

Noah Vardi

*Risarcire i torti del passato: il tramonto di un modello transeunte?*

*1. L'illecito 'storico': fattispecie pretoria dai contorni sfumati*

L'emersione del concetto di 'illecito' storico risarcibile attraverso i meccanismi della giustizia civile si deve alla cronaca giudiziaria recente di diversi ordinamenti, in particolare di quello statunitense.

La vocazione del foro statunitense, nel solco della tradizione dell'«adversarial legalism»<sup>1</sup>, di fungere da teatro per la giuridificazione – nello specifico attraverso la riconduzione all'istituto del 'tort' – di illeciti di varia natura (spesso compiuti fuori dal territorio americano e in tempi ampiamente superati dalla prescrizione) con successiva liquidazione attraverso lo strumento risarcitorio è ben nota, per quanto nei suoi ultimi sviluppi abbia subito una rilevante battuta di arresto<sup>2</sup>.

Il recentissimo 'revirement' attuato dalla Corte suprema federale, in aggiunta ad alcune altre considerazioni di ordine generale, induce a chiedersi se tale modello, che pure ha proliferato per quasi un trentennio, debba considerarsi un'esperienza esaurita, oppure sia ancora proponibile per fattispecie future.

Il termine 'illecito storico' rinvia ad un concetto che a differenza di altre locuzioni cui corrispondono istituti disciplinati dalla legge o riconosciuti in via pretoria, non trova un'univoca identificazione nell'esperienza empirica. Il carattere fluido della fattispecie pone interrogativi circa un suo effettivo consolidamento ed una potenziale ulteriore circolazione, ovvero se sia da considerare come un esperimento transitorio e tendenzialmente concluso.

Nonostante l'attribuzione di determinati accadimenti fattuali alla categoria di 'illeciti', la loro conseguente 'giustiziabilità' (insita nel riconoscimento stesso di tale qualifica da parte di un ordinamento) è possibile solo

<sup>1</sup> Per tutti, cfr. M. DAMASKA, *The Faces of Justice and State Authority*, New Haven 1986; R.A. KAGAN, *Adversarial Legalism. The American Way of Law*, Cambridge, MA 2003.

<sup>2</sup> Il riferimento è alla sentenza *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.*, 133 S.Ct. 1659 (2013).

attraverso qualche forzatura dell'istituto risarcitorio. Da una parte sono diversi gli ostacoli che rendono tali illeciti non azionabili (tra cui vanno ricordati istituti processuali quali la prescrizione, o istituti di diritto internazionale quale l'immunità e la sovranità degli Stati, o ancora i termini contenuti negli accordi post-bellici).

Dall'altra, la contraddizione si rinviene nella stessa qualificazione della fattispecie illecita come 'storica'; aggettivazione che ne estende la portata e la denota socialmente secondo dei parametri ricorrenti extra-giuridici, ma al tempo stesso costituisce il maggior ostacolo a rendere azionabile il meccanismo processuale risarcitorio.

La qualificazione di illiceità è infatti talvolta attribuita *ex post*, in assenza dell'elemento dell'antigiuridicità degli atti o fatti all'origine del 'danno', trattandosi spesso di atti compiuti nel rispetto di una legge che le autorizzava. Il caso delle riparazioni per i danni conseguenti alla implementazione di leggi razziali in diversi ordinamenti durante il Secondo conflitto mondiale costituisce uno degli esempi più significativi.

Quanto alle fattispecie che si riconducono alla nozione di 'illeciti storici', in assenza di un dettato normativo che le qualifichi, queste si devono trarre dalle caratteristiche comuni derivanti dall'osservazione empirica.

Si nota quindi innanzitutto che la nozione di illecito storico si affianca sempre alla questione della possibile risarcibilità delle 'ingiustizie storiche', all'interno di quel più ampio fenomeno di cosiddetta 'giuridificazione del passato' che trova attuazione in tante altre forme (tra cui basti ricordare le Commissioni di verità e riconciliazione, le riparazioni, le cosiddette leggi memoriali).

Queste sono state efficacemente ricondotte a tre grandi categorie: a) risarcimento/riparazione; b) conciliazione; c) sanzione, ponendo inoltre quesiti relativi allo strumento con il quale darvi attuazione (i.e. risarcimenti monetari, formali ammissioni di responsabilità e scuse ufficiali, ridistribuzione di terre, esecuzione di pene criminali e altro<sup>3</sup>).

