oggetto di un'azione basata sull'ATS. Apparentemente non basterebbe una tenue connessione tra l'azione e il territorio degli Stati Uniti per aversi giurisdizione secondo l'ATS, ma occorrerebbe un legame qualificato: "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" afferma Roberts, specificando anche che la mera presenza di una società negli USA non sarebbe di per sé sufficiente. (44)

Quale sia l'esatto significato del sintagma "touch and concern" non è dato sapere. La ricostruzione che la maggioranza opera circa l'applicazione extraterritoriale dell'ATS pare essere la seguente. Nel caso in cui tutti gli elementi di una fattispecie (attori, convenuti, condotta, luogo dell'evento e danno) siano estranei agli USA (c.d. *f-cubed action*), l'ATS non si applica e le corti federali non hanno giurisdizione. Ove la condotta si sia verificata negli USA, non ci sono dubbi che sussista giurisdizione secondo l'ATS. (45) Nella zona grigia intermedia che si ottiene combinando le caratteristiche dei *claim* per immaginare delle fattispecie miste con elementi domestici ed elementi stranieri, occorrerebbe imbarcarsi nella complessa operazione ermeneutica di determinare se il *claim*, al di là di una mera presenza del convenuto negli USA, "touch and concern" il territorio degli Stati Uniti. Una tale impostazione pare recuperare, nell'ultimo istante utile per farlo, qualche vestigia di quella *effects doctrine* che consente di applicare la legge americana extraterritorialmente e che già era stata oggetto di aspre critiche da parte di alcuni membri della stessa Corte. (46) In ogni caso i confini di applicazione della *presumption* sono così incerti e la conseguente libertà del giudice nell'utilizzo della presunzione e nell'interpretazione dell'intento del Congresso talmente ampia che la *presumption* finisce per avvicinarsi più al mero arbitrio che ad un reale esercizio ermeneutico. (47)

#### 4. La cautela di Kennedy e la delusione di Alito

(44) *Ibidem*.

(45) E probabilmente sulla base di numerose altre disposizioni.

(46) V. *supra* la nt. 28.

(47) Sulla stessa linea di pensiero anche Brilmayer, *New Extraterritoriality: Morrison v. National Australia Bank, Legislative Supremacy, and the Presumption against Extraterritorial Application of American Law*, 40 *Sw. L. Rev.* 655 (2010-11), 656, 660, 667-670, commentando il precedente *Morrison*. Pare quantomeno ironica la critica che Scalia aveva rivolto alla Corte d'Appello per il Secondo Circuito in *Morrison* e ai suoi *effects* e *conduct* test, "The results of judicial-speculation-made-law-divining what Congress would have wanted if it had thought of the situation before the court-demonstrate the wisdom of the presumption against extraterritoriality. Rather than guess anew in each case, we apply the presumption in all cases, preserving a stable

L'ultimo paragrafo suscita più interrogativi di quanti ne risponda, sottolinea il *Justice Kennedy*. Pur aderendo al ragionamento del Presidente della Corte, Kennedy sente la necessità di non chiudere totalmente la porta dell'ATS, siglando un breve *addendum* all'opinione di maggioranza e affermando che a suo avviso potranno esservi casi non coperti dal *reasoning* di *Kiobel* o da altre leggi americane, quale il TVPA, (48) che richiederanno un supplemento di analisi e spiegazioni da parte della Corte. Anche qui assistiamo ad affermazioni delle quali è difficile misurare la portata, ma, data l'importanza del loro autore nel determinare, volta volta, le maggioranze della Corte, l'opinione del giudice non deve essere sottovalutata. Dell'incertezze sollevate dall'ultimo paragrafo se ne rendono conto anche i *Justices* Alito e Thomas che, pur partecipando alla maggioranza, vorrebbero una decisione più netta e restrittiva. *Kiobel*, sostiene Alito, lascia molte domande senza risposta e in particolare non spiega cosa s'intenda per "touch and concern". Alito offre la sua, personale, interpretazione. Perché vi sia un nesso con il territorio americano, occorre che la porzione di condotta che ha avuto luogo negli Stati Uniti sia sufficiente, da sola, a violare la norma di diritto internazionale, norma che deve soddisfare i requisiti di definitività e accettazione espressi in *Sosa*.

