

DIRITTI CIVILI E POLITICI

Bond argentini, stato di necessità e diritti individuali nella giurisprudenza costituzionale tedesca

Come già avvenuto per altri tribunali nazionali che si sono pronunciati sul medesimo problema, la Corte costituzionale tedesca, con sentenza dell'8 maggio 2007, si è pronunciata sul ricorso presentato nei confronti dell'Argentina da alcuni investitori privati titolari

di obbligazioni argentine, disciplinate dal diritto tedesco ed emesse prima del *default* avvenuto tra la fine del 2001 e l'inizio del 2002. Con riferimento alla questione principale oggetto del ricorso, relativa all'invocazione da parte dell'Argentina dello stato di necessità quale causa di esclusione dell'illecito per inosservanza dei suddetti obblighi finanziari, la Corte ha statuito nel senso che nel diritto internazionale la necessità economica operi esclusivamente nei rapporti interstatali e non può quindi essere invocata per esonerare uno Stato dal rispetto degli obblighi assunti nei confronti di privati, rigettando di conseguenza le tesi difensive del governo argentino.

La ricostruzione effettuata dalla Corte in merito all'esistenza nel diritto internazionale generale di una norma sullo stato di necessità operante nei rapporti fra Stati, in senso conforme a quanto stabilito dall'art. 25 del progetto di articoli sulla responsabilità internazionale degli Stati, approvato nel 2001 dalla Commissione del diritto internazionale (par. 36 ss. della sentenza), è sostanzialmente da condividere, non essendo possibile in questa sede soffermarsi su alcuni specifici profili di non perfetta corrispondenza fra il contenuto dell'art. 25 e il diritto consuetudinario. L'accertamento di una regola consuetudinaria in tema di stato di necessità si inserisce del resto, come rilevato dalla stessa Corte (paragrafi 45-47 della sentenza), nel quadro di precedenti accertamenti effettuati in materia sia dalla Corte internazionale di giustizia (caso relativo al *Progetto Gabčíkovo-Nagymaros, Ungheria c. Slovacchia*, sentenza del 25 settembre 1997, par. 51; *Conseguenze giuridiche della costruzione di un muro nei territori palestinesi occupati*, parere consultivo del 9 luglio 2004, par. 140), sia da altri tribunali internazionali (*International*



Repubblica federale tedesca, Corte Costituzionale, sentenza dell'8 maggio 2007 (BVerfG, 2 BvM 1/03) (www.bverfg.de/entscheidungen/ms20070508_2bvm000103.html)

Tribunal for the Law of the Sea, caso *M/V 'Saiga'*, sentenza del 1° luglio 1999, par. 132 ss.).

Non appare invece da accogliere la ricostruzione della Corte in merito all'esclusione dell'operatività dello stato di necessità quanto ai rapporti economici fra Stato e privati.

Secondo la maggioranza dei giudici della Corte (in senso contrario rispetto alla tesi prevalsa nel collegio giudicante, il giudice Lübke-Wolff, nella sua opinione dissenziente, par. 65 ss., ha sostenuto l'esistenza di un principio generale di diritto che legittimerebbe uno Stato a sospendere l'osservanza di obblighi finanziari verso privati allo scopo di provvedere ai bisogni primari dei propri cittadini), farebbero difetto, in tema di ricostruzione di una norma generale riguardante l'applicazione della necessità anche alle relazioni fra Stato e privati, tanto l'elemento oggettivo quanto l'*opinio juris* degli Stati (par. 48 ss. della sentenza). La Corte perviene a questa conclusione considerando non pertinenti ai fini della prova della formazione di tale norma generale sia numerose decisioni di tribunali internazionali in tema di inadempimento di obblighi finanziari verso privati, in quanto si tratterebbe comunque di controversie di natura interstatale, sia la giurisprudenza ICSID formatasi proprio con riguardo al *default* argentino, in quanto il fondamento della pretesa del ricorrente individuale risiederebbe in questi casi su un accordo bilaterale di investimento concluso fra lo Stato nazionale dell'investitore e lo Stato che riceve l'investimento.

In senso contrario a quanto sostenuto dalla Corte si può rilevare, in primo luogo, che la norma consuetudinaria in tema di stato di necessità economica sembra doversi applicare anche agli obblighi finanziari contratti dallo Stato nei confronti di privati. L'invocabilità in queste ipotesi dello stato di necessità era stata affermata dal relatore speciale Ago nei rapporti presentati alla CDI in tema di responsabilità internazionale dello Stato (si veda in particolare l'*Additif* all'ottavo rapporto, in *Annuaire de la Commission du droit International* 1980, vol. II, parte prima, p. 23 ss.) ed implicitamente confermata nel commentario all'art. 25 della CDI approvato nel 2001, in cui si richiama la medesima prassi giurisprudenziale citata da Ago (si veda Commissione di diritto internazionale, *Report on the work of its fifty-third session*, in *GAOR, Fifty-fifth Session, Supplement No. 10* (UN Doc. A/56/10 del 1° ottobre 2001).