Non sarà superfluo avvertire, come i più attenti osservatori non hanno mancato di fare, a partire dagli stessi giudici chiamati a statuire su fattispecie di questo tipo, che l'uso del termine 'risarcimento' richiede una critica presa di distanza, laddove si consideri che tale termine implica la quantomeno astratta possibilità di «compensare, e tendenzialmente di annullare, un danno ingiusto mediante una forma di ristoro soddisfattiva che può consistere in un rimedio integralmente ripristinatorio della situa-

---

<sup>3</sup> V. D. SATZ, *Countering the Wrongs of the Past: the Role of Compensation*, in M.S. WILLIAMS, R. NAGY, J. ELSTER (eds.), *Transitional Justice*, (Nomos LI) New York 2012, p. 130.

zione antecedente al fatto lesivo, ovvero in una soluzione risarcitoria per equivalenza, sulla base della differenza di valore tra bene integro e bene leso»<sup>4</sup>. È fin troppo evidente che il significato del ‘risarcimento’ per gli illeciti storici che sono arrivati nelle aule dei tribunali a vario titolo non può essere assunto nella sua ordinaria portata tecnico-giuridica ed anzi proprio il significato del ‘risarcimento’ in quanto tale è stata tra le questioni maggiormente contestate e discusse nell’esperienza giurisprudenziale non solo italiana.

L’illecito storico, infine, si riferisce ad atti o fatti temporalmente lontani, soprattutto se parametrati ai tempi della giustizia ordinaria civile (i cui termini di solito sono ampiamente superati). Si tratta inoltre quasi sempre di fattispecie di illecito di massa, costituenti al tempo stesso violazioni di diritti umani<sup>5</sup>.

## 2. Gli strumenti per la ‘riparazione’ dell’illecito storico. L’Alien Tort Statute ed il *revirement* nel caso *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum*

In considerazione dell’ingresso relativamente recente (e verosimilmente transitorio) di questi illeciti nelle aule dei tribunali, bisogna rilevare che i danni inflitti a seguito di accadimenti di questo tipo sono stati in precedenza regolati dalla politica attraverso lo strumento riparatorio, la giustizia penale, oppure utilizzando altri strumenti tipicamente pubblicistici (i.e. si pensi alle esperienze francesi ed italiane dei provvedimenti a carattere previdenziale emanati in favore delle vittime delle persecuzioni politiche e razziali durante la Seconda guerra mondiale<sup>6</sup>).

<sup>4</sup> Cfr. S. DI SALVO, *Risarcire gli Ebrei. Leggi razziali e Costituzione nelle decisioni dei giudici (1956-2008)*, in G. SPECIALE (a cura di), *Le leggi antiebraiche nell’ordinamento italiano. Razza diritto esperienze*, Bologna 2013, p. 285.

<sup>5</sup> Non a caso per alcune fattispecie si è parlato di *constitutional torts*, in cui i convenuti sono però gli Stati, imputati della violazione dei diritti costituzionali degli attori. Cfr. K. COOPER-STEPHENSON, *Theoretical Underpinnings for Reparations: A Constitutional Tort Perspective*, in 3 *Windsor Y.B. Access Just.* 4 (2003).

<sup>6</sup> Cfr. la legge n. 96 del 10 marzo 1955 «Provvidenze a favore dei perseguitati politici antifascisti o razziali e dei loro familiari superstiti» più volte modificata (cd. Legge Terracini) e le leggi francesi (leggi del 1945 e del 1948) ed austriache che hanno riconosciuto il diritto ad un indennizzo o ad una riparazione per le vittime delle persecuzioni. Leggi peraltro discusse e discutibili, la cui applicazione è stata a dir poco travagliata come testimonia una giurisprudenza corposa e spesso contrastante. Cfr. G. SPECIALE, *Il risarcimento dei perseguitati politici e razziali: l’esperienza italiana*, in G. RESTA, V.

Anche lo strumento giudiziale, quando utilizzato, presenta caratteri ibridi, ponendosi spesso al crocevia tra diversi rami del diritto (in particolare il diritto penale, il diritto internazionale e – quasi in ultima istanza – il diritto civile).

Mentre in molti ordinamenti continentali è stato privilegiato il diritto penale per punire detti crimini, l'esperienza statunitense, singolarmente, si è affidata alla giustizia civile<sup>7</sup>. Per legittimare una forma di giustiziabilità di questi illeciti presso le proprie Corti federali, gli attori dei procedimenti americani li hanno ricondotti ad uno dei tanti 'tort' tipizzati del 'common law', condizione necessaria per invocare la protezione offerta dallo strumento dell'*Alien Tort Statute*<sup>8</sup>.