#### 5. La *concurring opinion* di Breyer critica efficacemente la maggioranza e propone un'interessante alternativa

Come già accennato, quattro dei nove giudici, Breyer (estensore dell'opinione), Ginsburg, Sotomayor e Kagan cristallizzano una *concurring opinion* che, pur condividendo il risultato della decisione, suona quale vero e proprio *dissent*, non risparmiando un'aspra critica alla maggioranza. "I agree with the Court's conclusion but not with its reasoning" recita l'incipit.

Secondo Breyer, che basa la propria opinione sul precedente in *Sosa*, invece di imbarcarsi in un incerto esercizio di divinazione della volontà del Congresso, i giudici federali dovrebbero semplicemente chiedersi "Who are today's pirates?", (49) poiché è nei confronti di tali soggetti che il giudice federale sarebbe fornito di giurisdizione in virtù dell'ATS. Il Giudice critica sia l'applicazione della *presumption* all'ATS che il risultato raggiunto dalla maggioranza, concludendo che "the Court's reasoning (...) fails to provide significant support for the use of any presumption against extraterritoriality; rather, it suggests the contrary". (50) Quanto all'intento mostrato dal

background against which Congress can legislate with predictable effects". *Morrison*, 130 S.Ct., 2881.

(48) Torture Victim Protection Act (1991), inserito nel United States Code come nota all'ATS. Il TVPA stabilisce che "An individual who, under actual or apparent authority, or color of law, of any foreign nation (1) subjects an individual to torture shall, in a civil action, be liable for damages to that individual; or "(2) subjects an individual to extrajudicial killing shall, in a civil action, be liable for damages to the individual's legal representative, or to any person who may be a claimant in an action for wrongful death". V. Apostolova, *The Relationship between the Alien Tort Statute and the Torture Victim Protection Act*, 28 *Berkeley J. Int'l L.* 640 (2010).

(49) *Kiobel*, 133 S.Ct., 1671.

(50) *Ivi*, 1673.

potere legislativo, Breyer nota efficacemente che se a questo deve proprio guardarsi, ebbene il Congresso, nei trent'anni di rinnovata attività dell'ATS, non ha mai cercato di limitarne la portata, ma anzi "has enacted other statutes, and not only criminal statutes, that allow the United States to prosecute (or allow victims to obtain damages from) foreign persons who injure foreign victims by committing abroad torture, genocide, and other heinous acts". (51)

Nonostante che la *concurring opinion* si mostri assai critica del ragionamento svolto dalla maggioranza, ciò non deve indurre a ritenere che Breyer auspichi un'indiscriminata dilatazione della giurisdizione basata sull'ATS. I limiti di applicazione della normativa dovrebbero però essere collegati all'analisi circa l'esistenza o meno di un "distinct American interests" nel caso considerato. (52) La grande distanza che lo separa da Roberts, poi, non risiede solo nel porre l'accento sull'*interest* e non sul *territory*, ma soprattutto nel considerare come "Nation's interest" l'aspirazione a non diventare "a safe harbor for violators of the most fundamental international norms", circostanza che giustifica l'esercizio del potere del giudice federale per soddisfare "the statute's basic purposes - in particular that of compensating those who have suffered harm at the hands of, e.g., torturers or other modern pirates. Nothing in the statute or its history - concludes the *Justice* - suggests that our courts should turn a blind eye to the plight of victims in that handful of heinous actions".

La soluzione del quesito interpretativo andrebbe quindi trovata in una (ri)lettura dell'ATS che ne sancisca l'applicazione in tre ipotesi: (1) quando la violazione del diritto internazionale ha avuto luogo sul suolo americano; (2) quando il convenuto ha nazionalità americana; (3) quando, altrimenti, la condotta del convenuto viola un importante interesse statunitense tra i quali - e qui sta il cuore del ragionamento di Breyer - impedire che gli Stati Uniti diventino un porto franco e un rifugio per gli autori di crimini spregevoli, novelli *hostis humani generis*, "enemy of all mankind".