Quanto all'obiezione secondo cui le controversie in questione riguarderebbero conflitti interstatali, va precisato che siffatte controversie, pur avendo dato luogo a procedimenti giurisdizionali fra Stati, concernono in realtà violazioni di diritti patrimoniali spettanti a privati. In queste ipotesi, se non può escludersi che lo Stato ricorrente sia talvolta intervenuto per fare valere 'anche' la violazione di un diritto di natura statale, appare evidente che esso sia quasi sempre intervenuto in protezione diplomatica del proprio cittadino, facendo quindi valere un diritto sostanziale di cui era titolare il cittadino e

che non era possibile tutelare altrimenti (a causa dell'inaccessibilità in passato di ricorsi di carattere individuale, elemento questo che spiega anche la scarsità degli elementi della prassi). L'affermazione appena formulata appare oggi rafforzata dal fatto che, allo stato attuale di sviluppo del diritto internazionale, il privato può risultare l'effettivo titolare sul piano internazionale del diritto sostanziale leso, in quanto destinatario diretto della norma internazionale violata nel caso di specie. In sintesi, l'applicazione dello stato di necessità economica agli obblighi finanziari Stato/privati sembra in linea con i dati desumibili dalla prassi (secondo quanto già rilevato nell'opera di codificazione del diritto generale svolta dalla CDI sulla responsabilità internazionale) e in sintonia con gli sviluppi del diritto internazionale in tema di progressiva importanza degli individui sul piano internazionale.

In secondo luogo, per quanto concerne più specificamente l'irrilevanza, secondo la sentenza qui annotata, della giurisprudenza ICSID concernente alcune controversie fra privati investitori e Argentina, può sostenersi, diversamente da quanto affermato dalla Corte, che i relativi tribunali arbitrali hanno fondato le loro conclusioni non soltanto sui trattati bilaterali di investimento conclusi dallo Stato nazionale dell'investitore e lo Stato che riceve l'investimento, bensì anche sul diritto internazionale generale, procedendo a un'interpretazione sistematica delle clausole convenzionali di deroga alle norme del BIT (si veda in particolare l'art. XI del trattato concluso fra Stati Uniti e Argentina il 14 novembre 1991, concernente la deroga alle disposizioni convenzionali per ragioni, fra l'altro, di tutela degli "essential security interests" dello Stato contraente) e dell'art. 25 del progetto di articoli sulla responsabilità degli Stati (caso *Enron Corporation Ponderosa Assets, LP c. Argentina*, sentenza del 4 giugno 2006, par. 334), oppure trovando conferma nell'art. 25 alle affermazioni svolte preliminarmente sulla medesima norma pattizia (caso *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., LG&E International Inc. c. Argentina*, sentenza del 3 ottobre 2006, paragrafi 206, 245 e 258). In proposito, è da precisare che l'esigenza avvertita nella giurisprudenza ICSID di un'interpretazione coordinata delle clausole di deroga del BIT e dello stato di necessità secondo il diritto generale non implica affatto che siffatte norme abbiano scopi e contenuti identici, come recentemente osservato sempre in sede ICSID (Comitato *ad hoc*, caso *CMS Gas Transmission Company c. Argentina*, sentenza del 25 settembre 2007, par. 119 ss., di annullamento parziale della sentenza del 12 maggio 2005 emessa fra le medesime parti: in materia si vedano A. Reinisch, "Necessity in International Investment Arbitration – An Unnecessary Split of Opinions in Recent ICSID Cases? Comments on CMS v. Argentina and LG&E v. Argentina", in *The Journal of World Investment and Trade* 2007, p. 191 ss.; M.F. Orzan, "Il caso CMS Gas Transmission Company e lo stato di necessità economica nel diritto internazionale", in *Diritto del commercio internazionale* 2007, p. 251 ss.).

In terzo luogo, l'orientamento della Corte costituzionale tedesca appare

in contrasto con il principio di non discriminazione fra creditori, che sembrerebbe progressivamente affermarsi nel diritto internazionale dell'economia con riguardo alle ipotesi di ristrutturazione complessiva del debito di Stati caduti in *default*. Pur operando ancora oggi nel quadro di contesti diversi (Club di Parigi per i crediti verso Stati, Club di Londra per i crediti verso privati), la prassi degli istituti finanziari tende, pur con alcune eccezioni, ad applicare principi giuridici uniformi e a riservare, per quanto possibile, un eguale trattamento a tutti i creditori dello Stato nei casi di riduzione dei debiti o di posticipazione dei termini per il loro pagamento (si vedano in materia M. Bothe, J. Brink, "Public Debt Restructuring, the Case for International Economic Co-operation", in *German Yearbook of International Law* 1986, p. 102 ss.; A. Reinisch, "Debt Restructuring and State Responsibility Issues", in D. Carreau, M.N. Shaw (éd.), *La dette extérieure*, Dordrecht-Boston-London, 1995, p. 543 ss.).

Pietro Pustorino