È proprio la giurisprudenza avviata negli anni '80 dello scorso secolo con la famosa sentenza *Filártiga v. Peña Irala*<sup>9</sup> ad aver aperto le porte delle Corti federali statunitensi ai contenziosi riconducibili (*inter alia*) alle cosiddette 'historical injustices'. Utilizzando l'attribuzione di competenza derivante dall'*Alien Tort Statute*, il quale stabilisce testualmente che le

---

ZENO-ZENCOVICH (a cura di), *Riparare Risarcire Ricordare. Un dialogo tra storici e giuristi*, Napoli 2012; G. SPECIALE, *L'applicazione delle leggi antisemite: giudici e amministrazione (1938-2010)*, in ID. (a cura di), *Le leggi antiebraiche nell'ordinamento italiano*, cit.; G. D'AMICO, *La legge 'Terracini' e i suoi prodromi*, ivi; S. DI SALVO, *Risarcire gli Ebrei. Leggi razziali e Costituzione nelle decisioni dei giudici (1956-2008)*, cit.,

<sup>7</sup> Esempi di applicazione del criterio della cd. giurisdizione universale per stabilire la competenza di alcune corti nazionali nel processare violazioni internazionali dei diritti umani (dando avvio a procedimenti penali) possono rinvenirsi nella legge belga (*Loi du 16 juin 1993 relative à la répression des infractions graves aux Conventions internationales de Genève*) che permette alle corti belghe di processare gli autori di violazioni delle Convenzioni di Ginevra e loro protocolli, competenza poi estesa nel 1999 (*Loi du 10 février 1999*) al genocidio ed ai crimini contro l'umanità in base al principio della giurisdizione universale; similmente stabilisce il § 64 Abs. 1 del codice penale austriaco (*StGB*). Esempio di competenza basata invece sulla cd. personalità passiva è invece rinvenibile nell'art. 689-1 del codice di procedura penale francese (giurisdizione extraterritoriale quando la vittima è francese). Cfr. B. VAN SCHAACK, *In Defense of Civil Redress: The Domestic Enforcement of Human Rights Norms in the Context of the Proposed Hague Judgments Convention*, in 42 *Harv. Int'l L.J.*, 145, (2001).

<sup>8</sup> 28 U.S.C. § 1350 (2013). Cfr. A. J. SEBOK, *Taking Tort Law Seriously in the Alien Tort Statute*, in 33 *Brooklyn J. Int'l L.* 871, 2008, p. 886 e e segg. Si considerino anche le conseguenze della pronuncia della Corte suprema nel caso *Sosa v. Alvarez-Machain* (542 U.S. 692 (2004)), in cui la Corte sottolinea la necessità che gli illeciti alla base delle azioni sotto l'egida dell'*Alien Tort Statute* siano riconducibili a violazioni gravi e universalmente riconosciute del diritto internazionale. Cfr. K. ANDERSON, *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum: The Alien Tort Statute's Jurisdictional Universalism in Retreat*, in *Cato Supreme Court Review*, 2012-2013, p. 155.

<sup>9</sup> *Filártiga v. Peña Irala*, 630 F.2d 876 (2d Cir. N.Y. 1980).

Corti distrettuali avranno competenza giurisdizionale di primo grado per qualsiasi azione promossa da un cittadino straniero per un ‘*tort*’ commesso in violazione della legge delle nazioni o di un trattato firmato dagli Stati Uniti, le Corti federali hanno permesso l’instaurazione di una variegata ‘*litigation*’ caratterizzata dalla promozione di *class actions* e dalla risoluzione extragiudiziale con transazioni i cui firmatari molto spesso sono i Governi. Basti ricordare il contenzioso tra eredi e sopravvissuti all’Olocausto e le banche di diversi Stati, società di assicurazione, multinazionali, per la restituzione di quanto indebitamente percepito o sottratto alle vittime e per il risarcimento dei ‘danni’ sofferti dalle stesse<sup>10</sup>; il contenzioso tra prigionieri di guerra americani costretti ai lavori forzati in Giappone contro le industrie nipponiche<sup>11</sup> e le azioni delle cd. ‘*comfort women*’ dell’esercito nipponico<sup>12</sup> (azioni rigettate); il contenzioso tra eredi di vittime del genocidio armeno durante la Prima guerra mondiale e società di assicurazione per il mancato pagamento dei premi delle polizze sulla vita stipulate da cittadini sterminati<sup>13</sup>; il contenzioso mai veramente avviato ma di cui molto si è discusso, relativo al risarcimento da offrire agli eredi degli schiavi americani<sup>14</sup>.