Quanto al pericolo d'interferenze con gli interessi di altri Stati e con le prerogative degli altri poteri federali, Breyer sottolinea che il giudice americano è già in possesso di altri mezzi per attuare il *self restraint*, effettuando una selezione caso per caso, senza dover ricorrere ad un indiscriminato uso della *presumption against extraterritoriality*. Tali strumenti vanno dal richiedere il preventivo esaurimento delle vie giudiziarie del luogo nel quale si è verificata la violazione, all'utilizzo delle dottrine della *comity* (53) e del *forum non conveniens*, (54) fino alla pos-

sibilità di chiedere all'Esecutivo un'opinione circa la potenziale interferenza di una particolare azione con gli interessi americani.

I sentieri logico-interpretativi seguiti da Breyer e da Roberts, e la lettura che ciascuno fornisce dello *statute* e dei suoi limiti, sono, dunque, assai distanti. Il dispositivo, tuttavia, coincide. Anche per Breyer, infatti, il caso di Esther Kiobel non può trovare ascolto nelle corti federali, poiché nessun elemento della controversia presenta un, pur tenue, legame con il territorio statunitense e la sola esistenza di un ufficio newyorchese della convenuta è considerato troppo poco per rischiare di rendere gli Stati Uniti un "safe harbor" dei pirati moderni.

Sebbene il ragionamento svolto da Breyer e la soluzione proposta appaiano sorretti da un apparato giuridico-argomentativo più efficace, nonché più attento alle specificità della *human rights litigation*, rispetto a quello adottato dall'opinione della maggioranza, questi tuttavia non riescono nell'intento di convincere un quinto collega e, pertanto, sono destinati - almeno per il momento - a rimanere quale autorevole occasione persa sulla quale misurare la forza o la debolezza delle argomentazioni di Roberts.

## 6. Una recente tendenza della Corte Suprema nel limitare la giurisdizione delle proprie corti e la delicata situazione della *human rights litigation*

Come accennato in apertura, *Kiobel* non rappresenta e non deve essere letto come un caso isolato, ma s'inserisce in un preciso programma della Corte Suprema teso a limitare la possibilità per attori stranieri di usufruire delle corti americane, in particolare di quelle federali. Con un'espressione di tipico acume e sintesi anglosassone, citata innumerevoli volte, Lord Denning aveva affermato "As a moth is drawn to the light, so is a litigant drawn to the United States. If he can only get his case into their courts, he stands to win a fortune". (55) E davvero la similitudine dei *plaintiff* che, attratti dallo splendore dell'*American exceptionalism*, (56) tentavano con ogni mezzo possibile la via giudiziaria americana (magari per ottenere un *settlement* milionario) ha costituito per decenni un sicuro *topos* di qualsiasi scritto organico in materia di *international litigation*. Ebbene, se la luce che attirava le farfalle (poiché la pedissequa traduzione falena non eguaglia in eleganza *moth*) era la prospettiva di utilizzare gli strumenti processuali e culturali statunitensi per vincere una fortuna, dobbiamo prendere atto che, per la consapevole opera della *Supreme Court*, la fiammella della lanterna è stata via via resa più fioca e schermata, sino ad emettere ormai un pallido bagliore. (57)

(51) *Kiobel*, 133 S.Ct., 1677.

(52) *Ivi*, 1674.

(53) La *comity*, nella sua versione internazionale, impone al giudice americano di tenere in considerazione gli interessi e le leggi di altri paesi e di deferirvi quando questi appaiano prevalenti rispetto all'interesse americano di decidere o applicare il proprio diritto alla controversia. V., ad es., Ramsey, *Escaping "International Comity"*, 83 *Iowa L. Rev.* 893 (1997-1998) e la celebre decisione *Hilton v. Guyot*, 159 U.S. 113 (1895).

(54) La dottrina consente al giudice americano di operare una valutazione discrezionale circa l'opportunità di litigare la causa negli Stati Uniti, quando esiste un altro foro che appare più appropriato, e di

sospendere o rigettare l'azione in favore di tale foro. V. Weintraub, *International Litigation and Forum Non Conveniens*, 29 *Tex. Int'l L.J.* 321 (1994); Reus, *Judicial Discretion: A Comparative View on the Doctrine of Forum Non Conveniens in the United States, the United Kingdom, and Germany*, 16 *Loy. L.A. Int'l & Comp. L.J.* 455, (1993-1994); Born & Rutledge, *International Civil Litigation in United States Courts* 522-539 (4th ed., 2007).

(55) *Smith Kline & French Lab Ltd. v. Block*, [1983] 1 W.L.R. 730, at 730.

(56) Chase, *American "Exceptionalism" and Comparative Procedure*, 50 *AJCL* 277 (2002).

(57) Ci riferiamo qui non solo alla linea di casi che, come *Kiobel*,

Questa tendenza conferma anche la dichiarata intenzione della Corte Suprema di spogliare il giudice americano della funzione di gendarme universale o *custos morum* che aveva in qualche modo assunto nelle seconda metà del secolo scorso e di chiudere le porte ad attori stranieri e a controversie che poco o nulla hanno a che fare con gli interessi statunitensi. La maggioranza della Corte in *Kiobel*, tuttavia, non può certo definirsi relativista, né tantomeno timida: le ragioni per le quali chiude scientemente le porte delle aule di giustizia americane all'estero o alle influenze che da lì possono derivare hanno poco di pluralista e molto di un certo nazionalismo isolazionista. Eppure le affermazioni di principio di Roberts che sconsiglia al giudiziario americano di ergersi ad *arbiter* di tutte le contese del mondo e di trovare un limite, una misura, incontrerebbero probabilmente il consenso di quanti criticano, anche duramente, gli Stati Uniti e le sue politiche, incluse quelle relative ai diritti umani, come imperialiste e viziate da un'impostazione marcatamente unilaterale. (58) In altri termini, quale che sia la *ratio* sottostante, il risultato raggiunto, e cioè astenersi dal giudicare controversie del tutto estranee al proprio ordinamento, non è del tutto criticabile.

Nell'ambito di questa generale tendenza, occorre, però, indulgere un istante sul significato di *Kiobel*: se, con una punta di cinismo, abbiamo presentato i contorni della questione come quelli di una tensione tra la peculiarità dell'esperienza giudiziaria statunitense e l'opportunismo, talora spregiudicato, di attori e avvocati-imprenditori alla ricerca di speculazione economica, preme sottolineare come *Kiobel*, e la stirpe della quale è parte, appartengono a una categoria assai più delicata cioè al filone della *human rights litigation* e in particolare a quella schiera che persegue, per tramite di canali *iure privatorum* piuttosto che di carattere penale o pubblicistico, il fine meritevole di offrire un rimedio (pur se per un improbabile "equivalente") alle vittime di gravi crimini, qui colti nel loro profilo civilistico di illeciti aquiliani. Ricordiamolo, alla base di queste controversie vi sono vere e proprie negazioni dei diritti umani più fondamentali e atrocità che vanno dal genocidio alla tortura, dagli stupri etnici, agli omicidi mirati alla deportazione di intere popolazioni.

Sarebbe troppo complesso addentrarci qui nel delicato interrogativo se questo tipo di azioni, che monetizzano

sofferenze irripetibili, siano strumenti idonei ad offrire alle vittime un giusto *pretium doloris* (59). Potremmo affermare che la minaccia di una condanna milionaria sia un efficace strumento per disincentivare almeno i grossi gruppi multinazionali a rendersi promotori o complici di questi crimini, che la pubblicità che inevitabilmente circonda questo tipo di *litigation* sia un prezioso stimolo per una maggiore consapevolezza globale o per azioni di boicottaggio e disapprovazione provenienti dal basso, o ancora che si tratti di un'inaccettabile mercificazione della sofferenza, di un mercato governato da avvocati senza scrupoli o, infine, di un'imposizione egemonica di valori e diritti che si dicono "universali" ma che sono, in realtà, particolari e unilaterali.