Questa giurisprudenza è stata tacciata – quasi paradossalmente – di essere antistorica, in quanto promotrice di una interpretazione dell’*Alien Tort Statute* avulsa dal contesto storico in cui la norma fu redatta e attributiva di un ruolo di «guardiana di una legalità universale» (in quanto strumento di cui possono avvalersi cittadini stranieri, contro convenuti stra-

<sup>10</sup> *In re Holocaust Victim Assets Litigation*, 96 Civ. 4849 (ERK)(MDG), United States District Court for the Eastern District of New York, 105 F. Supp. 2d. 139, 2000; *Watman v. Deutsche Bank*, 98 Civ. 3938 (S.D.N.Y. filed June 3 1998); cfr. anche *D’Amato v. Deutsche Bank*, 236 F.3d 78 (2d. Cir. 2001) e *Ungaro-Benages v. Dresdner Bank AG*, No. 1:01 CV 2547 (S.D. Fla. June 18 2001); *Bodner v. Banque Paribas*, 114 F. Supp. 2d 117 (E.D.N.Y. 2000); *Mayer v. Banque Paribas*, no. BC 302226 (Cal. Super. Ct. filed Mar. 24 1999); *Iwanowa v. Ford Motor Co.*, 67 F. Supp. 2d 424, 1999; *Winters v. Assicurazioni Generali S.p.A.*, No. 98 Civ. 9186 (S.D.N.Y. filed Dec. 30 1998); *Cornell v. Assicurazioni Generali S.p.A.*, No. 97 Civ. 2262 (S.D.N.Y. filed Mar. 31 1997).

<sup>11</sup> *Levenberg v. Nippon Sharyo Ltd.* No. C-99-1554 (N.D. filed March 16, 1999) e *Jackfert v. Kawasaki Heavy Industries Ltd.*, No. CIV 99 1019 (D.N.M. filed Sept. 13 1999); poi riuniti in *In re World War II Era Japanese Forced Labor Litigation*, 114 F. Supp. 2d 939 (N.D. Cal. 2000).

<sup>12</sup> *Hwang Geum Joo v. Japan*, No. 00-CV-288 (D.D.C. filed April 27 2001).

<sup>13</sup> *Marootinan v. New York Life Ins. Co.* C.D. Cal. Filed Jan. 17 2000; *Kyurkjian, et al. v. AXA*, Case No: CV 02-01750 and *Ouzounian, et al. v. AXA*, Case No: CV 05-02596, U.S. District Court, Central District of California, filed 2002.

<sup>14</sup> Tra cui il caso *Cato v. United States* (70 F. 3d 1103 (9th Cir. 1995)); cfr. anche *In re African-Am. Slave Descendants Litig.*, 304 F. Supp. 2d 1027 (N.D. III. 2004).

nieri, per fatti avvenuti fuori dal territorio statunitense) verosimilmente assente nella *ratio* del legislatore del 1789<sup>15</sup>. La giurisprudenza delle Corti federali inferiori non aveva tuttavia mai ricevuto l'esplicito avallo della Corte suprema fino all'unica e recente causa in cui, chiamata a decidere sulla legittimità di siffatta interpretazione universalistica dell'*Alien Tort Statute*, la suprema Corte ha sconfessato l'operato dei tribunali inferiori.

Va ricordato innanzitutto che lo strumento dell'*Alien Tort Statute* prima di giungere davanti alla Corte suprema con il caso *Kiobel* è stato crescentemente utilizzato per promuovere azioni il cui contenuto si è ampliato ben oltre ipotesi di illeciti 'storici' fino a ricomprendere *class actions* aventi per oggetto non solo violazioni di diritti umani ma anche rivendicazioni contro lo sfruttamento del lavoro, il lavoro minorile, o contro danni ambientali, ed il cui punto più problematico consisteva nella legittimità di convenire le *corporations* con l'accusa di aver collaborato ('*aiding and abetting*') con gli autori dei '*torts*' di massa.

Con la pronuncia nel caso *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum* la Corte suprema invece nega che sotto l'egida dell'*Alien Tort Statute* si possano giudicare questioni in cui manchi un nesso territoriale con gli Stati Uniti (ovvero la cosiddetta applicazione extraterritoriale della norma che rinviene la competenza a giudicare casi relativi a fatti accaduti sul territorio di uno Stato estero sovrano<sup>16</sup>).