Qualsiasi di queste affermazioni, se sprovvista di un adeguato apparato argomentativo-concettuale, sarebbe, e a ragione, denunciata di superficialità. Lasciamo, dunque, che il lettore plasmi autonomamente la propria opinione, limitandoci a sottolineare, però, come *Kiobel* e la *human rights litigation* in generale abbiano, senza alcun dubbio, implicazioni e significati che vanno al di là di un mero risarcimento economico, e che la similitudine della farfalla attratta dalla luce deve essere qui, almeno parzialmente, corretta: ché il *plaintiff* non cerca solo una fortuna personale, ma anche, e talvolta esclusivamente, una risposta ai torti subiti e limitare questo tipo di azioni nelle corti americane ha ripercussioni - nel bene o nel male - sull'efficacia e la ricchezza di strumenti che le vittime di questi crimini possono utilizzare in chiave repressiva e preventiva contro gli autori. In fondo, quando le porte delle aule giudiziarie vengono chiuse alle vittime di crimini orrendi, la questione non può non assumere aspetti di maggiore complessità, sia per l'imperativo morale che spinge a dare risposta a chi troppo ha sofferto, sia per il benefico effetto di deterrenza nei confronti, in particolare, dei comportamenti delle *corporation* nei paesi in via di sviluppo, sia - infine - per un certo espandersi di nozioni di giurisdizione universale (ma soprattutto penale e non civile) che, dalla sola pirateria, si vanno lentamente estendendo al campo dei diritti umani. (60)

## 7. Conclusione

Non è agevole valutare la portata di *Kiobel* relativamente al futuro della *human rights litigation* statunitense.

limitano l'applicabilità della legge americana a situazioni straniere, ma anche alle decisioni in punto di giurisdizione, tra le quali *Goodyear Dunlop Tires Operations, S. A. v. Brown*, 564 U.S. (2011) e *J. McIntyre Machinery v. Nicastro*, 564 U.S. (2011), e le decisioni che hanno limitato la partecipazione di attori stranieri a *class action* americane, come *F. Hoffmann-La Roche Ltd. V. Empagran S.A.*, 542 U.S. 155 (2004), sulla quale si v. Palmieri, *Tribunale mondiale antitrust a Washington?*, *Int'l lis*, 2003, 717 e ss e Negri, *Antitrust: tracciati i limiti ai poteri del Congresso e delle corti statunitensi, quanto alla jurisdiction to prescribe ed alla jurisdiction to adjudicate*, *Int'l lis*, 2004, 1029 e ss. Si v. anche, come esempio tra tanti, il *dismissal* degli investitori francesi nella *class action* proposta contro *Vivendi*, all'indomani della decisione in *Morrison*. In *Re Vivendi Universal, S.A.*, Sec. Lit., No. 02 civ 05571 (RJH) (HPB) (S.D.N.Y. Feb 17, 2011). Non s'inganni il lettore, l'apparato è ancora lì, pronto a spiegare il suo mistico potere per coloro che siano avventurosi e astuti in misura sufficiente da far breccia nella palizzata erta, in via squisitamente giudiziaria, in quest'ultimo decennio. Solo che il *plaintiff*, e qui ci riferiamo solo all'attore straniero, al

cercatore d'oro giunto negli States, dovrà superare una serie di difficili prove per poter aspirare ad essere ammesso alla fonte della ricchezza.

(58) V., ad esempio, Tomuschat, *State Responsibility and the Individual*, Radelshofer-Tomuschat ed., 1999, 18, il quale afferma critico: "a world of self-appointed Human rights vigilantes is (...) more a trauma than a vision of paradise".

(59) Per una risposta positiva al quesito con riguardo alle azioni nei confronti di Stati o di organi di questi resisi colpevoli di torture v. Consolo, *Jus cogens e rationes dell'immunità giurisdizionale civile degli Stati esteri e loro funzionari: tortuosità finemente argomentative (inglesi) in materia di "tortura governativa" (saudita)*, in *Il diritto processuale civile nell'avvicinamento giuridico internazionale*, Omaggio ad Aldo Attardi, Padova 2009, 319 s.