Un tentativo di limitare la portata extraterritoriale dell'*Alien Tort Statute* era già stato effettuato dalla stessa Corte per la verità con la sentenza *Sosa v. Alvarez-Machain*<sup>17</sup> in cui si stabilì che l'*Alien Tort Statute* avrebbe potuto offrire un foro per un numero limitato di violazioni del diritto internazionale che fossero specifiche, universali ed obbligatorie. La Corte in quel caso tuttavia non tracciò un confine sufficientemente netto per determinare in quali casi la giurisdizione dovesse sussistere ed anzi ebbe nell'immediato come conseguenza una tendenza da parte di tutti i potenziali attori di qualificare come 'gravi violazioni del diritto internazionale' i fatti per i quali volevano convenire potenziali convenuti ai sensi dell'*Alien*

<sup>15</sup> K. ANDERSON, *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum: The Alien Tort Statute's Jurisdictional Universalism in Retreat*, cit., p. 152 e segg.

<sup>16</sup> Il caso *Kiobel* nasce infatti da un'azione contro la compagnia petrolifera olandese Royal Dutch Petroleum Shell promossa di fronte alla Corte federale distrettuale di New York dagli eredi e congiunti di alcuni cittadini nigeriani uccisi, torturati, imprigionati o forzati in esilio dal Governo nigeriano nella regione dell'Ogoniland tra il 1992 ed il 1995; l'accusa contro la Shell è quella di essere stata complice del Governo nigeriano nella perpetrazione di questi abusi.

<sup>17</sup> 542 U.S. 692 (2004).

*Tort Statute*<sup>18</sup>.

Nella sentenza *Kiobel* non viene invece direttamente affrontata la questione relativa alla imputabilità delle *corporations* per la cooperazione anche indiretta (*aiding and abetting*) nella commissione dei *torts* riconducibili allo stesso *Alien Tort Statute*. Avendo scelto di affrontare la questione preliminare relativa alla sussistenza della giurisdizione delle corti statunitensi, ne consegue, una volta negata tale giurisdizione, che la Corte ritenga irrilevante giudicare dell'ipotetica imputabilità delle persone giuridiche.

Il verdetto di *Kiobel* pone così un fermo al rischioso proliferare di cause in cui convenute sono principalmente multinazionali il cui legame con il territorio statunitense appare fievole; inoltre - problema cui non si può che far breve cenno in questa sede - pone un freno anche alla prassi consolidatasi negli ultimi trent'anni (a partire dalla pronuncia di *Filártiga*) secondo la quale le Corti federali si sono erette a definitrici e delimitatrici di ciò che costituisce un illecito 'che viola il diritto internazionale'; ovvero la prassi di definire - teoricamente secondo lo stesso diritto internazionale - cosa costituisce un 'crimine internazionale', salvo in realtà delineare le fattispecie perseguibili ai sensi dell'*Alien Tort Statute* secondo i parametri della stessa *'common law'* (anzi addirittura della «federal common law»<sup>19</sup>).

È significativo infine, che la sentenza che ha di fatto decretato una battuta di arresto al crescente ricorso al criterio della giurisdizione universale per legittimare il moltiplicarsi di *class actions* ai sensi dell'*Alien Tort Statute*, abbia per oggetto una vicenda totalmente estranea al filone dei cosiddetti illeciti storici. A voler forse confermare che non vi sia spazio per estendere l'utilizzo dello strumento dell'*Alien Tort Statute* per fattispecie prive dell'elemento della storicità e decretare il carattere transeunte delle *'litigation'* portata avanti con sorti alterne negli ultimi decenni dello scorso secolo<sup>20</sup>.

<sup>18</sup> È stato osservato che si è innescata una sorta di «corsa a qualificare ogni comportamento come 'genocidio'»; cfr. ANDERSON, *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum*, cit., p. 156.

<sup>19</sup> Cfr. K. ANDERSON, *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum*, cit., p. 164.

<sup>20</sup> Va ricordato che in nessuno dei processi intentati si è giunti ad un giudicato; le azioni sono state per la maggior parte rigettate in quanto prive di uno o più requisiti di giurisdizione oppure, laddove un qualche fondamento era stato rinvenuto, l'*iter* si è concluso con delle transazioni extragiudiziali già nelle fasi preliminari.

### 3. *Il risarcimento civile tra questioni di idoneità, opportunità ed efficienza*

L'esercizio particolarmente estensivo del parametro della giurisdizione universale per permettere ad attori stranieri di iniziare procedimenti contro convenuti stranieri su suolo statunitense si segnala anche per un altro carattere. A differenza degli altri tentativi pur portati avanti in diversi Stati volti a perseguire criminali di guerra attraverso forzature più o meno evidenti o letture estensive sui criteri di giustiziabilità e che hanno dato inizio a processi penali, lo strumento dell'*Alien Tort Statute* si è distinto per il fatto di aver permesso di intentare cause civili, il cui esito non poteva che essere quello della richiesta di un risarcimento monetario.