(60) *Kiobel*, 133 S.Ct., 1675-76. V., inoltre, Paust, *Kiobel, Corporate Liability and the Extraterritorial Reach of the ATS*, 53 Va. J. Int'l L. Digest 18 (2012); Donovan e Roberts, *The Emerging Recognition of Universal Civil Jurisdiction*, 100 AJIL 142 (2006); Boyd, *Universal Jurisdiction and Structural Reasonableness*, 40 Texas Int'l L.J. 1 (2004).

Alcuni commentatori vi leggono la fine di questo tipo di contenzioso nelle corti federali americane, mentre altri suggeriscono cautela nell'estendere la portata della decisione troppo oltre i confini della fattispecie concreta dalla quale ha avuto origine. Senza dubbio la decisione della Corte Suprema è stata salutata con gioia dai grandi gruppi industriali multinazionali e con mestizia, ma non rassegnazione, dai sostenitori dei diritti umani e certo può essere interpretata come una sconfitta per coloro che ritenevano l'ATS un efficace disincentivo per le violazioni dei diritti umani commesse in giro per il mondo. Non si tratta, però, di una sconfitta totale. Da un lato le ambiguità dell'opinione di maggioranza, la sua intrinseca debolezza, gli spiragli indicati da Kennedy e i molti inter-

rogativi lasciati aperti, rendono probabile che le vittime di questi crimini continueranno a dare battaglia nelle corti federali. (61) Dall'altro vi è chi ha correttamente sottolineato come per una porta che si chiude a livello federale, se ne potrebbero aprire varie a livello dei singoli Stati americani, pur con esito incerto. (62) Non è escluso, infine, che la recente chiusura delle corti federali americane possa avere il benefico effetto di riproporre con maggior forza e necessità storica un dibattito internazionale sui diritti umani che coinvolga una folta schiera di attori non limitata all'asse occidentale, ma estesa ai quattro angoli del globo. (63)

Giacomo Pailli, *Dottore di ricerca Univ. Firenze*

(61) Le prime decisioni emesse all'indomani di *Kiobel* sembrano, però, adottare una lettura rigida degli insegnamenti della Corte, ritenendo insufficiente la nazionalità americana del convenuto e respingendo qualsiasi azione nella quale almeno una parte della condotta abbia avuto luogo negli Stati Uniti. Cfr. *Balintulo v. Daimler AG*, 09-2778-cv(L) (2d Cir., 21 agosto 2013). Non mancano decisioni più favorevoli, v. <http://opiniojuris.org/2013/09/23/lower-courts-narrowly-interpret-kiobel/> (ultimo accesso 23 settembre 2013).

(62) V. Whytock, Childress, Ramsey, *Foreword: After Kiobel – International Human Rights Litigation in State Courts and Under State Law*, 3 U.C. Irvine L. Rev. 1 (2013) e in generale il *symposium* sul tema alle pagine seguenti. Ricordiamo qui che l'ATS è una norma federale che ha l'unico effetto di fornire di giurisdizione (c.d. *subject-matter jurisdiction*) il giudice federale per le azioni di risarcimento promosse da attori

stranieri contro violazioni del diritto internazionale consuetudinario. *Kiobel*, dunque, ha efficacia solo nei confronti delle corti federali. Al contrario le corti statali, che hanno una *subject-matter jurisdiction* tendenzialmente generale, non necessitano dell'ATS per poter esercitare il proprio potere sulle controversie in parola. Questo, naturalmente, non limita l'operare degli altri limiti, da quelli giurisdizionali a quelli basati su valutazioni discrezionali da parte del giudice.

(63) V. Goldhaber, *Corporate Human Rights Litigation in Non-U.S. Courts: A Comparative Scorecard*, 3 UC Irvine L. Rev. 127 (2013). V. anche l'opinione di Bellinger, *Enforcing Human Rights in U.S. Courts and Abroad: The Alien Tort Statute and Other Approaches*, 42 Vanderbilt J. Trans'n'l L. 1 (2009), 13-14, consigliere del *Secretary of State* sotto la presidenza di George W. Bush.