Per quanto sia evidente, che anche laddove si istruiscano cause civili per tentare di offrire un 'risarcimento' agli attori, il significato dei procedimenti non sia volto esclusivamente ad ottenere delle pretese economiche, (si consideri il significato simbolico di determinati procedimenti, da cui può derivare l'ammissione di colpa), cionondimeno proprio l'utilizzo dello strumento risarcitorio come 'riparatore' non è stato scevro da discussione.

Questo è avvenuto in particolare per quanto concerne a) i profili della idoneità dello strumento in relazione ai fini preposti da chi ha intentato i procedimenti; b) i profili della opportunità (con argomentazioni di ordine morale e di teoria generale del diritto); c) ed infine sotto lo stretto profilo giuridico della 'efficienza' e del corretto utilizzo dello strumento della responsabilità civile a fini riparatori<sup>21</sup>.

Intenso dibattito è sorto, come intuibile, proprio nell'ordinamento teatro dei più significativi procedimenti risarcitori e dove, *inter alia*, il ben noto '*flood gates argument*' conseguente all'affermazione potenziale del modello risarcitorio come strumento di riparazione generalizzato per i cosiddetti '*historical injustices*' ha sollecitato riflessioni di ampio spettro.

L'analisi relativa ai quesiti di idoneità, opportunità, ed efficienza poc'anzi evidenziati non può che muovere dall'esperienza concreta. A tal fine va ricordato innanzitutto in quali fattispecie è stato concretamente utilizzato lo strumento risarcitorio monetario. Si ricordano, seppur non a titolo esaustivo, pagamenti effettuati dal Governo statunitense a favore dei cittadini nipponico-statunitensi internati durante la Seconda guerra mondiale<sup>22</sup>; pagamenti effettuati dal Governo tedesco a favore delle vittime

<sup>21</sup> Cfr. D. SATZ, *Countering the Wrongs of the Past: the Role of Compensation* in M. S. WILLIAMS, R. NAGY, J. ELSTER (eds.), *Transitional Justice*, (Nomos LI) cit.; A. VERMEULE, *Reparations as Rough Justice*, ivi; E. POSNER, A. VERMEULE, *Reparations for Slavery and Other Historical Injustices* in 103 *Columbia Law Review* 689 (2003).

<sup>22</sup> *Civil Liberties Act of 1988* (50 U.S.C. § 1989).



dell'Olocausto<sup>23</sup>; pagamenti effettuati dal Governo Ceco a favore di coloro la cui proprietà fu confiscata dal regime comunista<sup>24</sup>; pagamenti effettuati dal Governo canadese a favore degli indiani aborigeni per le forzate assimilazione dei bambini nelle scuole residenziali<sup>25</sup>.

Tali procedimenti si sono conclusi invariabilmente con delle conciliazioni extragiudiziali. I convenuti obbligati ai versamenti monetari a carattere risarcitorio sono stati assai sovente gli Stati identificati come responsabili di crimini e torti collettivi. La non perfetta coincidenza soggettiva tra parti processuali (attori e convenuti) e soggetti danneggiatori e danneggiati si riflette talvolta anche dal lato attivo, laddove gli attori sono rappresentanti di una collettività o di un popolo, oppure gli eredi delle vittime degli 'illeciti'. È stato evidenziato che per essere 'riparatoria' la giustizia per gli illeciti storici deve necessariamente essere anche 'relazionale', nel senso di tentare di riparare i rapporti morali tra vittime e perpetratori dei crimini<sup>26</sup>.

A partire da questa esperienza concreta, l'utilizzo dello strumento risarcitorio è stato definito, criticamente, come una forma di giustizia 'grezza' (*rough justice*), nella quale lo strumento della responsabilità extracontrattuale, con i suoi tipici fini disincentivanti, redistributivi ed anche sanzionatori, è difficilmente giustificabile dal punto di vista della idoneità ed ancora più (dalla prospettiva dell'analisi economica del diritto) dell'efficienza. Questa forma grezza di compensazione, 'indifendibile' secondo qualsiasi logica di giustizia, si giustificerebbe unicamente se contrapposta alla possibilità di una totale inazione, di un'assenza di qualsiasi forma riparatoria<sup>27</sup>.

Le principali obiezioni a questa forma di riparazione sono riassumibili nella considerazione per cui innanzitutto non vi è adeguatezza, dal punto di vista del *welfare*, tra il risarcimento ed il livello di benessere di cui avrebbero potuto godere gli attori ove l'illecito non vi fosse mai stato; né il mezzo monetario pare commensurabile nel confronto con i beni danneggiati dall'illecito. Vi è inoltre una discrasia tra autore dell'illecito

<sup>23</sup> Cfr. i vari Fondi istituiti dal Governo tedesco all'interno dei cc.dd. *Compensation Payment Programs* e dedicati a diverse categorie di vittime.