## ELENCO ABBREVIAZIONI OPERE

BEAUMONT	BEAUMONT, Anton & <i>Beaumont's Civil Jurisdiction in Scotland, Brussels and Lugano Conventions</i> , 2 <sup>nd</sup> ed., Edinburgh, 1995.	DONZALLAZ	<i>La Convention de Lugano concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale</i> , Bern, 1997
BATIFFOL L.	BATIFFOL, LAGARDE, <i>Droit international privé</i> , 7 <sup>e</sup> éd., Paris, 1983.	DROZ	DROZ, <i>Compétence judiciaire et effets des jugements dans le Marché Commun (Etude de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968)</i> , Paris, 1972.
BRIGGS-REES	BRIGGS-REES, <i>Civil Jurisdiction and Judgments</i> , 3 <sup>rd</sup> ed., London - Hong Kong, 2002.	GAUDEMET-T.	GAUDEMET-TALLON, <i>Compétence et exécution des jugements en Europe</i> , 3 <sup>ème</sup> éd., Paris, 2002.
BÜLOW B.	BÜLOW, BÖCKSTIEGEL, <i>Erläuterungen zu dem Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen</i> , München, 1977.	GEIMER	GEIMER, <i>Internationales Zivilprozessrecht</i> , Köln, 4 <sup>a</sup> ed., 2001.
CALVO C.	CALVO CARAVACA (a cura di), <i>Comentario al Convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial y a la ejecucion de resoluciones judiciales en materia civil y mercantile</i> , Madrid, 1995.	GEIMER SCH.	GEIMER - SCHÜTZE, <i>Europäisches Zivilverfahrensrecht. Kommentar zum EuGVÜ und Lugano Übereinkommen</i> , München, 1997.
Capo Rizzuto	SALERNO (a cura di), <i>Convenzioni internazionali e legge di riforma del diritto internazionale privato. Atti del Convegno di Studi organizzato dall'Università di Reggio Calabria. Crotono-Isola di Capo Rizzuto 30-31 maggio 1996</i> , Padova, 1997.	GOTTWALD	GOTTWALD, in <i>Münchener Kommentar zur ZPO</i> , 2 <sup>^</sup> ed., III, a cura di LÜKE e WALCHHÖFER, München, 2001.
CARBONE	CARBONE, <i>Il nuovo spazio giudiziario europeo. Le Convenzioni di Bruxelles e di Lugano</i> , 4 <sup>a</sup> ed., Torino, 2002.	ED	<i>Enciclopedia del diritto</i>
COLLINS	COLLINS, <i>The Civil Jurisdiction and Judgments Act 1982</i> , London, 1983.	EGI	<i>Enciclopedia Giuridica Italiana</i>
Comm. Allorio	ALLORIO (a cura di), <i>Commentario al codice di procedura civile</i> ; libro I, tomo 1, Artt. 1-68, Torino, 1973; libro I, tomo 2, Artt. 69-162, Torino, 1973; libro II, Artt. 163-190, Torino, 1980.	EGT	<i>Enciclopedia Giuridica Treccani</i>
Comm. Consolo-Luiso	CONSOLO-LUIISO (a cura di), <i>Codice di procedura civile commentato</i> , Milano, 2000.	HARTLEY	HARTLEY, <i>Civil Jurisdiction and Judgments</i> , London, 1984
Comm. Pocar	POCAR-TREVES-CARBONE-GIARDINA-LUZZATTO-MOSCONI-CLERICI (a cura di), <i>Commentario del nuovo diritto internazionale privato</i> , Padova, 1996.	KAYE	KAYE, <i>Civil Jurisdiction and Enforcement of Foreign Judgments</i> , Abingdon, 1987.
Comm. Bariatti	BARIATTI (a cura di), <i>Commentario alla L. 31 maggio 1995 n. 218</i> , in NLCC, 1996, 877-1505.	KAYE Law	KAYE, <i>Law of the European Judgments Convention</i> , 5 vol., Chichester, 1999.
Comm. S. B.	SCIALOJA-BRANCA, <i>Commentario al codice civile</i> .	KENNETT	KENNETT, <i>Enforcement of Judgments in Europe</i> , Oxford, 2000.
CONSOLO	CONSOLO, <i>Nuovi problemi di diritto processuale civile internazionale</i> , Milano, 2002.	KROPHOLLER	KROPHOLLER, <i>Europäisches Zivilprozessrecht. Kommentar zum EuGVÜ und Lugano-Übereinkommen</i> , 7 Aufl., Heidelberg, 2002.
DE CRISTOFARO	DE CRISTOFARO, <i>Il foro delle obbligazioni</i> , Torino, 1999.	LINKE	LINKE, <i>Internationales Zivilprozessrecht</i> , Köln, 1995.
DICEY M.	COLLINS (under the general editorship of), <i>Dicey and Morris on the Conflict of Laws</i> , 13 <sup>th</sup> ed., London, 2000.	LOWENFELD	LOWENFELD, <i>International Litigation and the Quest for Reasonableness</i> , Oxford, 1996.
Dig pubbl	<i>Digesto delle discipline pubblicistiche</i>	MARI	MARI, <i>Il diritto processuale civile della Convenzione di Bruxelles, I, Il sistema della competenza</i> , Padova, 1999.
Dig IV civ	<i>Digesto delle discipline privatistiche - sez. civile</i>	MORELLI	MORELLI, <i>Diritto processuale civile internazionale</i> , 2 <sup>a</sup> ed., Padova, 1954.
Dig IV comm	<i>Digesto delle discipline privatistiche - sez. commerciale</i>	NDI	<i>Nuovo Digesto Italiano</i>
		NSDI	<i>Novissimo Digesto Italiano</i>
		O'MALLEY L.	O'MALLEY, LAYTON, <i>European Civil Practice</i> , London, 1990.
		POCAR	POCAR (a cura di), <i>La Convenzione di Bruxelles sulla giurisdizione e l'esecuzione delle sentenze</i> , 3 <sup>a</sup> ed., Milano, 1995.
		SALERNO	SALERNO, <i>Giurisdizione ed efficacia delle decisioni straniere nel Regolamento (CE) n. 44/2001</i> , 2 <sup>a</sup> ed., Padova, 2003.
		SCHACK	SCHACK, <i>Internationales Zivilverfahrensrecht</i> , 3 Aufl., München, 2002.
		SCHLOSSER	SCHLOSSER, <i>EU-Zivilprozessrecht. Kommentar</i> , 2 Aufl., München, 2003.





# OPAC SBN

Catalogo del Servizio Bibliotecario Nazionale

Ricerca: Tutti i campi = int'l lis (parole in AND)

Scheda: 3/6

Livello bibliografico Periodico

Tipo documento Testo

Titolo **Int'l Lis : supplemento di documentazione e discussione sul diritto giudiziario transnazionale**

Numerazione A. 1, n. 1 (inverno 2001/2002)-anno 14, 3/4 (inverno 2016/2017)

Pubblicazione Milano : Ipsoa, 2002-2016

Descrizione fisica 16 volumi ; 30 cm

Note generali · Trimestrale

· Poi complemento del titolo: Corriere trimestrale della litigation internazionale

Numeri · [ISSN] 1594-7955

· [ACNP] P 00231275

· [BNI] 2002-116S

Supplemento di · Il Corriere giuridico : mensile di informatica, attualità, opinione

Classificazione Dewey · 341.78005 (21.) COOPERAZIONE GIUDIZIARIA INTERNAZIONALE. Pubblicazioni in serie

Lingua di pubblicazione ITALIANO

Paese di pubblicazione ITALIA

Codice identificativo IT\CCU\PAR\0587161

Le caselle contrassegnano biblioteche registrate come fornitrici nel servizio ILL SBN

## Dove si trova

B00280 UBOLE Biblioteca dell'Assemblea legislativa della Regione Emilia-Romagna - Bologna - BO - [consistenza] 2002-2009; lac 2006;

B00441 UBODG Biblioteca del Dipartimento di Sociologia e Diritto dell'Economia- Sede San Giacomo 3 - Alma Mater Studiorum - Università di Bologna - Bologna - BO - [consistenza] 2001-