<sup>24</sup> Cfr. le leggi sulla «Riabilitazione giudiziaria» e sulla «Mitigazione di alcune ingiustizie relative alle proprietà» approvate nel 1990 e negli anni successivi che hanno disposto la restituzione dei beni confiscati ai privati; nonché i pagamenti decisi nel 2012 dal Governo in favore delle proprietà confiscate alla Chiesa tra il 1948 ed il 1989.

<sup>25</sup> *Indian Residential Schools Settlement Agreement* (2007).

<sup>26</sup> D. SATZ, *Countering the Wrongs of the Past: the Role of Compensation*, cit.

<sup>27</sup> A. VERMUELE, *Reparations as Rough Justice*, in M. S. WILLIAMS, et al., *Transitional Justice*, cit., pp. 151-152.

e terzo (il contribuente) chiamato a sostenerne i costi, così come tra il soggetto danneggiato (spesso deceduto) e l'attore, elemento che annulla la funzione disincentivante e sanzionatoria tipicamente ascrivibile al risarcimento civile<sup>28</sup>.

Se queste discrasie fanno parte della normale funzione di 'loss spreading' alla base delle regole sulla responsabilità aquiliana, riproporle in fattispecie in cui il carattere 'civile' dell'illecito appare quantomeno forzato ed in cui l'incertezza sulla loro giustiziabilità rende arduo ricorrere ai meccanismi di trasferimento del rischio su terzi, pone più di un dubbio sulla correttezza del rimedio scelto.

Dato che il tema di queste brevi riflessioni verte proprio sulla 'proporzionalità' del modello risarcitorio oltre il contenzioso storico, è indispensabile esaminare quali tra le sue caratteristiche riconosciute ed accettate dalla giurisprudenza potrebbero sopravvivere oltre i contesti eccezionali in cui è stata ammessa la risarcibilità della 'historical injustice' (tenendo evidentemente in considerazione anche le ultime indicazioni derivate dalla sentenza della Corte suprema statunitense).

Se il modello delle riparazioni è politico e pubblico (pubblica la fattispecie lesiva: legislazione discriminatoria, provvedimenti esecutivi, atti di guerra; pubblica la riparazione: il diritto ad un vitalizio o ad altre forme di assegni o pensioni origina da un provvedimento pubblico), e viene deciso dal legislatore con specifici provvedimenti *ad hoc*, la cui eccezionalità e caratteristica di provvedimenti *una tantum* sono evidenti *in re ipsa*, il secondo modello, quello risarcitorio, pone una serie di quesiti. Attraverso la privatizzazione del conflitto e l'utilizzo di un istituto di diritto privato quale astratta 'form of action' si pone (e si è di fatto già proposto) la possibilità di prestarsi per futuri contenziosi di fronte a nuove tipologie di 'illecito' (basti pensare ai tentativi effettuati con la cosiddetta *African-American Slave Descendants Litigation*, il colonialismo<sup>29</sup>, e il filone delle multinazionali arrivato emblematicamente al vertice dell'*iter* giudiziario con il caso *Kiobel*).

Si tratta tuttavia di un modello riproponibile, circolabile e soprattutto desiderabile? I tre quesiti vanno analizzati separatamente. La riproponibilità del modello risarcitorio è condizionata dal fatto che l'azione per il risarcimento del danno extracontrattuale non può funzionare se non attraverso delle forzature delle regole processuali atte a superare una serie di impedimenti legati alla legittimazione a procedere, alla prescrizione, alla

<sup>28</sup> D. SATZ, *Countering the Wrongs of the Past: the Role of Compensation*, cit., pp. 132-137.

<sup>29</sup> *Hereros ex re. Riruako v. Deutsche Afrika-Linien Gmbh. & Co.*, 232 Fed Appx. 90 (3d Cir. 2007).

quantificazione del danno, alla scelta del foro (tutti elementi che si sono riscontrati nei casi in cui si è arrivati alla instaurazione di processi privati legati ai contenziosi della Seconda guerra mondiale) e tutti superati attraverso dei provvedimenti emessi *ad hoc*.

Se fosse riproponibile, in presenza di provvedimenti legittimanti *ad hoc* (che evidentemente minerebbero il carattere autonomo di azione privata riproponibile *sic et simpliciter*), la seconda questione che si pone è a tutela di quali situazioni giuridiche soggettive (protette a tal punto da ammettere forzature di carattere processuale) dovrebbe ritenersi giustificato?

Le ingiustizie 'storiche' nelle quali è stato richiamato il modello risarcitorio sono il genocidio, il colonialismo, la schiavitù ed i lavori forzati. La circolazione oltre queste fattispecie, a tutela di altre situazioni giuridiche presupporrebbe dunque come minimo che si individuino dei a) torti inflitti ad una collettività determinata; b) in esecuzione di atti di imperio o in ossequio ad una legge (l'esempio della legislazione razziale è emblematico); c) che tali torti, oltre ad integrare, come immaginabile, delle violazioni dei diritti fondamentali, possano integrare anche danni che siano a loro volta quantificabili e liquidabili secondo parametri che si rifanno alle procedure risarcitorie in altri settori del diritto civile (anche all'interno del modello risarcitorio privatizzato occorre comunque distinguere dal punto di vista rimediale di quale tipo di risarcimento si discute (risarcimento per equivalente, risarcimento simbolico, azione di restituzione)). Infine, requisito forse più importante, è che trovino fondamento in almeno un istituto del diritto civile (i.e. non a caso nella '*litigation*' statunitense oltre al risarcimento del danno extracontrattuale si è parlato di ingiustificato arricchimento con le azioni di *quantum meruit* per il lavoro reso in condizione di schiavitù).

Immaginare la coesistenza di tutte queste condizioni in uno Stato di diritto è per fortuna, un'ipotesi remota proprio per la difficoltà di individuare degli illeciti paragonabili a quelli alla base delle ingiustizie storiche citate.

Il quesito finale è se tale modello sia desiderabile. Gli scopi tipici della responsabilità civile e/o dell'ingiustificato arricchimento sono davvero quelli più adatti a garantire un 'equo risarcimento' per gli illeciti subiti? Se tra le funzioni fondamentali dell'istituto della responsabilità extracontrattuale può pacificamente asserirsi quello della gestione dei rischi e dei costi derivanti dai danni e dalle perdite sofferte dai soggetti danneggiati, questo tipo di finalità come si traduce in un illecito di massa la cui natura 'civile' tra l'altro può essere quanto meno messa in dubbio? La protezione offerta

dall'ordinamento dovrebbe estendersi oltre i *Rechtsgüter* fondamentali, fino a ricomprendere ad esempio i danni riconducibili a categorie quali la 'pure economic loss'?

Ancora: il danno da perdita di *chance* è stato più volte invocato per qualificare le minori opportunità di affermazione all'interno della società da parte di individui appartenenti a gruppi storicamente discriminati (è questa, tra le altre, la *ratio* alla base di programmi come quelli dell'*'affirmative action'* negli Stati Uniti). È verosimile che in un prossimo futuro, soggetti cui sia stato negato per legge l'accesso ad uno Stato (ad esempio immigrati clandestini) possano rivendicare tale diniego ed i danni che ne sono conseguiti alla stregua di un illecito di massa la cui voce principale consiste nella perdita di *chance*?

Come si risolve il problema della incommensurabilità del danno e nello specifico come si liquida il danno morale riscontrabile in tutte le fattispecie in cui dei soggetti sono stati sottoposti a privazioni, persecuzioni o discriminazioni? A tal proposito si possono inoltre estendere per analogia gli strumenti processuali 'riparatori' previsti da altri rami del diritto (tale ad esempio il diritto internazionale che con i Principi sulla responsabilità degli Stati elaborati dalla *International Law Commission* prevede tra le forme di 'riparazione' dovuta dagli Stati a seguito di un atto ingiusto ai sensi del diritto internazionale azioni restitutorie, compensatorie e satisfattive (queste ultime in particolare comprensive dei danni morali<sup>30</sup>)?)

È evidente la difficoltà anche solo concettuale – si potrebbe quasi dire il disagio dal punto di vista della 'opportunità' – nell'attuare un bilanciamento di questo tipo (richiesto dai meccanismi del diritto privato) laddove siano in discussione azioni qualificate con l'epiteto 'ingiustizia storica'. Si tratterebbe al limite, di una di quelle istanze legate al cd. '*reframing of justice*' in cui si tenta di attuare una giustizia non solo redistributiva e ricognitiva, ma anche politica<sup>31</sup>. Rimane il fatto che sia difficile qualificare procedimenti di questo tipo alla stregua di procedure in cui viene esercitata la giustizia civile ordinaria.

<sup>30</sup> Cfr. *Draft Articles – Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts* (2001), International Law Commission, art. 31, artt. 34-37.

<sup>31</sup> Cfr. N. FRASER, *Reframing Justice in a Globalizing World*, in 1 *New Left Review* 36, (2005), p. 6 e segg. p. 15 e segg.